

LUISS 

DIPARTIMENTO DI IMPRESA E MANAGEMENT

Corso di Laurea in Economia e Management

Cattedra di Diritto Pubblico dell'Economia

Digitalizzazione e Concorrenza nel Diritto dell'Economia

Prof. Valerio Lemma

Caterina Buonpane - 270601

RELATORE

CANDIDATO

Anno Accademico

2023/2024

Indice

<i>Introduzione</i>	2
CAPITOLO 1	4
1.1 Contesto e necessità di regolamentazione dei mercati digitali	4
1.1.1 Il ruolo dell'unione europea nell'affrontare la sfida del mercato unico digitale	9
1.2 Origini e obiettivi del DMA	12
1.2.1 La nascita di una regolazione ex-ante	15
1.2.2 Differenze rispetto ad altre leggi e regolamenti (es. Gdpr).....	18
1.3 Piano di azione e armonizzazione legale, analisi del piano di azione del DMA, panoramica degli articoli principali	22
CAPITOLO 2	24
2.1 Complementarità o Specialità? I considerando del DMA.....	24
2.1.1 Armonizzazione con le normative nazionali: possibili conflitti o incongruenze tra il DMA e altre normative.....	27
2.2 Definizione di “grande impresa digitale” e soggetti interessati, obblighi e responsabilità delle grandi imprese digitali	30
2.2.1 Caso Google, Meta, Amazon, Apple	37
2.3 Ruolo delle autorità di regolamentazione nell'applicazione dei regolamenti	39
2.3.1 Procedure e sanzioni per le violazioni delle norme	46
CAPITOLO 3	49
3.1 I PRO del DMA.....	49
3.1.1 Promozione della concorrenza e dell'innovazione nel settore digitale	49
3.2 Il paradosso del DMA: eccessiva rigidità facilmente eludibile.	56
3.2.1 I Contro del DMA.....	59
3.3 Riflessione critica, Ordoliberalismo e DMA	61
<i>Conclusione</i>	64
<i>Bibliografia</i>	67

Introduzione

Il grande codice europeo si è trovato, negli ultimi anni, dinnanzi a sfide del tutto nuove. La nascita di un nuovo mercato, sconosciuto, sottovalutato ed estremamente potente ha portato l'Unione Europea, prima dei singoli Stati membri, a dover *creare* un diritto digitale che fosse non solo uniforme in tutta l'Unione ma che prevedesse una legislazione ex-ante e in linea con il principio di sussidiarietà con le normative nazionali vigenti.

In questo contesto, l'Unione Europea ha risposto con l'introduzione del Digital Markets Act (DMA), una legislazione rivoluzionaria destinata a regolare i cosiddetti 'gatekeepers' dei mercati digitali ossia grandi piattaforme che fungono da intermediari cruciali tra utenti e fornitori di servizi. Questo intervento normativo mira a promuovere la concorrenza equa, prevenire le pratiche commerciali sleali e garantire che i mercati rimangano aperti e contestabili.

Il Digital Markets Act nasce, come vedremo nel corso di questo elaborato, dall'esigenza di un intervento ex-ante dal momento in cui gli approcci tradizionali basati mediazione ex-post risultavano tardivi e impotenti. Il ruolo del DMA si incentra sulla stesura di una serie di obblighi e divieti necessari al fine di approcciare il mercato digitale conformemente alla sua evoluzione, rapidità di espansione e sempre crescente concentrazione. In particolare, le piattaforme digitali con la loro vasta raccolta di dati e la loro posizione centrale nell'ecosistema virtuale, si trovano nella posizione adatta per limitare fortemente la concorrenza all'interno del mercato.

In particolare, l'Unione Europea nasce con degli obiettivi riguardanti la concorrenza nel mercato unico estremamente specifici. Le basi giuridiche di tale approccio sono gli articoli da 101 a 109 TFUE e il protocollo n. 27 sul mercato interno e sulla concorrenza, dove si precisa che un sistema propizio ad un'equa concorrenza costituisce parte integrante del mercato interno, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 3, del trattato sull'Unione europea; il regolamento sulle concentrazioni disciplinato dal regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio e le relative norme di attuazione presenti nel regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione; gli articoli 37, 106 e 345 TFUE per le imprese pubbliche e gli articoli 14, 59, 93, 106, 107, 108 e 114 TFUE per i servizi pubblici, i servizi di interesse generale e i servizi di interesse economico generale; il protocollo n.

26 sui servizi di interesse generale; l'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹.

Il DMA stabilisce criteri precisi per la designazione di un'entità come gatekeeper, basandosi su parametri quali l'impatto sul mercato interno, il ruolo di punto di accesso fondamentale per gli utenti commerciali e la posizione consolidata o prevedibilmente consolidata nel mercato. Questi criteri, essenziali per identificare le piattaforme che per dimensione e rilevanza necessitano di una regolamentazione specifica, verranno analizzati e discussi in quanto hanno suscitato dubbi e punti di riflessione per diversi giuristi e la domanda che ci guiderà nel corso di tutto l'elaborato sarà se il DMA sia effettivamente lo strumento adatto a *prevenire* abusi di posizione dominante e per garantire che le pratiche di mercato rimangano aperte e contendibili.

La nascita del DMA si inserisce in un contesto di rinnovata attenzione verso la regolamentazione dei mercati digitali, riflettendo una crescente consapevolezza delle sfide poste dall'economia digitale e delle sue peculiari dinamiche competitive. Il DMA non solo indirizza le questioni legate alla concorrenza e all'antitrust, ma si preoccupa anche di proteggere i consumatori e di mantenere equilibri di mercato equi, favorendo un ambiente innovativo e dinamico.

Questa tesi esplorerà le implicazioni del Digital Markets Act, analizzando in dettaglio la sua struttura, i suoi obiettivi e i suoi effetti sui mercati digitali. In particolare, verrà valutata l'efficacia del DMA nel regolare le grandi piattaforme digitali e nel promuovere un mercato più equo e competitivo, discutendo sia i suoi punti di forza che le possibili aree di miglioramento. Attraverso questa analisi, la tesi mira a contribuire al dibattito su come regolamentare e strutturare al meglio i mercati digitali dell'UE, un elemento chiave per garantire la crescita economica e l'innovazione in un contesto non solo digitale ma globale.

¹ <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/82/politica-della-concorrenza>

CAPITOLO 1

1.1 Contesto e necessità di regolamentazione dei mercati digitali

Oggi, e forse da ormai più tempo di quanto si creda, le modalità più semplici per le imprese di instaurare contatti con i potenziali clienti diventano, progressivamente, i cosiddetti mercati digitali i quali, infatti, si collaudano perfettamente allo scenario in cui l'avanzamento tecnologico procede a ritmi straordinari.

Tali mercati, definiti come piattaforme online, agevolano i contatti tra imprese e consumatori, facilitando la promozione di prodotti e servizi online. I benefici principali associati ai mercati virtuali sono diversi: innanzitutto, permettono alle imprese di accedere a una vasta gamma di potenziali clienti altrimenti difficilmente raggiungibili attraverso mezzi tradizionali.

Questi mercati virtuali agevolano, dunque, la creazione di esperienze personalizzate per i clienti modellate in modo specifico sulle loro esigenze e preferenze. Ciò contribuisce a rafforzare la lealtà e la fiducia tra acquirenti e venditori, fattori che possono generare un incremento delle vendite nel tempo e, parallelamente, una riduzione dei costi legati all'apertura di punti vendita fisici e all'assunzione di personale, dato che la maggior parte delle transazioni avviene online.

I mercati digitali si configurano come un centro in cui imprese e consumatori possono scambiare beni e servizi mediante transazioni monetarie o altri metodi di pagamento, ottenendo così una vasta gamma di vantaggi. Emergono tra questi, ad esempio, una maggiore visibilità, una gestione più efficiente delle operazioni e una migliore esperienza complessiva per il cliente.

È essenziale inoltre non dimenticare come tali piattaforme risultino accessibili a imprese di qualsiasi dimensione, dalla nascente startup alla ormai consolidata grande azienda. Infine, ma non meno rilevante, i mercati digitali consentono alle imprese di monitorare con maggiore precisione il comportamento dei consumatori, offrendo una comprensione più approfondita delle tipologie di prodotti o servizi ricercati dalla clientela.

Affacciandoci per un momento sulla storia della creazione dell'Unione Europea potremmo certamente affermare che essa sia nata dall'idea di un 'mercato unico europeo',

coronata con i Trattati di Roma del 1958, istitutivi del cosiddetto “Mercato Europeo Comune”. Oggi si affianca ad esso il “Mercato Unico Digitale Europeo”, noto anche come Single Digital Market, quale realtà in grado di garantire la libera circolazione di beni e servizi digitali a livello europeo².

Il 6 maggio del 2015 è stato trasmesso dalla Commissione Europea il documento illustrante le linee strategiche per la realizzazione del Mercato Unico Digitale e per la eliminazione dei precedentemente utilizzati 28 mercati digitali nazionali. I destinatari di tale piano erano: il Parlamento Europeo, il Consiglio, il Comitato Economico e Sociale Europeo ed il Comitato delle regioni. Fino ad all’ora, i cittadini e le imprese dell’UE avevano spesso incontrato ostacoli nell’uso di strumenti e servizi online e gli impedimenti dinnanzi ai quali si erano interfacciati sino al momento della creazione del Mercato Unico Digitale erano stati numerosi.

I principali riguardavano la limitatezza dell’accesso ad alcuni beni e servizi per i consumatori, mentre per quanto concerne le imprese esse si trovavano continuamente un passo indietro nel godimento dei benefici della trasformazione digitale. Il Mercato Unico Digitale apriva, quindi, nuove opportunità poiché rimuoveva differenze chiave tra mondi online e offline, abbattendo le barriere all’attività online transfrontaliera.

Come sopra riportato, il 6 maggio 2015 la Commissione Europea ha adottato la strategia per la creazione del Mercato Unico Digitale che si inserisce in una delle 10 priorità politiche a livello dell’Unione. Essa comprende tre cardini politici:

- *Migliorare l’accesso a beni e servizi digitali*

La strategia del Mercato Unico Digitale mira a garantire un migliore accesso per consumatori e imprese a beni e servizi online in tutta Europa, ad esempio rimuovendo le barriere all’e-commerce transfrontaliero e all’accesso ai contenuti online aumentando al contempo la protezione dei consumatori³.

- *Un ambiente in cui le reti e i servizi digitali possono prosperare*

² BLB Legal. (2015, May 26). Single digital market: L’Europa e le sue origini storiche in versione 2.0. <https://www.blblex.it/newsletter.php?id=270&lang=it>

³ Commissione Europea. (2015). Strategia per il mercato unico digitale in Europa. COM (2015) 192 final. Bruxelles, 6 maggio 2015.

Il Mercato Unico Digitale mira a creare il giusto ambiente per reti e servizi digitali fornendo infrastrutture e servizi ad alta velocità, sicure e affidabili supportati dalle giuste condizioni regolamentari in quanto, le principali preoccupazioni includono la sicurezza informatica, la protezione dei dati/e-privacy e l'equità e trasparenza delle piattaforme online⁴.

- *Il digitale come motore di crescita*

La Commissione Europea mira a massimizzare il potenziale di crescita dell'economia digitale dell'Unione, affinché ogni europeo possa godere appieno dei suoi benefici ed in particolare migliorando le competenze digitali, che sono essenziali per una società digitale inclusiva⁵.

L'obiettivo dell'Unione Europea è quello, innanzitutto, di supportare tendenze quali servirsi degli strumenti digitali nell'esercizio dei propri poteri d'acquisto e dirigere le proprie scelte di consumo su beni e servizi online. Il raggiungimento di tale scopo avverrebbe attraverso la definizione di misure a sostegno di investimenti strutturali nel settore, volti a garantire l'interconnessione e l'interoperabilità delle tecnologie utilizzate nell'e-commerce. Pertanto, sulla base dell'ormai consolidato scenario in cui l'informazione e la comunicazione digitale assumono un ruolo sempre più pregnante all'interno della popolazione globale, queste misure, oltre a dare una forte spinta al settore digitale consentirebbero, altresì, la creazione di imprese europee; quindi, imprese in grado di operare armonicamente nei diversi settori della produzione, senza alcuna limitazione o vincolo a livello nazionale.

Al fine di garantire una protezione uniforme per i consumatori, standardizzare la normativa sull'IVA ed allineare le aliquote relative ai beni e servizi digitali, l'Unione Europea, consapevole ormai da tempo di queste tendenze, era e rimane motivata a coordinare l'economia digitale, partendo dalle premesse indicate, a condizione che gli Stati membri possano contribuire.

⁴ Commissione Europea. (2015). Strategia per il mercato unico digitale in Europa. COM (2015) 192 final. Bruxelles, 6 maggio 2015.

⁵ Commissione Europea. (2015). Strategia per il mercato unico digitale in Europa. COM (2015) 192 final. Bruxelles, 6 maggio 2015.

L'era digitale è la nostra era e il web è l'unico strumento che permette la comunicazione tra realtà distanti, generando nuove interazioni. La digitalizzazione, infatti, è fondamentale per consentire all'Europa di diventare un polo di investimenti nel mercato globale, preservando la condizione di libertà di mercato e di tutela sull'indipendenza degli operatori economici, svincolati da qualsiasi sia il loro paese di origine e destinazione.

La “Strategia per il mercato unico digitale in Europa”, come sopra menzionato, definisce un quadro in cui persone e aziende possono accedere e operare online senza incontrare ostacoli basati sulla cittadinanza o sulla residenza, garantendo così una concorrenza leale e una protezione elevata per i consumatori e i dati personali, contribuendo a una maggiore inclusione digitale e crescita economica.

Le stime della Commissione prevedono un aumento del PIL europeo di 415 miliardi di euro come conseguenza della creazione di nuovi posti di lavoro, stimoli circa la crescita, la competizione e gli investimenti, e miglioramenti nell'offerta di servizi.

Tra le iniziative avviate dagli organismi comunitari per implementare questa strategia vi è il Digital Services Package, che ha come obiettivo quello di modernizzare le normative che regolano i servizi digitali nell'Unione Europea, garantendo un ambiente digitale più sicuro e tutelando i diritti fondamentali degli utenti.

Inoltre, esso mira a creare condizioni paritarie per promuovere l'innovazione, la crescita e la competitività, sia all'interno del mercato unico europeo che a livello globale. Questo pacchetto legislativo è composto da due regolamenti: il Regolamento (UE) 2022/1995 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (Digital Markets Act, DMA) e il Regolamento (UE) 2022/2065 relativo a un mercato unico dei servizi digitali (Digital Services Act, DSA).

Se da un lato la necessità di regolamentazione è nata per favorire la creazione di un mercato unico digitale, dall'altro i suddetti regolamenti sono frutto di un'esigenza impellente circa la tutela della concorrenza all'interno del mercato digitale. È necessario quindi, iniziare ad analizzare il cosiddetto “single digital market” europeo in un'ottica di mercato “winners take it all”.

In quasi tutti i mercati, un numero elevato di imprese concorrenti lotta per il proprio posto all'interno del settore, col passare del tempo però, e con un numero esiguo di eccezioni,

solo un piccolo numero di aziende arriva a dominare l'industria. Questi sono i nomi di aziende che tutti conosciamo, i loghi che vediamo ogni giorno, i marchi che plasmano il mondo e influenzano i mercati con ogni decisione che prendono. La regola generale alla base dell'economia prevede che, le risorse siano limitate mentre i bisogni dell'uomo illimitati e conseguentemente non vengono mai distribuite equamente tra le persone ed in quasi ogni situazione, un piccolo gruppo o organizzazione se ne appropria totalmente. Ad esempio, gran parte del traffico internet va a pochi siti web, i primi 100 indirizzi ricevono più traffico rispetto alle posizioni da 100 a 999 messe insieme. La ricchezza inoltre è un esempio principale di "winners take it all makret", il principio di Pareto o legge 80/20 studia una relazione tra causa ed effetto che si spiega nel risultato in cui l'80% delle conseguenze proviene dal 20% delle cause.

Tale regola ha come obiettivo principale l'organizzazione del tempo in quanto appunto il 20% delle azioni svolte (in una giornata, in un processo produttivo, ecc..) produce l'80% dell'impatto sul risultato finale. Il meccanismo può essere applicato anche alla ricchezza stabilendo che in una data nazione, il 20% delle persone possiede l'80% della ricchezza, tale principio va però più in profondità in quanto possiamo soffermarci sul più ricco 20%, e calcolare la ricchezza di quel gruppo e applicare anche in questo caso il principio di Pareto e quindi osservare che circa il 4% possiede il 64% della ricchezza. Continuando a ripetere questo calcolo, finiamo con circa nove persone e secondo alcune stime, questo minuscolo gruppo ha così tanta ricchezza quanto la metà più povera del mondo.

Nel contesto sempre più interconnesso e globalizzato in cui ci troviamo, osserviamo come poche grandi aziende consolidino la loro posizione all'interno di settori chiave. Ad esempio, nel settore dei motori di ricerca, Google ha eliminato ogni forma significativa di concorrenza, mentre i suoi profitti continuano a crescere anno dopo anno, lasciando i suoi concorrenti più diretti, come Yahoo e Bing, in difficoltà. Questo fenomeno evidenzia come i mercati in cui "i vincitori si prendono tutto" possano perpetuarsi autonomamente: essendo in cima, Google attrae i migliori talenti, dispone di budget sostanziosi per la ricerca e lo sviluppo, è in grado di assumersi rischi significativi e accumula enormi quantità di dati utente.

Eventuali perdite o fallimenti vengono assorbiti senza intaccare seriamente la sua posizione. Questo costante ciclo di crescita alimenta la fiducia degli investitori e Google sfrutta una sorta di strategia simile alla "Barbell" di Nassim Taleb, come descritto nel suo

libro “Il Cigno Nero”. Taleb spiega come questa strategia implichi una combinazione di estremo rischio e cautela, permettendo al soggetto di sfruttare al massimo le opportunità senza esporlo a rischi eccessivi.

“È vero, il Web produce una concentrazione acuta. Un gran numero di utenti visita solo alcuni siti, come Google, che, al momento della stesura di questo testo, domina completamente il mercato. In nessun momento della storia un’azienda è cresciuta così rapidamente dominante - Google può servire persone dal Nicaragua alla Mongolia sud-occidentale fino alla costa occidentale degli Stati Uniti, senza doversi preoccupare degli operatori telefonici, della spedizione, della consegna e della produzione. Questo è il caso di studio definitivo in cui il vincitore prende tutto. Le persone però dimenticano che prima di Google, Alta Vista dominava il mercato dei motori di ricerca. Sono pronto a rivedere la metafora di Google sostituendola con un nuovo nome per le future edizioni di questo libro.”⁶

I mercati in cui il vincitore prende tutto possono essere il risultato del lock-in. Infatti, quando i costi di passaggio da un fornitore all’altro sono troppo alti per essere convenienti, i consumatori rimangono bloccati. Microsoft è un esempio di vincitore nel mercato del software, poiché la maggior parte del mondo è bloccata nei loro prodotti. Allo stato attuale, sarebbe quasi impossibile per chiunque erodere la quota di mercato di Windows, consolidando così la posizione dominante di Microsoft. Questo fenomeno dimostra come i “winners take it all markets” creano barriere insormontabili per i nuovi entranti, favorendo un monopolio de facto che limita la concorrenza e l’innovazione.

1.1.1 Il ruolo dell’unione europea nell’affrontare la sfida del mercato unico digitale

Come abbiamo potuto analizzare in precedenza, l’Unione Europea si trova ormai da tempo di fronte alla sfida cruciale di adeguare il mercato unico alle esigenze dell’era digitale. In un contesto in cui le tecnologie digitali stanno rivoluzionando ogni aspetto

⁶ Taleb, N. N. (2008). Il cigno nero: l’impatto dell’improbabile. Milano: Sperling & Kupfer.

della società e dell'economia, l'UE si impegna a promuovere un mercato digitale integrato e inclusivo. Questo implica affrontare le disparità esistenti tra i mercati nazionali e creare un ambiente favorevole allo sviluppo e alla diffusione delle tecnologie digitali. L'obiettivo è garantire che cittadini e imprese europee possano beneficiare appieno delle opportunità offerte dalla trasformazione digitale, garantendo al contempo la protezione dei consumatori e la sicurezza dei dati. In questo contesto, il ruolo dell'Unione Europea è fondamentale nel coordinare gli sforzi degli Stati membri e nell'adozione di politiche e regolamentazioni volte a favorire l'innovazione, la concorrenza leale e la crescita economica.

La strategia del mercato unico digitale intende garantire che l'economia, l'industria e le società europee traggano il massimo vantaggio dalla nuova era digitale. Insieme a dati, soluzioni elettroniche e servizi digitali transfrontalieri, tale strategia è parte integrante del progetto dell'UE per un'Europa digitale.

La proposta dalla Commissione europea nel 2015 prevedeva la strategia per il mercato unico digitale e gettava le basi di una società digitale europea unita e sostenibile. Nel 2016 e nel 2017 si sono conseguiti alcuni risultati storici:

- l'abolizione delle tariffe di roaming

“The European Union is about bringing people together and making their lives easier. The end of roaming charges is a true European success story.

From now on, citizens who travel within the EU will be able to call, text and connect on their mobile devices at the same price as they pay at home. Eliminating roaming charges is one of the greatest and most tangible successes of the EU.

Over the last 10 years, our institutions have been working hard together to fix this market failure. Each time a European citizen crossed an EU border, be it for holidays, work, studies or just for a day, they had to worry about using their mobile phones and a high phone bill from the roaming charges when they came home. Roaming charges will now be a thing of the past. As of tomorrow, you will be able to remain connected while travelling in the EU, for the same price as at home.

It has been a long time coming, with many actors involved. By working closely together, the European Union has delivered a concrete, positive result for European citizens. We are proud that the EU has put an end to very high roaming prices and

thankful to those who showed the determination to overcome the many challenges and pursue this goal.

At the same time, the EU has managed to find the right balance between the end of roaming charges and the need to keep domestic mobile packages competitive and attractive. Operators have had 2 years to prepare for the end of roaming charges, and we are confident that they will seize the opportunities the new rules bring to the benefit of their customers.

The end of roaming charges is at the foundation of the EU's Digital Single Market and is another step towards building a united and sustainable European digital society, accessible for all our citizens.”⁷

- la modernizzazione della protezione dei dati
- la portabilità transfrontaliera dei contenuti online
- l'accordo per sbloccare il commercio elettronico ponendo fine ai blocchi geografici ingiustificati

Essenziale è sottolineare l'importanza di varie iniziative nell'ambito della strategia per il mercato unico digitale che mettono in risalto le norme sull'aggiornamento delle norme sul commercio elettronico e il rafforzamento della fiducia, della consapevolezza e della tutela dei consumatori. Senza tralasciare inoltre la necessità di intervenire per potenziare le competenze digitali e le norme in materia di protezione dei dati. Le priorità della Commissione hanno d'allora riguardato:

- creare condizioni adeguate alle piccole e medie imprese e in particolare per le start-up
- promuovere la digitalizzazione dell'industria europea
- applicare ed estendere l'e-governance nelle pubbliche amministrazioni
- incentivare gli investimenti nelle infrastrutture e nelle reti digitali
- valutare le ripercussioni delle norme di bilancio sugli strumenti digitali
- prendere in considerazione il principio del “digitale per default” per tutta la nuova normativa dell'UE⁸.

⁷ Consiglio Europeo. (2015, 17 giugno). Comunicato stampa

⁸ Tutti i punti riportati fanno riferimento al Comunicato stampa del Consiglio Europeo del 17 giugno 2015

Entrava così in vigore il regolamento generale relativo alla protezione dei dati, che si applica a partire dal 25 maggio 2018. Il nuovo regolamento costituiva la base giuridica specifica per la protezione dei dati personali, riconosciuta dal trattato di Lisbona del 2009 come un diritto fondamentale ai sensi del diritto dell'UE. La riforma della protezione dei dati rispondeva ai rapidi sviluppi tecnologici nel flusso e nella condivisione dei dati stabilendo diritti, obblighi e norme di conformità per le persone e i soggetti coinvolti nel trattamento dei dati. Il 5 maggio 2016 entrava in vigore anche la direttiva relativa alla protezione dei dati personali trattati a fini di contrasto in ambito penale e gli Stati membri hanno avuto tempo fino al 6 maggio 2018 per recepire la direttiva nel diritto nazionale.

Questa direttiva, che risponde a un bisogno crescente delle autorità degli Stati membri di trattare e scambiare dati nell'ambito della lotta alla criminalità transnazionale e al terrorismo, intendeva quindi tutelare il diritto delle persone, garantendo allo stesso tempo un elevato livello di sicurezza pubblica. Queste modifiche erano volte ad aggiornare le norme della direttiva del 1995 relativa alla protezione dei dati e quelle della decisione quadro del 2008 sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia⁹.

1.2 Origini e obiettivi del DMA

Secondo la Commissione europea, la diffusione delle tecnologie digitali sta guidando una trasformazione che potrebbe essere definita come “una nuova rivoluzione industriale globale”. La ormai consolidata presenza di grandi piattaforme digitali come Google, Amazon, Meta ed Apple, che sono in grado di dominare i propri ecosistemi competitivi è la ragione alla base di questo mutamento digitale delle pratiche aziendali. La concorrenza libera e leale è minacciata da tassi di concentrazione che mostrano come il potere di mercato sia nelle mani di un numero limitato di questi colossi digitali, mentre l'utilizzo di una regolamentazione tardiva e inefficace a livello dell'UE rischia di frammentare Mercato Unico Europeo (SEM). Come abbiamo precedentemente osservato, per gran parte del periodo 2014-2019, i leader della Commissione europea, in particolare quelli

⁹ Consiglio Europeo. (2015, 17 giugno). Comunicato stampa

legati alla DG Concorrenza (Direzione Generale della Concorrenza Europea), hanno espresso un impegno nell'uso degli strumenti tradizionali di concorrenza per soddisfare le esigenze della nuova economia digitale.

Tuttavia, a metà del 2020 la Commissione aveva iniziato a proporre nuove regole sulla regolamentazione delle piattaforme digitali, affermando che: “la concorrenza da sola non può affrontare tutti i problemi sistemici che possono sorgere nell'economia delle piattaforme. Sulla base della logica del mercato unico potrebbero essere necessarie quindi, regole aggiuntive per garantire la contestabilità, la correttezza e l'innovazione, nonché la possibilità di ingresso nel mercato, oltre agli interessi pubblici che vanno al di là delle considerazioni di concorrenza o economiche”¹⁰. La proposta legislativa del Digital Markets Act (DMA), approvata dalla Commissione europea nel dicembre 2020 è frutto di questa traslazione di orientamento.

È necessario però ricercare il motivo alla base del perché la Commissione è passata da un approccio basato sulla concorrenza a una combinazione di regolamentazione dell'UE e politica di concorrenza dell'UE. Questo cambiamento di politica potrebbe essere emerso dall'interazione di vari fattori temporalmente successivi l'uno all'altro. Inizialmente, si era cercato di rafforzare la regolamentazione delle piattaforme digitali esplorando l'opzione di un pacchetto di Servizi Digitali. Questo pacchetto, focalizzato sui contenuti digitali, era originariamente inteso ad essere integrato da uno Strumento di Nuova Concorrenza (NCT) che avrebbe rafforzato la politica di concorrenza sia in generale che con riferimento ai mercati digitali.

Il NCT, tuttavia, non è riuscito ad ottenere il sostegno degli Stati membri e per questo motivo è stato esteso per includere un elemento di concorrenza e per poi essere successivamente diviso in due atti legislativi separati, il Digital Markets Act (DMA) per promuovere la concorrenza e il Digital Services Act (DSA) progettato per creare un ambiente online sicuro e responsabile per i cittadini europei. La logica alla base dell'iniziativa DMA è la promozione di mercati equi e contestabili nel settore digitale e

¹⁰ Commissione Europea. (2020). Strategia per il mercato unico digitale in Europa. COM (2020) 842 final. Bruxelles, 15 dicembre 2020.

mira anche a prevenire pratiche anticoncorrenziali ponendo obblighi sulle piattaforme digitali e introducendo nuovi meccanismi di sanzione.

Le aziende target di questa nuova legislazione sarebbero i grandi attori che agiscono come intermediari tra le imprese e gli utenti individuali in diversi Stati membri e le suddette piattaforme o anche chiamate “gatekeeper” sarebbero state definite dal loro ruolo, dimensione e durata nel mercato. Le 3 aree di punta che si occupa di definire il nuovo Atto prevedono: l’uso dei dati raccolti dalle imprese ospitate dalle piattaforme; l’interoperabilità, per evitare che i servizi aggiuntivi funzionino solo con i sistemi delle piattaforme, e l’autopreferenzialità, per annullare il trattamento dei propri servizi nelle piattaforme in modo più favorevole rispetto a quelli dei loro concorrenti.

Quindi, essenzialmente, comprende un elenco di “fare” e “non fare” per le piattaforme digitali e stabilisce un meccanismo per un’analisi di mercato continua per far fronte alla rapida evoluzione di questa area politica e prevede, inoltre, multe elevate e pagamenti periodici di penalità per le aziende che non rispettavano queste regole.

Le variabili che hanno guidato la formulazione della proposta europea possono essere suddivise in diverse categorie. Inizialmente, vi è un insieme di fattori contestuali che rivestono un ruolo chiave. L’aumento della digitalizzazione ha spinto i singoli governi nazionali a regolare sempre più i loro mercati e servizi digitali, suscitando preoccupazioni presso la Commissione europea circa l’impatto di tali regolamentazioni sul Mercato Unico Digitale (DSM).

La strategia di creare un’Europa adatta all’era digitale è diventata una priorità, evidenziata dalla Strategia Digitale del 2020 e dalla nuova politica industriale per sostenere la transizione verso un’economia e una società digitali e verdi. Inoltre, l’UE ha voluto proteggersi da pratiche sleali da parte di stati e aziende esterne all’Unione. Tuttavia, i fattori contestuali da soli non spiegano interamente il cambiamento di politica della Commissione. È importante considerare anche le dinamiche interne. Il Digital Markets Act (DMA) è stato formulato dopo anni di applicazione delle norme antitrust nei mercati digitali. Diverse autorità antitrust hanno avviato procedimenti contro le piattaforme digitali per condotte anticoncorrenziali, portando ad esempio alla sanzione di Google per violazione dell’Articolo 102 del TFUE.

La Commissione si è trovata a dover affrontare la complessità tecnica di questi casi e la limitata esperienza nel trattare con le piattaforme digitali, che tendono a resistere al suo controllo e la principale lacuna nell'azione della Commissione è stata la sua capacità di intervenire solo a posteriori. Nei mercati ben ordinati, le imprese tendono a evitare violazioni delle norme sulla concorrenza, ma nei mercati digitali immaturi la Commissione ha trovato difficoltà nell'applicare le regole esistenti. Ha tratto ispirazione da strumenti di indagine di altri paesi e settori, come l'Autorità di Concorrenza e Mercati del Regno Unito e l'esperienza della regolamentazione ex ante in settori come le telecomunicazioni e l'energia. Nonostante la pressione del lobbying, sia dalla società civile che dalle "Big Tech", la Commissione ha mantenuto la sua posizione sulla necessità di regolamentare le piattaforme digitali.

Il DMA è nato da una finestra di opportunità interna ed esterna, evidenziando i problemi e trovando il consenso per la regolamentazione ex ante. Questo consenso ha definitivamente influenzato l'approccio della Commissione, che ha resistito agli sforzi delle grandi piattaforme digitali per evitare la regolamentazione proposta.

1.2.1 La nascita di una regolazione ex-ante

La volontà di introdurre una regolazione ex-ante delle piattaforme digitali è senza dubbio figlia di più dibattiti e scelte legislative conseguenti, tutte, della percepita inefficacia dell'enforcement antitrust nei mercati digitali. Quest'ultimo, in particolare, è stato ritenuto "troppo lento" rispetto alla rapida evoluzione dei mercati digitali e, per altro verso, anche le sanzioni fin qui erogate non sembrano aver determinato i cambiamenti sostanziali desiderati nella condotta di mercato delle piattaforme digitali.¹¹ Il DMA in vigore dal 7 marzo 2024, impone una serie di obblighi specifici per piattaforme digitali che rientrano nella categoria dei cosiddetti 'digital gatekeepers'¹².

¹¹Botta, M. (2021). Sector regulation of digital platforms in Europe: Uno, nessuno e centomila. *Journal of European Competition Law and Practice*, 12(7), 500-512.

¹² Le piattaforme digitali che rispettano i criteri quantitativi indicati dall'Art. 3 del Regola-

La presenza di esternalità di rete, effetti di “lock in” e altre caratteristiche peculiari nei mercati digitali, comporta la possibilità per i colossi dell’industria di espandersi anche in mercati adiacenti o correlati. Queste caratteristiche come più volte menzionato precedentemente hanno messo in luce una preponderante inefficienza della regolamentazione concorrenziale tradizionale, che si basava su un intervento ex post e sull’irrogazione di sanzioni pecuniarie elevate le quali però, presupposta l’entità dei soggetti a cui erano rivolte erano in pratica poco efficaci.

L’analisi delle lacune del quadro normativo europeo porta ad una visione “multi-valoriale” delle regole della concorrenza, in quanto, un mercato inefficiente ma allo stesso protagonista delle nostre vite come quello digitale ha un impatto enorme sulla società nel suo complesso riducendone l’equità. Un cambiamento della prospettiva di intervento risultava quindi, necessario affinché il problema fosse, quanto meno, affrontato correttamente. Ne è emerso un approccio fondato su regole di carattere strutturale e su un intervento ex ante.

Considerando del regolamento sono estremamente importanti ed è necessario analizzarli prima di introdurre ed esaminare la struttura regolamentare vera e propria della DMA. Dalle prime cinque premesse del DMA emerge chiaramente l’obiettivo ultimo dell’atto, in particolare, il legislatore europeo riconosce i benefici apportati dai mercati on-line nel mercato interno, specificatamente quelli che “facilitano il commercio transfrontaliero” e “aprono opportunità commerciali del tutto nuove”.¹³

Tuttavia, come nella maggior parte dei casi, esiste sempre una doppia faccia della medaglia. La traduzione letterale del documento legislativo dice infatti che “i servizi di piattaforma di base presentano diverse caratteristiche che possono essere sfruttate dalle imprese che li forniscono”¹⁴. Esempi palpanti sono le estreme economie di scala, i forti effetti di rete, gli effetti lock-in, la mancanza di multi-homing e i vantaggi relativi ai dati. La Commissione ritiene e riporta nel DMA che “queste caratteristiche, combinate con pratiche sleali da parte delle imprese che forniscono i servizi, possono avere l’effetto di minare in modo sostanziale la contendibilità dei servizi delle piattaforme di base, nonché

mento devono notificare la loro posizione alla Commissione Europea e rispettare gli obblighi indicati dall’Art. 5, 6 e 7 del Regolamento.

¹³ DMA recital 1

¹⁴ DMA recital 2

di incidere sull'equità delle relazioni commerciali tra le imprese che forniscono tali servizi e i loro clienti.”¹⁵

Senza bisogno di ulteriori precisazioni, le parole del Regolamento sono estremamente chiare e affermano: *“Undertakings providing core platform services have emerged with considerable economic power that could qualify them to be designated as gatekeepers pursuant to this Regulation. Typically, they feature an ability to connect many business users with many end users through their services, which, in turn, enables them to leverage their advantages, such as their access to large amounts of data, from one area of activity to another. Some of those undertakings exercise control over whole platform ecosystems in the digital economy and are structurally extremely difficult to challenge or contest by existing or new market operators, irrespective of how innovative and efficient those market operators may be. Contestability is reduced particularly due to the existence of very high barriers to entry or exit, including high investment costs, which cannot, or not easily, be recuperated in case of exit, and the absence of, or reduced access to, some key inputs in the digital economy, such as data. As a result, the likelihood increases that the underlying markets do not function well or will soon fail to function well”*¹⁶.

Inoltre, si sottolinea che le caratteristiche di questi gatekeepers *“possono portare, in molti casi, a un'iniqua e a gravi squilibri nel potere contrattuale e, di conseguenza, a pratiche e condizioni non eque per gli utenti commerciali e per gli utenti finali dei servizi di base della piattaforma forniti dai gatekeeper, a scapito dei prezzi, della qualità, della concorrenza leale”*.¹⁷ Infine, il regolamento riconosce che *“i processi di mercato sono*

¹⁵ DMA recital 2

¹⁶ DMA recital 3 *“Le imprese che forniscono servizi di piattaforma fondamentali sono emerse con un considerevole potere economico che potrebbe qualificarle per essere designate come gatekeeper ai sensi di questo Regolamento. Tipicamente, presentano la capacità di connettere molti utenti aziendali con molti utenti finali attraverso i loro servizi, il che, a sua volta, consente loro di sfruttare i loro vantaggi, come l'accesso a grandi quantità di dati, da un'area di attività all'altra. Alcune di queste imprese esercitano il controllo su interi ecosistemi di piattaforme nell'economia digitale e sono strutturalmente estremamente difficili da sfidare o contestare da parte degli operatori di mercato esistenti o nuovi, indipendentemente da quanto innovativi ed efficienti possano essere questi operatori di mercato. La contendibilità è ridotta particolarmente a causa dell'esistenza di barriere all'entrata o all'uscita molto elevate, inclusi alti costi di investimento, che non possono, o non facilmente, essere recuperati in caso di uscita, e la mancanza di, o l'accesso ridotto a, alcuni input chiave nell'economia digitale, come i dati. Di conseguenza, aumenta la probabilità che i mercati sottostanti non funzionino bene o che presto non funzioneranno bene”*

¹⁷ DMA recital 4

*spesso incapaci di garantire risultati economici equi per quanto riguarda i servizi di base delle piattaforme digitali”.*¹⁸

Queste dichiarazioni hanno di fatto, l'autorità di mettere una sorta di punto fermo al dibattito sul “se” sia necessaria una legislazione complementare nei confronti dei giganti tecnologici. Una volta inquadrare le ragioni politiche alla base dell'emanazione del DMA, si può procedere ad analizzarne la struttura e le disposizioni. In primo luogo, per quanto riguarda l'ambito di applicazione, il DMA si applica ai servizi di piattaforme essenziali forniti da un gatekeeper a utenti commerciali stabiliti nell'Unione o a utenti finali stabiliti o situati nella stessa UE, indipendentemente “dal luogo di stabilimento o di residenza del gatekeeper e a prescindere dalla legge altrimenti applicabile alla fornitura del servizio”¹⁹. Il paragrafo 2 dell'art.1 afferma, quindi, che l'applicazione del DMA (e la giurisdizione dell'UE) è valida anche per le imprese non stabilite nell'UE ma che forniscono servizi entro i suoi confini.

1.2.2 Differenze rispetto ad altre leggi e regolamenti (es. Gdpr)

Un secondo tema discusso e di rilevante importanza riguarda il ruolo dei dati all'interno dell'economia digitale. Secondo Malgieri e Davola i dati costituiscono un bene economico centrale nel quadro dell'economia digitale, sia direttamente in termini di valorizzazione e di “monetizzazione” da parte delle piattaforme sia indirettamente, mediante il vantaggio competitivo e le possibili barriere competitive che quest'ultimi creano²⁰. Secondo Mäihaniemi e Schütte, le grandi piattaforme digitali raccolgono moltissimi dati riguardanti i loro utenti finali spesso in modo poco trasparente, ciò può distorcere la concorrenza tra la piattaforma e i suoi concorrenti e allo stesso tempo causare una violazione della privacy degli utenti finali, final e business users potrebbero pertanto

¹⁸ DMA recital 5

¹⁹ DMA, Articolo 1, paragrafo 2

²⁰ Davola, A., & Malgieri, G. (2022). Data, power and competition law: The (im)possible mission of the DMA?

addirittura intentare azioni per il risarcimento del danno causato da una raccolta poco trasparente dei dati, in violazione delle regole di concorrenza e della General Data Protection Regulation (GDPR)²¹.

Un esempio schiacciante riguarda la clausola di separazione di dati degli utenti provenienti da servizi e fonti diverse inserita dalla Commissione nell'approvazione dell'acquisizione di Fitbit da parte di Alphabet/Google con l'obiettivo di limitarne gli effetti anti-competitivi. L'obbligo di mantenere data silos è stato codificato dall'Art. 5(2) DMA, che ha quindi esteso tale obbligo a tutti i digital gatekeepers soggetti agli obblighi del regolamento. L'obbligo di mantenere data silos rappresenta quindi una prova di come i rimedi elaborati nel quadro normativo delle regole antitrust siano state successivamente "codificati" dal DMA.

L'obiettivo dei data silos è quello di contenere il potere di mercato della piattaforma imponendole il divieto di sfruttare la sua possibilità di raccogliere dati da una moltitudine di fonti e di combinarle insieme nel contesto di data analytics e allo stesso modo la riduzione del potere di mercato di una piattaforma digitale viene attuata attraverso l'imposizione di un obbligo di condividere i dati raccolti con parti terze.

Oltre a peculiari rimedi nazionali antitrust la legislazione europea in ambito regolamentazione Business2Business (B2B) in materia di data sharing affida al DMA 3 specifici obblighi di data sharing a carico dei gatekeepers, in relazione a specifiche categorie di dati. Oltre ai rimedi antitrust e agli obblighi del DMA, il data sharing B2B viene anche incoraggiato dal diritto alla portabilità dei dati personali contenuto nell' Art. 20 della General Data Protection Regulation (GDPR)²²; diritto che il DMA intende estendere anche ai dati non-personali generati dall'utilizzo di un prodotto.

Una regolamentazione sul data sharing, quindi, porta ad un equilibrio tra la piattaforma digitale e i suoi concorrenti in tema di possibilità di accesso ai dati, e conseguentemente

²¹Mäihäniemi, B., & Schütte, B. (2023). Damages liability for regimes for unfair data gathering in the EU. Concorrenza e Mercato.

²² L'interessato ha il diritto di ricevere in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico i dati personali che lo riguardano forniti a un titolare del trattamento e ha il diritto di trasmettere tali dati a un altro titolare del trattamento senza impedimenti da parte del titolare del trattamento cui li ha forniti qualora: a) il trattamento si basi sul consenso ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), o dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), o su un contratto ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b); e b) il trattamento sia effettuato con mezzi automatizzati. (continua)

alla loro posizione di mercato. Tuttavia, è importante tenere in considerazione che la possibilità di un efficace B2B data sharing è dipendente da un processo di standardizzazione, necessario per risolvere problemi di interoperabilità tra vari databases e di sicurezza dei dati raccolti. Con l'obiettivo di risolvere tali problemi, la Commissione Europea ha lanciato, nel febbraio 2022, il progetto per la creazione di 10 Common European Data Spaces²³ che aumenterebbero il grado di data sharing nei settori chiave e nei mercati B2B.

Abbiamo, dunque, potuto analizzare sul piano giuridico l'interazione tra il nuovo quadro tecnico/normativo che emergerà in ogni Data Space, con la legislazione 'orizzontale' su data sharing derivante dal DMA e la regolazione settoriale e diritto alla portabilità dei dati contenuto nel GDPR. Soffermandoci invece sul lato economico bisogna valutare come l'approccio di standardizzazione settoriale previsto dai Common European Data Spaces europei permetterà un effettivo aumento del grado di data sharing tra vari settori industriali. L'interazione tra la nuova regolazione ex-ante e le varie fonti normative contenenti rilevanti punti di contatto può essere introdotta attraverso l'esempio di regolamentazione nel settore del controllo delle concentrazioni.

L'Art.14 del DMA e le nuove Linee Guida della Commissione sull'Art. 22 del Reg. 139/2004²⁴, ampliano lo scopo di obbligo di notifica delle concentrazioni rispetto al Reg. 139/2004, dopo l'entrata in vigore del DMA, ogni nuova concentrazione svolta da un gatekeeper, nei fatti, dovrà essere notificata alla Commissione Europea, indipendentemente dal raggiungimento delle soglie di fatturato del Regolamento concentrazioni²⁵.

Le recenti Linee Guida sull'Articolo 22 incoraggiano inoltre le autorità nazionali dei Paesi Membri dell'Unione Europea a segnalare alla Commissione Europea casi di concentrazioni, anche se non soddisfano i requisiti di fatturato stabiliti dal DMA (Digital Markets Act) o le soglie di notifica del diritto nazionale in materia di concorrenza.

²³ I 10 Common European Data Spaces sono un'iniziativa dell'Unione Europea che mira a creare un ambiente digitale condiviso in cui i dati possano essere condivisi e utilizzati in modo sicuro e conforme alle normative.

²⁴ L'articolo 22 del Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, riguarda il controllo delle concentrazioni di imprese.

²⁵ attualmente il fatturato delle imprese partecipanti alla concentrazione deve essere superiore a 5 miliardi di ECU su scala mondiale e almeno due delle imprese partecipanti devono realizzare un fatturato di oltre 250 milioni di ECU nella Comunità.

Tuttavia, in un contributo, Carugati²⁶ solleva dubbi sulla validità di tale approccio legislativo. Secondo l'autore, l'estensione dell'obbligo di notifica comporterà costi aggiuntivi sia per le grandi piattaforme sia per le autorità regolatorie, senza conseguire un reale aumento nell'individuazione di casi di concentrazione potenzialmente dannosi per la concorrenza.

Spostando l'attenzione specificatamente sul DMA ed il GDPR possiamo senza 'altro affermare che nonostante entrambe le legislazioni abbiano pari grado nel quadro delle fonti del diritto dell'Unione Europea, il GDPR rimane la legislazione di riferimento per quanto riguarda il trattamento dei dati personali e qualsiasi sovrapposizione delle due norme va trattata con il riguardo adeguato. Il DMA, ad esempio, prevede che il gatekeeper possa 'fondere' i dati raccolti da varie fonti dopo aver ottenuto il consenso del soggetto a cui i dati appartengono derogando il principio di data silos presente all'art.5(2) del regolamento stesso.

Tale consenso, però, dovrebbe essere rilasciato in base alle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali previste dal GDPR ed è per questo motivo che l'applicazione di tale principio sul consenso nel contesto degli obblighi derivanti dal DMA appare viziato da un problema di circolarità': da una parte, il DMA rimanda al GDPR per quanto riguarda le condizioni di liceità del consenso; dall'altra parte, il GDPR prevede che il consenso sia invalido quando esista una situazione di sbilanciamento tra il soggetto ed il controllore dei dati²⁷.

Il consenso rilasciato dall'utente finale è di per sé invalido in quanto la posizione di sbilanciamento trattata nel GDPR sussiste per definizione tra il gatekeeper ed il soggetto dei dati personali. Il problema della 'circolarità del consenso è un esempio del tema più ampio della coerenza tra le legislazioni adottate negli ultimi anni dall'Unione Europea nel quadro della regolazione dell'economia digitale, e dei possibili conflitti tra decisioni adottate da vari regolatori, sia europei che nazionali, in base a varie fonti normative.

²⁶ Carugati, C. (2022). The implementation of the Digital Markets Act with national antitrust laws. Retrieved April 22, 2022.

²⁷Unione Europea. (2016). Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e alla libera circolazione di tali dati, e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati). Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L 119, 1-88.

L'applicazione del principio di *ne bis in idem*²⁸ questa volta, è messo in discussione in quanto la Corte Europea di Giustizia ha sottolineato che una sanzione inflitta in base ad una violazione del diritto della concorrenza non impedisce ad un regolatore settoriale di sanzionare la stessa condotta in base ad uno strumento legislativo differente, in quanto l'*idem* resta differente.

1.3 Piano di azione e armonizzazione legale, analisi del piano di azione del DMA, panoramica degli articoli principali

Il Digital Markets Act (DMA) si focalizza sul concetto di “gatekeeper”, un titolo conferito dalla Commissione europea secondo criteri definiti dal DMA stesso. Una figura chiave nel regolamento è quella del “core platform service”, delineato chiaramente dall'articolo 2 tramite un elenco che comprende una vasta gamma di servizi offerti dalle grandi società tecnologiche.

Tuttavia, la rigidità di un elenco potrebbe non essere adeguata a includere future innovazioni nel rapido cambiamento del panorama tecnologico. Questo conflitto è mitigato dalla necessità di chiarezza legale che un elenco offre, insieme a una sorta di “clausola di aggiornamento” incorporata nell'articolo 2.

L'articolo 3 del DMA è cruciale nella fase di designazione dei gatekeeper. Un'impresa viene identificata come gatekeeper quando soddisfa determinati criteri quantitativi e qualitativi, incluso l'impatto significativo sul mercato interno, il ruolo di piattaforma di base e la posizione consolidata o prevedibile. I criteri quantitativi sono definiti nell'articolo 3, paragrafo 1, e includono soglie di fatturato annuo e numero di utenti attivi. Le aziende che soddisfano i criteri devono notificarlo alla Commissione entro due mesi, come specificato nell'articolo 3, paragrafo 2. Anche se non lo fanno, la Commissione può designarle come gatekeeper basandosi sull'articolo 3, paragrafo 3, utilizzando le informazioni a sua disposizione.

²⁸ Il principio “*ne bis in idem*” è un principio giuridico che stabilisce che una persona non può essere processata o punita due volte per lo stesso reato.

Tuttavia, le aziende possono contestare questa designazione dimostrando che i requisiti non sono soddisfatti, come previsto dall'articolo 3, paragrafo 4. Oltre al percorso standard, la Commissione ha il potere di designare gatekeeper anche senza soddisfare le soglie quantitative previste, come stabilito nell'articolo 3, paragrafo 8, prendendo in considerazione varie caratteristiche strutturali dell'impresa e del mercato.

La designazione di gatekeeper può essere riconfermata ogni tre anni, come indicato nell'articolo 3, paragrafo 9, e può essere rivista in caso di cambiamenti sostanziali o errori nei dati.

Il DMA offre una certa flessibilità, consentendo la revisione delle designazioni e l'aggiornamento dei criteri quantitativi tramite atti delegati, come previsto negli articoli 3, paragrafi 6 e 7. Questa flessibilità riflette l'adattabilità del regolamento alla realtà del mercato, mantenendo al contempo la certezza del diritto necessaria per le imprese e il mercato stesso.

CAPITOLO 2

2.1 Complementarità o Specialità? I considerando del DMA.

Il Dma, entrato pienamente in vigore a partire dal 7 marzo 2024, contribuisce al raggiungimento del corretto funzionamento del mercato interno con l'obiettivo di garantire la contendibilità e l'equità dei mercati nel settore digitale. Secondo i considerando 10²⁹ e 11³⁰ del DMA e l'articolo 1, paragrafo 6³¹, il regolamento si ispira al principio di complementarità. Non viene dunque messa in discussione l'applicazione delle norme anticoncorrenziali né eventuali deroghe e modifiche ad alcuni dei concetti contenuti nelle altre norme del quadro normativo dell'Unione europea, come il Gdpr³², la

²⁹ Allo stesso tempo, poiché il presente regolamento mira a integrare l'applicazione del diritto della concorrenza, esso dovrebbe applicarsi 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 relative ai comportamenti unilaterali basati su una valutazione caso per caso delle posizioni e dei comportamenti di mercato, compresi i relativi effetti reali o potenziali e l'ambito di applicazione preciso del comportamento vietato, e che prevedono la possibilità per le imprese di invocare giustificazioni oggettive di efficienza rispetto al comportamento in questione, nonché le norme nazionali relative al controllo delle concentrazioni. Tuttavia, l'applicazione di queste norme non dovrebbe pregiudicare gli obblighi imposti ai gatekeeper a norma del presente regolamento e la loro applicazione uniforme ed effettiva nel mercato interno.

Unione Europea. (2022). Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali). Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L 265, 1-45.

³⁰ Gli articoli 101 e 102 TFUE e le corrispondenti norme nazionali in materia di concorrenza relative a comportamenti anticoncorrenziali unilaterali e multilaterali, come pure al controllo delle concentrazioni, si prefiggono quale obiettivo la protezione della concorrenza non falsata sul mercato. Il presente regolamento persegue un obiettivo complementare, ma diverso, alla protezione della concorrenza non falsata su un dato mercato, quale definita in termini di diritto della concorrenza, e tale obiettivo consiste 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. Il presente regolamento mira, pertanto, a proteggere un interesse giuridico diverso rispetto a quello protetto da tali norme e dovrebbe applicarsi senza pregiudicare l'applicazione di queste ultime. Unione Europea. (2022). Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali). Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L 265, 1-45.

³¹ Il presente regolamento non pregiudica l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE. Esso lascia altresì impregiudicata l'applicazione: a) delle norme nazionali in materia di concorrenza che vietano accordi anticoncorrenziali, decisioni delle associazioni di imprese, pratiche concordate e abusi di posizione dominante; b) delle norme nazionali in materia di concorrenza che vietano altre forme di comportamento unilaterale nella misura in cui sono applicate a imprese diverse dai gatekeeper o equivalgono all'imposizione di ulteriori obblighi ai gatekeeper; e c) del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio e delle norme nazionali relative al controllo delle concentrazioni.

³² Il GDPR, General Data Protection Regulation, è un regolamento dell'Unione Europea che riguarda la protezione e il trattamento dei dati personali dei cittadini europei.

direttiva e- Privacy³³, il regolamento P2b³⁴. La sua applicazione non dovrebbe, di regola, contrastare quanto stabilito ai sensi degli articoli 101 e 102 del TFUE e qualsiasi norma nazionale per quanto concerne comportamenti anticoncorrenziali multilaterali e unilaterali. Le sue norme, infatti, sono state contemplate in virtù del principio di complementarità alle disposizioni generali antitrust e sono poste per il perseguimento di obiettivi che, se da un lato restano complementari, dall'altro appaiono differenti.

A suscitare dubbi però sono i considerando successivi, infatti, se si analizza quanto detto nel considerando 78: “viene fatto salvo il potere della Commissione di aprire procedimenti ex art.101 o 102 TFUE per quanto concerne il comportamento dei gatekeeper che non è contemplato dagli obblighi di cui al presente Regolamento” emerge il messaggio che la Commissione possa avviare procedimenti antitrust nei mercati digitali, ma solo con riguardo a condotte non contemplate dal DMA.

Appare così instaurato un vero e proprio rapporto di specialità, per cui la presenza di norme espresse dal DMA escluderebbe l'applicazione delle norme di concorrenza alla medesima fattispecie. Un'ulteriore contraddizione del considerando 11 affiora ulteriormente da quanto espresso nel considerando 77 il quale, giustifica le possibili future integrazioni del Regolamento ad opera della Commissione, affermando che il DMA costituisce “una risposta normativa efficace e globale ai problemi posti dai gatekeeper”.

Queste espressioni farebbero pensare ad una scelta del legislatore europeo diretta all'indipendenza della disciplina del DMA ai fini del controllo del potere di mercato dei gatekeepers. Va però sottolineato che la presenza del termine “regulatory response” nella versione originale inglese del considerando potrebbe essere inteso nell'ottica di regolazione ex-ante rendendo quindi autonomi e complementari i due interventi e tenendo conto del fatto che la peculiarità della disciplina antitrust è proprio in un'azione ex-post.

³³ La direttiva e-Privacy, ufficialmente conosciuta come Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della privacy nel settore delle comunicazioni elettroniche, è una legislazione dell'Unione Europea (UE) che disciplina la privacy e la protezione dei dati nei servizi di comunicazione elettronica.

³⁴ Il regolamento P2B (Platform-to-Business) è una legislazione dell'Unione Europea che riguarda le relazioni tra le piattaforme online e le imprese che utilizzano tali piattaforme per vendere beni o fornire servizi ai consumatori.

Gli obiettivi delle due discipline appaiono identici o quanto meno interferenti e non differenti, per cui la motivazione alla base dell'adozione del DMA consisterebbe nella inadeguatezza e carenza delle norme antitrust tradizionali con rispetto al controllo sul potere di mercato delle grandi piattaforme digitali. L'appellativo di carenza delle norme antitrust vigenti è soprattutto legato all'esperienza del diritto antitrust statunitense e della interpretazione restrittiva che le corti americane hanno dato della nozione di monopolization nello Sherman Act: il reato di monopolization contemplato dalla sezione 2 dell'atto prevede che per contrastare le situazioni di dominanza nei mercati digitali sarebbe indispensabile qualificare la monopolization quale fatto illecito per se, senza che possa assumere alcuna rilevanza il dato delle pratiche adottate allo scopo né ogni ulteriore ponderazione sotto il profilo degli economic outputs.

Con particolare riferimento alla Sezione 2 dello Sherman Act la Commissione antitrust osserva che “courts have significantly heightened the legal standards that plaintiffs must overcome in order to prove monopolization³⁵ (“i tribunali hanno notevolmente accresciuto gli standard legali che i querelanti devono superare per dimostrare la monopolizzazione”).

Sono gli aspetti rimediali e procedurali che appaiono, dunque, il vero limite delle norme antitrust tradizionali, esse prevedono infatti interventi solo ex post, con procedimenti lunghi, complessi e costosi, e con la necessità di affrontare dispute interpretative di esito non scontato, ed oneri probatori non indifferenti. Lo stravolgimento di queste caratteristiche intrinseche della normativa antitrust, su cui viene basato il DMA, rende l'atto complementare e non speciale rispetto alle regolamentazioni concorrenziali nazionali.

“Ciò porta però verso una conclusione ben diversa da quella che appariva ad una prima lettura del cons. 11: il DMA e le norme generali di concorrenza sono sì complementari, ma nel senso che fanno parte di uno stesso sistema, cioè, tutelano gli stessi interessi e

³⁵ Nania, F. (2021). Sherman Act e costituzione economica: la contesa applicativa davanti alla Corte Suprema e la questione del “Big Business”. DPCE Online, 3(2021).

perseguono gli stessi fini di buon funzionamento del mercato, se pure con impianto organizzativo e rimediale differente”³⁶.

2.1.1 Armonizzazione con le normative nazionali: possibili conflitti o incongruenze tra il DMA e altre normative.

Il considerando 31 del Digital Markets Act mette in evidenza la necessità di definire chiaramente un insieme di regole uniformi per i servizi offerti dai gatekeeper. Il regolamento figlio della Commissione sottolinea l'importanza di un quadro coerente per evitare ulteriori frammentazioni legislative che potrebbero emergere con l'introduzione di nuove leggi in vari Stati membri. Queste frammentazioni potrebbero intensificarsi in aree dove le pratiche scorrette e la limitata competitività dei servizi delle piattaforme fondamentali non sono state ancora risolte. La dimensione transnazionale di questi servizi implica che, senza un approccio coordinato a livello europeo, sia il funzionamento del Mercato Unico Digitale che quello dei mercati digitali più in generale, potrebbero essere compromessi seriamente.

La prevenzione di questa frammentazione è quindi un obiettivo cruciale del Digital Markets Act, che non solo mira a migliorare l'efficienza, ma serve anche a giustificare la

³⁶Ribera Martinez, A. (2022). The circularity of consent in the DMA: A close look into the prejudiced substance of Articles 5(2) and 6(10). *Rivista Concorrenza e Mercato*, 29(Número Speciale Concorrenza e Regolazione nei Mercati Digitale), 191-212.

scelta della base legale per la sua implementazione. La Commissione ha basato il DMA sull'articolo 114 del TFUE, che consente l'adozione di misure per assicurare il funzionamento del mercato interno come descritto nell'articolo 26 del TFUE. Questo articolo è interpretato come uno strumento per armonizzare le leggi degli Stati membri anche in contesti di competenza limitata dell'UE, focalizzandosi sulle disparità che minacciano il libero scambio e la libera concorrenza.

Tuttavia, l'articolo 114 del TFUE non fornisce un potere generale di regolamentazione del mercato interno all'UE, ma deve essere usato specificamente per eliminare le distorsioni create da frammentazioni legislative che ostacolano la libera circolazione e prestazione di servizi. Pertanto, la questione principale è capire gli effetti di armonizzazione che il DMA mira a realizzare e se questi risolvono i problemi di frammentazione legislativa attuale o potenziale.

Un punto chiave è il livello di armonizzazione ricercato dal DMA, che può essere totale, parziale o minimo, a seconda delle decisioni delle istituzioni UE, purché rispettino i principi di proporzionalità e sussidiarietà. Un'armonizzazione totale regolerebbe completamente un settore, stabilendo limiti di protezione minimi e massimi; l'armonizzazione minima permetterebbe agli Stati membri di stabilire requisiti più severi; e quella parziale lascerebbe agli Stati membri la libertà di regolare aspetti non coperti dal DMA, ma sarebbe esaustiva dove applicata.

L'articolo 1 paragrafo 5 del DMA indica che il DMA impone un'armonizzazione massima in un ambito limitato, vietando agli Stati membri di introdurre obbligazioni aggiuntive per i gatekeeper che riguardano l'equità e la competitività derivanti dallo status di gatekeeper conferito dal DMA. Invece, l'articolo 1 al paragrafo permette un'armonizzazione minima più ampia, consentendo agli Stati membri di imporre obbligazioni supplementari in linea con le loro leggi nazionali sulla concorrenza, e di sviluppare nuove regole sul comportamento unilaterale che non siano specificamente rivolte ai gatekeeper o che siano obblighi aggiuntivi per integrare il DMA.

Queste disposizioni dimostrano che, sebbene il DMA stabilisca un quadro armonizzato, gli effetti specifici di questa armonizzazione possono variare e devono essere valutati in relazione agli obiettivi di integrazione del mercato interno perseguiti dal DMA. Inoltre, le leggi nazionali che non interferiscono con gli obiettivi di equità e competitività previsti

dal DMA possono ancora essere implementate dagli Stati membri senza entrare in conflitto con il DMA, promuovendo così un'integrazione efficace del mercato interno.

Questa interpretazione potrebbe estendere in modo significativo l'applicabilità dell'articolo 1 paragrafo 5 del Digital Markets Act (DMA), in quanto impedirebbe agli Stati membri di emanare regolamenti che potrebbero ostacolare il raggiungimento degli obiettivi di equità e contendibilità delineati nel DMA, indipendentemente dagli interessi legali invocati.

Di conseguenza, la Commissione Europea e i tribunali avrebbero una maggiore discrezionalità nel valutare se gli interessi legali perseguiti con le leggi nazionali possano o meno essere in conflitto con gli obiettivi della DMA, ampliando potenzialmente gli effetti di armonizzazione previsti dalla legge.

Quando sorgono conflitti tra gli obiettivi di equità e contendibilità e quelli di una concorrenza leale e non distorta, le autorità antitrust e i tribunali sono chiamati a mediare tra queste esigenze contrastanti. Questo processo di bilanciamento aiuta a stabilire quale interesse prevale, come l'uno può influenzare l'altro e se le normative nazionali recentemente introdotte sono effettivamente auspicabili.

Questa interpretazione ampia potrebbe anche essere collegata al principio di leale cooperazione, formulato nell'articolo 4 paragrafo 3 del Trattato sull'Unione Europea (TUE). Questo principio richiederebbe agli Stati membri di garantire che la loro legislazione sia conforme non solo alla lettera ma anche allo spirito delle direttive europee, evitando un'interpretazione meramente letterale che potrebbe restringerne l'applicazione.

Per quanto riguarda il diritto della concorrenza, specificato nell'articolo 1 paragrafo 6 della DMA, il livello di armonizzazione richiesto rimarrebbe minimo. Tuttavia, nell'interpretazione di Jasper van den Boom³⁷ qui proposta vengono chiariti i confini entro i quali gli Stati membri possono introdurre nuove disposizioni sulla condotta unilaterale attraverso le proprie leggi antitrust, delineando chiaramente quando tali azioni

³⁷ Van den Boom, J. (2023). What does the Digital Markets Act harmonize? Exploring interactions between the DMA and national competition laws. *European Competition Journal*, 19(1), 57-85.

possono essere considerate un tentativo di aggirare l'armonizzazione generale imposta dall'articolo 1 paragrafo 5 della DMA.

2.2 Definizione di “grande impresa digitale” e soggetti interessati, obblighi e responsabilità delle grandi imprese digitali

Come discusso precedentemente, con l'introduzione del Digital Markets Act (DMA) sono previsti una serie di obblighi e divieti ex-ante mirati da un lato, a promuovere equità e concorrenza e dall'altro ad impedire pratiche illegali derivanti dal potere di mercato dei “gatekeepers” nei servizi di piattaforma di base. Nel corso dell'ultimo decennio, un numero limitato di attori è stato in grado di accumulare un notevole potere economico nel mercato digitale.

L'utilizzo di economie di scala e di scopo, l'esistenza di effetti di rete, l'importanza strategica dei dati, la presenza di switching cost e distorsioni comportamentali hanno permesso l'affermarsi di diversi colossi digitali e reso difficile per gli utenti cambiare fornitore, incrementando le barriere all'ingresso e aumentando la protezione delle grandi imprese digitali circa la concorrenza sui singoli servizi offerti. Le 50 principali piattaforme online rappresentano in media oltre il 60% del traffico digitale negli Stati membri dell'UE e hanno generato un fatturato mondiale di circa 276 miliardi di euro nel 2018.

Tuttavia, la regolamentazione del DMA non si limita a risolvere le sfide di concorrenza nei mercati digitali; deriva anche dalla consapevolezza del ruolo che queste piattaforme svolgono nell'accesso all'informazione e nell'influenzare i comportamenti individuali.

L'iter contemplato dalle disposizioni del DMA in relazione alla designazione dei gatekeeper ha origine nella constatazione nata sulla base di alcuni fattori dimensionali delle imprese che operano nei mercati digitali, come ad esempio essere in grado di creare barriere all'ingresso così alte da compromettere in modo irreparabile la competitività del sistema.

Come evidenziato nel considerando 14 del Regolamento DMA, una serie di servizi digitali come piattaforme di intermediazione online, motori di ricerca, sistemi operativi, social network, servizi per la condivisione di video, servizi di comunicazione interpersonale, cloud computing, assistenti virtuali, browser web e servizi pubblicitari online, inclusi quelli di intermediazione pubblicitaria³⁸, coinvolgono un vasto numero di utenti e aziende. L'enorme numero di utenti e aziende coinvolte implica un rischio di pratiche commerciali sleali che potrebbero compromettere l'equità e la concorrenza nel mercato, tali implicazioni, però, si realizzano esclusivamente nel caso in cui le piattaforme rappresentino un punto di accesso nevralgico per gli utenti commerciali agli utenti finali.

In particolare, ai sensi dell'articolo 3 del DMA, la nomina di un fornitore di servizi di piattaforma di base come gatekeeper avviene in conseguenza alla soddisfazione dei seguenti requisiti: 1) ha un impatto significativo sul mercato interno, 2) gestisce un servizio di piattaforma di base che è un punto di accesso importante per gli utenti commerciali per raggiungere gli utenti finali. 3) ha una posizione consolidata e duratura o è prevedibile che acquisisca tale posizione nel prossimo futuro.

Si presume che un fornitore di servizi di piattaforma di base rientri nella categoria dei soggetti sottoposti alle norme del Regolamento ai sensi del primo punto dell'articolo in discussione se ha un fatturato annuo nell'UE di almeno 7,5 miliardi di euro negli ultimi tre esercizi o se la sua capitalizzazione di mercato media o il suo valore di mercato equivalente era almeno di 75 miliardi di euro nell'ultimo esercizio finanziario e fornisce un servizio di piattaforma di base in almeno tre Stati membri³⁹.

Per quanto riguarda il criterio 2), si presume che il gatekeeper lo soddisfi se il suo servizio di piattaforma di base ha più di 45 milioni di utenti finali attivi mensili nell'UE e più di 10.000 utenti commerciali attivi annualmente nell'UE⁴⁰. Infine, in ripresa del punto 3) si presume che il gatekeeper possa essere definito tale purché soddisfi le soglie stabilite nel criterio 2) o se esse siano state superate in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari.

³⁸ Art.2, par.2, Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea.

³⁹ Informazioni riportate dal sito del parlamento europeo: <https://www.europarl.europa.eu/portal/it>

⁴⁰ Informazioni riportate dal sito del parlamento europeo: <https://www.europarl.europa.eu/portal/it>

Il numero elevato di utenti commerciali⁴¹ dipendenti da un servizio di piattaforma di base per raggiungere un gran numero di utenti finali attivi⁴² mensilmente indica che l'impresa che fornisce il servizio costituisce un punto di accesso importante e ha il potenziale per influenzare le attività di una parte significativa degli utenti commerciali a suo vantaggio.

Qualora un'impresa soddisfi le presunzioni per uno o più servizi di piattaforma di base descritte sopra, è previsto dal processo di designazione che essa notifichi immediatamente tale informazione alla Commissione o al limite entro due mesi dal raggiungimento delle soglie pertinenti. Lo stesso procedimento deve essere seguito ogni volta che le condizioni si verificano per un ulteriore servizio precedentemente non incluso nella comunicazione⁴³.

Il 17 aprile 2023, un atto di esecuzione della Commissione è stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, conformemente all'articolo 46 del Regolamento. L'atto definisce le regole procedurali da seguire conformemente all'articolo 46, includendo anche il diritto all'ascolto e il diritto di accesso al fascicolo per i destinatari delle risultanze preliminari della Commissione. Nel caso in cui un'impresa non dia comunicazione del superamento delle soglie stabilite dall'articolo 3 nelle tempistiche previste, la Commissione può procedere con la designazione basandosi sulle informazioni disponibili, anche se non integrali⁴⁴.

Allo stesso modo può verificarsi il caso opposto ossia quello in cui un'impresa, seppur abbia notificato quanto sopra enunciato, presenti argomentazioni valide per dimostrare che nonostante il superamento delle soglie, in realtà non soddisfa i requisiti per essere designata come gatekeeper⁴⁵.

In fedele affidamento a quanto stabilito nel considerando 23, la valutazione della Commissione dovrebbe concentrarsi solo su elementi come l'impatto dell'impresa che

⁴¹ «utente commerciale»: qualsiasi persona fisica o giuridica che, nell'ambito delle proprie attività commerciali o professionali, utilizza i servizi di piattaforma di base ai fini della fornitura di beni o servizi agli utenti finali o nello svolgimento di tale attività. DMA, art.2, par.21.

⁴² «utente finale»: qualsiasi persona fisica o giuridica diversa da un utente commerciale che utilizza i servizi di piattaforma di base. DMA art.2, par.20.

⁴³ DMA, art.3, par.3.

⁴⁴ DMA, art.3, par.3.

⁴⁵ DMA, art.3, par.5.

fornisce servizi di piattaforma di base sul mercato interno e, quindi, su elementi prettamente quantitativi.

Questo includerebbe le dimensioni assolute dell'impresa e il numero di Stati membri in cui opera, oltre al numero effettivo di utenti commerciali e utenti finali che superano le soglie stabilite. Una considerazione necessaria riguarda anche l'importanza del servizio di piattaforma di base dell'impresa, la portata complessiva delle sue attività e il periodo in cui le soglie sono state superate. Non vengono contemplate invece giustificazioni di carattere economico, fondate sul mercato o al fine di dimostrare efficienze derivanti da determinati comportamenti di specifiche imprese che offrono servizi di piattaforma di base, in quanto non rilevanti per la designazione come gatekeeper.

Per quanto concerne gli obblighi imposti alle piattaforme digitali, andremo a focalizzarci su quelli più importanti distinguendo gli utenti commerciali da quelli finali. Il primo obbligo in questione riguarda il multi-homing, una pratica che contempla per l'utente commerciale la vendita di propri prodotti o servizi mediante piattaforme concorrenti, ovvero mediante un proprio canale diretto di vendita.

Il regolamento (UE) 2019/1150 sull'equità e la trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online non impedisce a quest'ultimi di limitare la capacità dei propri utenti commerciali di offrire gli stessi beni e servizi ai consumatori a condizioni diverse tramite mezzi che non siano i suddetti servizi (art. 10, regolamento (UE) 2019/1150)⁴⁶. Presupponiamo che, per pubblicizzare i beni o servizi dell'utente commerciale è stato sostenuto dal gestore della piattaforma online un investimento non recuperabile.

Ciò comporta per quest'ultimo l'esposizione al rischio che l'utente commerciale possa vendere gli stessi beni o servizi a prezzi più bassi mediante il proprio sito internet o mediante una piattaforma concorrente, avvantaggiandosi in modo opportunistico dell'investimento fatto dal fornitore di servizi di intermediazione online per pubblicizzare i beni o servizi in questione.

⁴⁶ Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online. (2019). Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. L186/57.

In questo caso, entra in gioco la legittimazione per il fornitore del servizio di vietare all'utente commerciale, che utilizza la propria piattaforma, di vendere gli stessi beni o servizi mediante un proprio canale di vendita diretta o mediante piattaforme concorrenti, oppure di vietare loro di vendere gli stessi beni o servizi a prezzi più bassi di quelli ai quali li offre sulla piattaforma in questione.

La circostanza si pone però in termini completamente diversi quando il fornitore del servizio di intermediazione online è un gatekeeper. In una circostanza simile l'utente commerciale non ha la possibilità di scelta poiché il gatekeeper, in quanto tale, rappresenta un punto di accesso importante, se non necessario, per il raggiungimento degli utenti finali e qualsiasi divieto o limitazione imposta dal fruitore del servizio avrebbe come conseguenza un mercato non contendibile.

Per queste ragioni, il regolamento DMA vieta ai gatekeeper di impedire 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 gatekeeper⁴⁷. Anche il multi-homing dal lato degli utenti finali consente di rendere i mercati digitali più contendibili ed equi.

Il multi-homing che concerne gli utenti finali prevede la possibilità da parte dell'utente finale di utilizzare su qualsiasi piattaforma un prodotto o servizio acquistato mediante qualsiasi altro canale, e quindi anche mediante una piattaforma diversa da quella in questione o direttamente da un utente commerciale della stessa piattaforma.

Viene, quindi, per questa ragione, imposto al gatekeeper di consentire ai propri 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 gatekeeper⁴⁸.

Un ulteriore intralcio alla concorrenza è rappresentato dall'impossibilità per l'utente finale di utilizzare su una piattaforma concorrente i dati da lui forniti o generati mediante l'attività sulla piattaforma del gatekeeper. A tal proposito, il DMA prevede che, in caso

⁴⁷ DMA art. 5, par. 3.

⁴⁸ DMA, art. 5, par 5.

di richiesta da parte dell'utente finale o di un terzo autorizzato dall'utente finale, il gatekeeper è obbligato a fornire a titolo gratuito all'utente finale o al terzo l'effettiva portabilità dei dati forniti dall'utente finale e/o da questi generati mediante l'utilizzo del servizio di piattaforma di base fornito dal gatekeeper ⁴⁹.

Il gatekeeper è quindi posto nella posizione di dover fornire, obbligatoriamente, a titolo gratuito strumenti per agevolare l'effettivo esercizio di portabilità dei dati. Questo obbligo vale per tutti gli altri dati a diversi livelli di aggregazione necessari affinché tale portabilità sia effettivamente consentita. Tale obbligo si integra a quanto stabilito ed applicato dal regolamento (UE) 2016/679.

Focalizzando l'attenzione invece sugli utenti commerciali sappiamo che, in primo luogo, colui che si trova nella posizione di fornitura di un servizio di intermediazione online si trova, allo stesso tempo, a dover operare in concorrenza con gli utenti commerciali della propria piattaforma. In tale scenario, entra in gioco il conflitto di interessi tra il gatekeeper e l'utente commerciale in quanto, l'intermediatore tenderà a voler favorire in propri servizi o prodotti offerti portando alla trasformazione del conflitto di interessi in una forma di concorrenza sleale dovuta principalmente ad un abuso della propria posizione dominante.

Tale posizione deriva principalmente dalla possibilità per questi soggetti di combinare dati di varia origine. Il fornitore di un servizio di intermediario online o di un motore di ricerca online può infatti usufruire dei dati generati attraverso il servizio di piattaforma, dei dati generati mediante servizi diversi forniti dallo stesso gestore o da soggetti da lui controllati, e infine dei dati generati dagli utenti commerciali che utilizzano la sua piattaforma.

Il gatekeeper, quindi, ha a disposizione oltre che un gran numero di dati anche la possibilità di sfruttare i dati generati dagli utenti commerciali per competere contro di loro. Il regolamento DMA, quindi, fa espresso divieto ai gatekeeper di 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

⁴⁹ DMA, art.6, par. 9.

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 commerciali⁵⁰.

Il regolamento si basa sul presupposto secondo il quale la posizione del gatekeeper non permette all'utente commerciale di potersi rivolgere a qualsiasi altra piattaforma e, pertanto, la contendibilità e l'equità del mercato non può essere garantita mediante il libero gioco della concorrenza. L'articolo fa riferimento sia all'utilizzo dei dati forniti che di quelli generati dagli utenti commerciali. Per dati forniti il Regolamento contempla quei dati necessari al gatekeeper per fornire il servizio all'utente commerciale⁵¹.

Proseguendo nella discussione dei principali divieti contemplati dal DMA, merita di essere nominato il divieto di lock-in. In particolare, viene stabilito che, 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 finali⁵².

Proseguendo con l'analisi, un ulteriore obbligo previsto dal DMA riguarda la portabilità orizzontale di cui tratta l'articolo 7 del Regolamento. In particolare: Il gatekeeper che fornisce servizi di comunicazione interpersonale, indipendenti dal numero, elencati nella decisione di designazione a norma dell'articolo 3, paragrafo 9⁵³, rende le funzionalità di base dei suoi servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero di un altro fornitore che offre o intende offrire tali servizi nell'Unione, fornendo, su richiesta e a titolo gratuito, le necessarie interfacce tecniche o soluzioni analoghe che facilitano l'interoperabilità.⁵⁴

⁵⁰ DMA, art. 6, par. 2, Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea.

⁵¹ Considerando 47.

⁵² DMA, Art.6, par.6, Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea.

⁵³ In relazione a ciascuna impresa designata come gatekeeper a norma del paragrafo 4 o 8, la Commissione elenca nella decisione di designazione i pertinenti servizi di piattaforma di base forniti nell'ambito di tale impresa e che costituiscono singolarmente un punto di accesso importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali, conformemente al paragrafo 1, lettera b).

⁵⁴ DMA, Art.7 par.1, Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea.

2.2.1 Caso Google, Meta, Amazon, Apple

Il 25 marzo 2024 la Commissione Europea ha aperto un'indagine di compliance riguardo quattro dei sei gatekeepers designati secondo i parametri del Digital Markets Act.

“Today, the Commission opens five non-compliance investigations under the Digital Markets Act (DMA). They concern Alphabet’s rules on steering in Google Play and self-preferencing in Google Search, Apple’s rules on steering in the App Store and on choosing browsers and changing defaults, and Meta’s ‘pay or consent model’. We suspect that the suggested solutions put forward by the three companies do not fully comply with the DMA. We will now investigate the companies’ compliance with the DMA, to ensure open and contestable digital markets in Europe”.

Sono state riportate le esatte parole del vicepresidente in carica delle politiche sulla competenza Margrethe Vestager per introdurre in modo coinciso le problematiche relative a questi giganti digitali. In particolare, le indagini della Commissione riguardo Alphabet (Google) ed Apple riguardano la presunta violazione dell'articolo 5 al paragrafo 4 che richiede ai gatekeeper di consentire agli sviluppatori di app di “indirizzare” i consumatori verso offerte esterne agli app store dei gatekeeper stessi, gratuitamente.

Le principali preoccupazioni della Commissione riguardano le molteplici restrizioni e limitazioni imposte da Alphabet e Apple, che compromettono la capacità degli sviluppatori di comunicare liberamente, promuovere offerte e stipulare contratti direttamente. Inoltre, la Commissione è allarmata dall'imposizione di varie tariffe da parte di queste aziende.

Nonostante prima dell'entrata in vigore del Regolamento la Commissione si è preoccupata di garantire un quasi parziale allineamento di queste piattaforme digitali alle regole del DMA, tutt'ora sorgono dei dubbi. Nello specifico Alphabet è indagata per una probabile violazione dell'articolo 6, in quanto potrebbe verificarsi la circostanza nella quale le misure implementate da Alphabet per conformarsi al DMA potrebbero non garantire che i servizi di terze parti presenti nella pagina dei risultati di ricerca di Google siano trattati in modo equo e non discriminatorio rispetto ai servizi propri di Alphabet.

La visualizzazione dei risultati di ricerca di Google da parte di Alphabet potrebbe portare a favoritismi nei confronti dei servizi di ricerca verticale di Google (ad esempio, Google Shopping; Google Flights; Google Hotels) rispetto a servizi simili di rivali.

Passando nel dettaglio al caso Apple invece, la Commissione ha avviato procedimenti contro Apple riguardo alle misure adottate per rispettare gli obblighi di (i) consentire agli utenti finali di disinstallare facilmente qualsiasi applicazione software su iOS, (ii) cambiare facilmente le impostazioni predefinite su iOS e (iii) presentare agli utenti schermate di scelta che devono permettere loro di selezionare in modo efficace e semplice un servizio predefinito alternativo, come un browser o un motore di ricerca sui loro iPhone.

La violazione dell'articolo 6 paragrafo 3 sarebbe dovuta alle misure adottate da Apple ed alla progettazione della schermata di scelta del browser web in quanto quest'ultime possono impedire agli utenti di esercitare veramente la loro scelta di servizi all'interno dell'ecosistema Apple.

Per concludere questa necessaria parentesi sulle effettive applicazioni del DMA, pratiche e necessarie per il corretto funzionamento del mercato unico digitale, va introdotto il caso Meta che prevede una presunta violazione dell'articolo 5 paragrafo 2 in quanto l'azienda avrebbe introdotto recentemente un modello di "pagare o acconsentire" per gli utenti nell'UE. La violazione si verificherebbe per il fatto che l'articolo richiede ai gatekeeper di ottenere il consenso degli utenti quando intendono combinare o utilizzare trasversalmente i loro dati personali attraverso diversi servizi piattaforma core.

L'apprensione della Commissione riguarda la scelta binaria imposta da Meta che non fornirebbe agli utenti che non hanno dato il proprio consenso un'alternativa e impossibilitando, quindi, il raggiungimento dell'obiettivo di prevenire l'accumulo di dati personali da parte dei gatekeeper.

L'analisi di questi casi riveste un'importanza cruciale al fine di mostrare come il Digital Markets Act (DMA) abbia l'obiettivo, almeno teorico, di garantire una concorrenza più equa all'interno dei mercati digitali. Attraverso la valutazione delle pratiche di giganti del settore come Alphabet, Apple e Meta, la Commissione Europea mira a stabilire un campo di gioco più livellato per tutti gli operatori del mercato, incoraggiando l'innovazione e tutelando i diritti degli utenti.

Questi procedimenti non solo evidenziano la determinazione dell'Unione Europea nel contrastare comportamenti anticoncorrenziali e pratiche limitative, ma delineano anche un quadro normativo più rigoroso e trasparente per il futuro digitale. La risoluzione di tali

indagini sarà fondamentale per assicurare che il DMA adempia al suo scopo di promuovere mercati digitali aperti e contestabili, beneficiando consumatori ed economia digitale europea nel suo complesso.

2.3 Ruolo delle autorità di regolamentazione nell'applicazione dei regolamenti

Il capo V del DMA contiene le disposizioni concernenti l'attuazione e l'esecuzione del regolamento. Punto centrale dell'intero apparato di attuazione della norma è il ruolo della Commissione UE che va a distinguere nettamente il DMA dal GDPR. Per poter giungere ad una sanzione, la norma ipotizza un percorso procedurale estremamente articolato. Se (la Commissione) intende aprire procedimenti in vista di un'eventuale adozione di decisioni a norma degli articoli 8, 29 e 30, la Commissione adotta una decisione di apertura di un procedimento⁵⁵.

La Commissione europea ha il potere di chiedere informazioni anche mediante semplice domanda o mediante decisione a imprese o associazioni di imprese, e gode dell'accesso a banche dati e algoritmi di tali soggetti. La Commissione è tenuta a precisare lo scopo della domanda e un termine entro il quale le informazioni devono essere fornite. Sono richieste alla Commissione anche le basi giuridiche dell'istruttoria in corso ed essa è tenuta ad indicare le sanzioni e le penalità di mora connesse a tali richieste, nonché la menzione del diritto di presentare ricorso dinanzi alla Corte di giustizia avverso la decisione⁵⁶.

Per l'assolvimento dei suoi compiti in conformità del presente regolamento, la Commissione può sentire ogni persona fisica o giuridica che vi acconsenta ai fini della raccolta di informazioni relative all'oggetto di un'indagine. La Commissione ha il diritto di registrare tali audizioni mediante qualsiasi mezzo tecnico⁵⁷. Se un'audizione ai sensi del paragrafo 1 si svolge nei locali di un'impresa, la Commissione informa l'autorità nazionale competente responsabile dell'applicazione delle norme di cui all'articolo 1, paragrafo 6, nello Stato membro nel cui territorio ha luogo l'audizione. Se tale autorità lo

⁵⁵ DMA, art.20, par.1.

⁵⁶ DMA, art.21.

⁵⁷ DMA, art.22, par.1.

richiede, i suoi funzionari possono assistere i funzionari e le altre persone che li accompagnano autorizzati dalla Commissione a svolgere l'audizione⁵⁸.

Ai sensi dell'articolo 23 essa può altresì effettuare accertamenti in loco nei locali di un'impresa o associazione di imprese, anche con l'assistenza di auditor o esperti.

La Commissione europea ha il potere di emanare, in casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per gli utenti commerciali o gli utenti finali dei gatekeeper, misure cautelari, ove sia constatata prima facie la sussistenza di un'infrazione degli obblighi e divieti posti dal Regolamento. I provvedimenti sono limitati nel tempo e reiterabili e sono adottati comunque nel rispetto di tutte le garanzie procedurali previste dall'art 50 del Regolamento, che istituisce la c.d. Procedura di comitato.

La Commissione è, infatti, assistita da un comitato (comitato consultivo per i mercati digitali) nei casi previsti dagli artt. 24 e 25 del Regolamento. Il comitato rende un parere e la Commissione comunica il parere del comitato al destinatario di una decisione individuale unitamente a detta decisione⁵⁹.

L'articolo 25 riguarda gli impegni della Commissione e delle altre autorità, comprese quelle nazionali, a tutela della concorrenza. In particolare, ai sensi del suddetto articolo: Qualora nel corso dei procedimenti a norma dell'articolo 18 il gatekeeper interessato offra di assumersi impegni relativi ai pertinenti servizi di piattaforma di base tali da garantire l'osservanza degli obblighi sanciti dagli articoli 5, 6 e 7, la Commissione può adottare un atto di esecuzione che rende tali impegni vincolanti per tale gatekeeper e dichiarare che il proprio intervento non è più giustificato. Tale atto di esecuzione è adottato secondo la procedura consultiva di cui all'articolo 50, paragrafo 2⁶⁰.

La Commissione può, su richiesta o di propria iniziativa, riaprire mediante decisione i pertinenti procedimenti nei seguenti casi: 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 efficaci⁶¹.

⁵⁸ DMA, art.22, par.2.

⁵⁹ DMA, art.24.

⁶⁰ DMA, art.25, par.1.

⁶¹ DMA, art.25, par.2.

Qualora ritenga che gli impegni presentati dal gatekeeper interessato non siano tali da garantire l'effettiva osservanza degli obblighi sanciti dagli art. 5, 6 e 7, la Commissione chiarisce le ragioni per cui non rende vincolanti tali impegni nella decisione che conclude il pertinente procedimento⁶²

Le misure relative al monitoraggio del rispetto degli obblighi e delle procedure contemplate dal regolamento prevedono, ai sensi dell'articolo 26, che la Commissione adotta i provvedimenti necessari per monitorare l'attuazione e l'osservanza effettive degli obblighi sanciti dagli articoli 5, 6 e 7 e delle decisioni adottate a norma degli articoli 8, 18, 24, 25 e 29. Tali provvedimenti possono comprendere in particolare l'imposizione dell'obbligo per il gatekeeper di conservare tutti i documenti ritenuti pertinenti per valutare l'attuazione e il rispetto di tali obblighi e decisioni⁶³.

I provvedimenti adottati a norma del paragrafo 1 possono comprendere la nomina di esperti e revisori esterni indipendenti, nonché di funzionari designati dalle autorità nazionali competenti degli Stati membri, che assistano la Commissione ai fini del monitoraggio di obblighi e misure e le forniscano consulenze o conoscenze specifiche⁶⁴.

Per quanto concerne le informazioni fornite da terzi, l'articolo successivo disciplina che, qualsiasi soggetto terzo, ivi compresi utenti commerciali, concorrenti o utenti finali dei servizi di piattaforma di base elencati nella decisione di designazione a norma dell'articolo 3, paragrafo 9, nonché i relativi rappresentanti, può informare l'autorità nazionale competente dello Stato membro responsabile dell'applicazione delle norme di cui all'articolo 1, paragrafo 6, o la Commissione direttamente, in merito a pratiche o comportamenti dei gatekeeper che rientrino nell'ambito di applicazione del presente regolamento⁶⁵.

L'autorità nazionale competente dello Stato membro responsabile dell'applicazione delle norme di cui all'articolo 1, paragrafo 6, e la Commissione hanno piena discrezionalità per quanto riguarda le misure opportune e non hanno alcun obbligo di dare seguito alle informazioni ricevute⁶⁶. Qualora determini, sulla base delle informazioni ricevute a norma del paragrafo 1 del presente articolo, che potrebbe sussistere un problema di

⁶² DMA, art.25, par.3.

⁶³ DMA, art 26, par.1.

⁶⁴ DMA, art 26, par.2.

⁶⁵ DMA, art.27, par.1.

⁶⁶ DMA, art.27, par.2.

inosservanza del presente regolamento, l'autorità nazionale competente dello Stato membro responsabile dell'applicazione delle norme di cui all'articolo 1, paragrafo 6, trasferisce tale informazione alla Commissione⁶⁷.

L'articolo 38 dettaglia invece la cooperazione e lo scambio di informazioni tra la Commissione europea, le autorità nazionali competenti degli Stati membri, e la rete europea della concorrenza (ECN) nell'ambito dell'applicazione del Digital Markets Act. In particolare, riguardo all'indagine e regolamentazione dei gatekeeper digitali: è prevista una cooperazione attraverso l'ECN, la Commissione e le autorità nazionali al fine di collaborare e condividere informazioni, inclusi dati riservati, riguardanti l'applicazione delle norme del Digital Markets Act.

Per le autorità non membri dell'ECN, la Commissione stabilirà procedure necessarie per garantire questa cooperazione e scambio di informazioni. Per quanto riguarda le autorità nazionali, esse devono, prima di avviare un'indagine formale su un gatekeeper basandosi sulla legislazione nazionale, informare per iscritto la Commissione e comunicare, attraverso la notifica di indagini, alle altre autorità nazionali competenti. La notifica alla Commissione deve avvenire almeno 30 giorni prima dell'adozione di eventuali misure basate sulla legislazione nazionale.

Nel caso di misure provvisorie, la notifica deve avvenire il prima possibile e comunque subito dopo l'adozione delle misure. Sono previste poi delle eccezioni per le decisioni sulle concentrazioni in quanto i meccanismi di notifica non si applicano alle decisioni relative alle norme nazionali sulle concentrazioni. L'utilizzo delle informazioni prevede che esse siano scambiate ed usate esclusivamente per il coordinamento dell'applicazione del regolamento e delle relative norme.

La Commissione può altresì richiedere il supporto delle autorità nazionali per le sue indagini di mercato relative al regolamento ed un'autorità nazionale con i poteri di indagine appropriati può avviare indagini su possibili non conformità agli articoli 5, 6 e 7 del regolamento. Sussiste però l'obbligo di notifica alla Commissione poiché, se la Commissione avvia un procedimento, le autorità nazionali non possono condurre o devono concludere le loro indagini, riferendo poi i risultati alla Commissione per supportarne l'azione regolatoria.

⁶⁷ DMA, art.27, par.2.

Questo articolo disciplina, quindi, il quadro di cooperazione e comunicazione tra le diverse autorità coinvolte nell'applicazione del Digital Markets Act, assicurando che le azioni a livello nazionale e europeo siano coordinate e che le informazioni critiche siano condivise per una regolamentazione efficace dei gatekeeper digitali.

Proseguendo nell'analisi del ruolo delle diverse autorità nell'applicazione del Regolamento, il testo dell'articolo 39 si sofferma sulla descrizione del modo in cui gli organi giurisdizionali nazionali degli Stati membri e la Commissione Europea collaborino per assicurare l'esecuzione uniforme del DMA. Inizialmente, viene evidenziato che gli organi giurisdizionali nazionali hanno la possibilità di richiedere alla Commissione Europea informazioni o pareri su questioni che riguardano l'applicazione del regolamento, facilitando così un approccio coordinato e una migliore comprensione delle normative in gioco. Per garantire che la Commissione sia sempre aggiornata sull'applicazione del regolamento, gli Stati membri devono inviarle copie di tutte le sentenze nazionali legate a questo regolamento subito dopo la loro notifica alle parti coinvolte.

Questa pratica consente alla Commissione di monitorare come il regolamento viene interpretato dagli organi giurisdizionali nei vari Stati membri, promuovendo un'applicazione coerente in tutta l'Unione. Inoltre, la Commissione può prendere l'iniziativa di presentare osservazioni scritte o, con l'approvazione dell'organo giurisdizionale interessato, anche osservazioni orali, qualora ritenga che ciò sia necessario per assicurare una corretta applicazione del regolamento.

Questa facoltà dimostra il ruolo attivo che la Commissione può svolgere nel processo giuridico, contribuendo significativamente all'armonizzazione delle pratiche giuridiche nell'UE. Per preparare adeguatamente le sue osservazioni, la Commissione può richiedere l'accesso ai documenti necessari per la valutazione dei casi, garantendo così che le sue conclusioni e raccomandazioni siano ben fondate e informative.

Questo meccanismo di scambio di informazioni e documenti tra organi giurisdizionali nazionali e la Commissione rafforza la cooperazione e la comprensione reciproca. Infine, il testo sottolinea l'importanza di evitare decisioni contrarie a quelle già adottate dalla Commissione o in contrasto con decisioni che la Commissione prevede di adottare. In quest'ultimo caso, gli organi giurisdizionali nazionali possono valutare se sia opportuno sospendere i procedimenti in corso. Tuttavia, viene preservata la possibilità di richiedere

pronunce pregiudiziali all'articolo 267 del TFUE⁶⁸, offrendo agli organi giurisdizionali nazionali un ulteriore strumento per risolvere dubbi interpretativi in merito al diritto dell'UE.

Il ruolo dell'organo esecutivo dell'Unione Europea, come abbiamo potuto analizzare, è centrale e determinante ai fini della corretta applicazione del Digital Markets Act.

Specificatamente, il 25 marzo 2024 la Commissione Europea ha aperto un'indagine di compliance riguardo quattro dei sei gatekeepers designati secondo i parametri del Regolamento.

“Today, the Commission opens five non-compliance investigations under the Digital Markets Act (DMA). They concern Alphabet’s rules on steering in Google Play and self-preferencing in Google Search, Apple’s rules on steering in the App Store and on choosing browsers and changing defaults, and Meta’s ‘pay or consent model’. We suspect that the suggested solutions put forward by the three companies do not fully comply with the DMA. We will now investigate the companies’ compliance with the DMA, to ensure open and contestable digital markets in Europe”.

Sono state riportate le esatte parole del vicepresidente in carica delle politiche sulla competenza Margrethe Vestager per introdurre in modo coinciso le problematiche relative a questi giganti digitali. In particolare, le indagini della Commissione riguardo Alphabet (Google) ed Apple riguardano la presunta violazione dell'articolo 5 al paragrafo 4 che richiede ai gatekeeper di consentire agli sviluppatori di app di “indirizzare” i consumatori verso offerte esterne agli app store dei gatekeeper stessi, gratuitamente.

Le principali preoccupazioni per la Commissione riguardano le diverse restrizioni e limitazioni imposte da Alphabet ed Apple, le quali precludono, anche la la capacità degli

⁶⁸ La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile.

sviluppatori di comunicare liberamente e promuovere offerte e concludere contratti direttamente, includendo l'imposizione di varie tariffe.

Nonostante prima dell'entrata in vigore del Regolamento la Commissione si è preoccupata di garantire un quasi parziale allineamento di queste piattaforme digitali alle regole del DMA, tutt'ora sorgono dei dubbi. Nello specifico Alphabet è indagata per una probabile violazione dell'articolo 6, in quanto potrebbe verificarsi la circostanza nella quale le misure implementate da Alphabet per conformarsi al DMA potrebbero non garantire che i servizi di terze parti presenti nella pagina dei risultati di ricerca di Google siano trattati in modo equo e non discriminatorio rispetto ai servizi propri di Alphabet.

La visualizzazione dei risultati di ricerca di Google da parte di Alphabet potrebbe portare a favoritismi nei confronti dei servizi di ricerca verticale di Google (ad esempio, Google Shopping; Google Flights; Google Hotels) rispetto a servizi simili di rivali.

Passando nel dettaglio al caso Apple invece, la Commissione ha avviato procedimenti contro Apple riguardo alle misure adottate per rispettare gli obblighi di (i) consentire agli utenti finali di disinstallare facilmente qualsiasi applicazione software su iOS, (ii) cambiare facilmente le impostazioni predefinite su iOS e (iii) presentare agli utenti schermate di scelta che devono permettere loro di selezionare in modo efficace e semplice un servizio predefinito alternativo, come un browser o un motore di ricerca sui loro iPhone.

La violazione dell'articolo 6 paragrafo 3 sarebbe dovuta alle misure adottate da Apple ed alla progettazione della schermata di scelta del browser web in quanto quest'ultime possono impedire agli utenti di esercitare veramente la loro scelta di servizi all'interno dell'ecosistema Apple. Per concludere questa necessaria parentesi sulle effettive applicazioni del DMA, pratiche e necessarie per il corretto funzionamento del mercato unico digitale, va introdotto il caso Meta che prevede una presunta violazione dell'articolo 5 paragrafo 2 in quanto meta avrebbe introdotto recentemente un modello di "pagare o acconsentire" per gli utenti nell'UE.

La violazione si verificherebbe per il fatto che l'articolo richiede ai gatekeeper di ottenere il consenso degli utenti quando intendono combinare o utilizzare trasversalmente i loro dati personali attraverso diversi servizi piattaforma core. L'apprensione della Commissione riguarda la scelta binaria imposta da Meta che non fornirebbe agli utenti

che non hanno dato il proprio consenso un'alternativa e impossibilitando, quindi, il raggiungimento dell'obiettivo di prevenire l'accumulo di dati personali da parte dei gatekeeper.

L'analisi di questi casi riveste un'importanza cruciale al fine di mostrare come il Digital Markets Act (DMA) abbia l'obiettivo, almeno teorico, di garantire una concorrenza più equa all'interno dei mercati digitali. Attraverso la valutazione delle pratiche di giganti del settore come Alphabet, Apple e Meta, la Commissione Europea mira a stabilire un campo di gioco più livellato per tutti gli operatori del mercato, incoraggiando l'innovazione e tutelando i diritti degli utenti.

Questi procedimenti non solo evidenziano la determinazione dell'Unione Europea nel contrastare comportamenti anticoncorrenziali e pratiche limitative, ma delineano anche un quadro normativo più rigoroso e trasparente per il futuro digitale. La risoluzione di tali indagini sarà fondamentale per assicurare che il DMA adempia al suo scopo di promuovere mercati digitali aperti e contestabili, beneficiando consumatori ed economia digitale europea nel suo complesso.

2.3.1 Procedure e sanzioni per le violazioni delle norme

Gli articoli dal 30 al 33 contemplano i provvedimenti applicabili dalla Commissione in caso di inosservanza dei precedenti articoli del Regolamento. In particolare, ai sensi dell'articolo 31 viene disciplinata la penalità di mora: la Commissione può adottare una decisione che irroga alle imprese, compresi ove applicabile i gatekeeper, e alle associazioni di imprese 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 2⁶⁹; b) a conformarsi alla decisione adottata a

⁶⁹ Il gatekeeper garantisce e dimostra l'osservanza degli obblighi sanciti dagli articoli 5, 6 e 7 del presente regolamento. Le misure attuate dal gatekeeper per garantire la conformità a tali articoli sono efficaci ai fini del conseguimento degli obiettivi del presente regolamento e del pertinente obbligo. Il gatekeeper garantisce che l'attuazione di tali misure sia conforme al diritto applicabile, in particolare al regolamento

norma dell'articolo 18, paragrafo 1⁷⁰; 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 1⁷¹.

Se le imprese o associazioni di imprese hanno adempiuto all'obbligo per la cui osservanza è stata inflitta la penalità di mora, la Commissione può adottare un atto di esecuzione che fissa l'ammontare definitivo di tale penalità di mora a un importo inferiore a quello che risulterebbe dalla decisione originaria. Tale atto di esecuzione è adottato secondo la procedura consultiva di cui all'articolo 50, paragrafo 2⁷²⁷³.

L'articolo 32 disciplina il termine di prescrizione per l'irrogazione di sanzioni: In particolare è previsto che i poteri conferiti alla Commissione in virtù degli articoli 30 e 31 sono soggetti a un termine di prescrizione quinquennale. Il termine di prescrizione decorre dal giorno in cui è stata commessa l'infrazione. Tuttavia, per quanto concerne le infrazioni continuate o ripetute, il termine di prescrizione decorre dal giorno in cui è cessata l'infrazione.

(UE) 2016/679, alla direttiva 2002/58/CE, alla legislazione in materia di cibersecurity, protezione dei consumatori e sicurezza dei prodotti, nonché ai requisiti di accessibilità.

⁷⁰ La Commissione può condurre un'indagine di mercato allo scopo di accertare se un gatekeeper si sia reso responsabile di inosservanza sistematica. La Commissione conclude tale indagine di mercato entro 12 mesi dalla data di cui all'articolo 16, paragrafo 3, lettera a). Se l'indagine di mercato dimostra che il gatekeeper ha violato sistematicamente uno o più obblighi di cui agli articoli 5, 6 o 7 e ha mantenuto, rafforzato o ampliato la sua posizione di gatekeeper in relazione ai requisiti di cui all'articolo 3, paragrafo 1, la Commissione può adottare un atto di esecuzione che impone a tale gatekeeper qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale proporzionato e necessario per garantire l'effettivo rispetto del presente regolamento. Tale atto di esecuzione è adottato secondo la procedura consultiva di cui all'articolo 50, paragrafo 2.

⁷¹ DMA, art.31, par.1, Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea.

⁷² Nei casi in cui è fatto riferimento al presente paragrafo, si applica l'articolo 4 del regolamento (UE) n. 182/2011.

⁷³ DMA, art.31, par.2, Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea.

Il termine di prescrizione per l'irrogazione di ammende o di penalità di mora si interrompe con qualsiasi atto della Commissione ai fini di un'indagine di mercato o di procedimenti relativi all'infrazione. Il termine di prescrizione è interrotto a partire dal giorno in cui l'atto è notificato ad almeno un'impresa, o associazione di imprese, che abbia partecipato all'infrazione. Gli atti interruttivi del termine di prescrizione comprendono in particolare: a) richieste di informazioni formulate dalla Commissione; b) autorizzazioni scritte a effettuare ispezioni rilasciate dalla Commissione ai suoi funzionari; c) l'apertura di un procedimento da parte della Commissione a norma dell'articolo 20.

Ogni interruzione fa decorrere nuovamente il termine di prescrizione da principio. Il termine di prescrizione scade tuttavia al più tardi il giorno in cui è trascorso un termine pari al doppio del termine di prescrizione senza che la Commissione abbia irrogato un'ammenda o una penalità di mora entro tale termine. Tale termine è prolungato della durata della sospensione del termine di prescrizione a norma del paragrafo 5.

Il termine di prescrizione per l'irrogazione di ammende o di penalità di mora è sospeso fino a quando la decisione della Commissione è oggetto di un procedimento pendente dinanzi alla Corte di giustizia⁷⁴.

⁷⁴ DMA, art.32, Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea.

CAPITOLO 3

3.1 I PRO del DMA

3.1.1 Promozione della concorrenza e dell'innovazione nel settore digitale

A partire da circa 20 anni fa, il *modus operandi* della Commissione Europea è stato caratterizzato da una maggiore propensione interventista a differenza di quanto accadeva negli Stati Uniti dove, invece, la preoccupazione per il ruolo preponderante dei giganti digitali è apparso fervente solamente negli ultimi anni. Sebbene le due potenze occidentali si siano distinte per comportamenti differenti, una percezione diffusa e condivisa riconosce che le procedure, incluse le diverse fasi degli appelli e i tempi di attuazione degli interventi affidati alle politiche della concorrenza risultino entrambe inadatte a condizionare l'evoluzione di mercati estremamente dinamici e innovativi quali quelli digitali.

Negli ultimi anni, infatti, sono stati coinvolti esponenti politici, autorità di regolazione e accademici in un ampio dibattito il cui obiettivo era quello di valutare la capacità degli strumenti e delle procedure tradizionali delle politiche antitrust, caratterizzati da una combinazione di interventi *ex-ante* ed *ex-post* al fine di incidere sull'evoluzione dei mercati digitali.

L'intervento pubblico nei mercati, finalizzato a preservare e sviluppare le condizioni di concorrenza senza tutta via ridurre gli incentivi all'efficienza e all'innovazione è un tema che costantemente ha attraversato la riflessione sul disegno generale delle normative antitrust. Dietro la sua apparente semplicità, tale questione, nasconde un *trade-off* di grande complessità. Le politiche antitrust, infatti, possono comportare il rischio di un eccesso di intervento, contrastando pratiche che generano benefici di efficienza per i consumatori.

Allo stesso modo, un approccio estremamente non interventista può generare un rischio opposto, eccessiva proliferazione di pratiche che limitano la concorrenza. Ed è per questa ragione che il modo in cui disegnare un approccio che sappia bilanciare i rischi di un

eccesso o di una carenza di intervento è una questione complessa che attraversa l'intera storia dell'antitrust⁷⁵.

Il giudice statunitense Frank H. Easterbrook⁷⁶, a partire dalla fine del secolo scorso, ha portato avanti per anni una tesi secondo la quale i rischi e i costi di un under enforcement siano meno preoccupanti di quelli di un preponderante interventismo. Le motivazioni alla base di tale affermazione sono sorrette dalla convinzione di Easterbrook secondo la quale un errore commesso dalla Corte di Giustizia (americana) condannando una pratica efficiente, è irreversibile.

Al contrario, nel caso in cui la Corte commettesse l'errore opposto e quindi permettesse una pratica anti-competitiva, sarebbe solo questione di tempo prima che le conseguenze negative di tale circostanza si estinguessero da sole.

La teoria del giudice Frank H. Easterbrook suggerisce che gli extra-profitti derivanti da pratiche anticoncorrenziali sarebbero neutralizzati dall'azione dei nuovi entranti nel mercato, attirati dalle alte rendite e, quindi, in grado di correggere temporaneamente tali distorsioni. Tuttavia, la recente tendenza verso un maggiore interventismo nei mercati digitali si basa su una presunzione contraria. Analisi economiche attuali e consistenti prove dimostrano che le posizioni dominanti acquisite dai colossi del digitale sono spesso incontestabili.

Pertanto, una politica di sotto-regolamentazione, che favorisce il consolidamento di queste posizioni dominanti, avrebbe effetti duraturi, immuni agli effetti della nuova concorrenza, contrariamente a quanto ipotizzato da Easterbrook. Inoltre, il dinamismo degli ecosistemi digitali pieni di start-up innovative, indica che lo sviluppo di nuovi servizi continuerà ad avanzare rapidamente, anche se i leader di mercato fossero soggetti a politiche pubbliche più restrittive.

Di conseguenza, il vero pericolo nelle politiche pubbliche per i settori digitali risiede in un intervento troppo timido, che non riesce a correggere adeguatamente le distorsioni di mercato.

⁷⁵ Polo, M., & Sassano, A. (2021). Dma: Digital Markets Act o Digital Markets Armistice? Mercato Concorrenza Regole, 3(dicembre), 3.

⁷⁶ Il giudice Frank H. Easterbrook è una figura prominente nel sistema giuridico degli Stati Uniti, noto soprattutto per il suo lavoro come giudice federale presso la Corte d'Appello degli Stati Uniti per il Settimo Circuito, una posizione che ha ricoperto dal 1985.

La disamina precedente affrontata da Michele Polo e Antonio Sassano⁷⁷ fornisce il fondamento per la tesi centrale del capitolo seguente: l'importanza cruciale del Digital Markets Act all'interno di un quadro di intervento pubblico e di regolamentazione ex-ante. In questo capitolo verranno analizzati infatti la logica economica e gli effetti di mercato previsti dagli obblighi del DMA.

In particolare, è necessario porre la giusta attenzione su come il Regolamento sia effettivamente in grado di elevare i livelli di concorrenza nei mercati digitali. Quale miglior elemento, se non il prezzo, per una giusta analisi della concorrenza? Come sappiamo, nei mercati competitivi alla base delle strategie di un'impresa regna indiscussa quella sul prezzo, in quanto essa permette il raggiungimento di una migliore efficienza aziendale interna e settoriale esterna.

Una consolidata concorrenza all'interno dell'UE, in particolare in termini di prezzo, contribuisce a rendere le imprese europee più forti anche fuori dell'Europa e capaci di far fronte ai loro concorrenti mondiali⁷⁸. La disposizione prevista dall'articolo 5 paragrafo 3 del DMA vieta le clausole di parità di prezzo e protegge la libertà degli utenti commerciali di poter offrire i loro prodotti su altri canali di vendita online a condizioni più favorevoli.

Questo divieto è fondamentale per raggiungere gli scopi di contendibilità e di equità dei mercati ed appare il nodo principale nonché elemento decisivo per comprendere la logica economica dietro la normativa.

Le clausole di parità di prezzo complicano l'ingresso sul mercato di nuove piattaforme in quanto impediscono ai venditori di offrire ai consumatori prezzi al dettaglio inferiori riflettendo commissioni più basse. Questa restrizione vale anche per i canali di vendita diretti, dove non si pagano commissioni ma si affrontano altri costi. Se tali costi risultassero inferiori alle commissioni, i venditori avrebbero l'incentivo a ridurre i prezzi sui canali diretti; tuttavia, le clausole di parità lo impediscono, riducendo così la contendibilità del mercato⁷⁹.

⁷⁷ Polo, M., & Sassano, A. (2021). Dma: Digital Markets Act o Digital Markets Armistice? Mercato Concorrenza Regole, 3(dicembre), 3.

⁷⁸ Commissione Europea, Perché è importante la politica di concorrenza per i consumatori?

⁷⁹ Franck, J.-U., & Peitz, M. (2024). The Digital Markets Act and the Whack-A-Mole challenge. *Common Market Law Review*, 61(1), 299-344

Inoltre, la parità di prezzo diminuisce il rischio per le piattaforme di perdere transazioni quando aumentano le commissioni, rendendo meno oneroso per loro incrementare tali costi. Di conseguenza, queste clausole tendono a incrementare lo squilibrio di potere tra piattaforme e venditori, ostacolando l'obiettivo di equità previsto dalla DMA. Diversi studi economici teorizzano che, benché possano esistere benefici in termini di efficienza, le clausole di parità di prezzo tendono a produrre effetti anticoncorrenziali e a diminuire il benessere generale.

Una critica alle argomentazioni di cui sopra potrebbe essere quella di aver trascurato la concorrenza sulla qualità: a parità di prezzo, le piattaforme potrebbero avere un forte incentivo ad aumentare la qualità del servizio offerto ai consumatori per attirarli sulla propria piattaforma. Nonostante un'elevata qualità andrebbe ad aumentare il surplus del consumatore, la situazione analizzata nel suo complesso, porterebbe ad un effetto netto negativo poiché l'aumento dei prezzi al dettaglio compenserebbe più che proporzionalmente il surplus del consumatore.

Ci sono dunque diversi indicatori che mostrano come le clausole di parità di prezzo, anche se applicate in misure minori, siano dannose. Quanto appena detto si applica particolarmente nei mercati in cui la competizione tra le piattaforme non è effettiva anche in assenza di tali clausole, nello specifico si tratta dei contesti in cui vi è la presenza di gatekeepers.

In questo senso, la teoria economica (o anche definita economia) sostiene la presunzione che le clausole di parità di prezzo siano anticoncorrenziali e diminuiscano il benessere degli utenti finali quando imposte da una piattaforma gatekeeper.

Proseguendo l'analisi, nel considerando 43 del DMA viene chiarificato che l'articolo 5, paragrafo 7 mira a "salvaguardare la libertà degli utenti commerciali di optare per servizi alternativi a quelli offerti dai gatekeeper", questo articolo non dettaglia in modo approfondito gli impatti previsti sul mercato, che dovrebbero riflettere gli scopi regolatori di rafforzare la contestabilità e l'equità del mercato.

La disposizione è chiaramente intesa a promuovere la concorrenza: si prevede che essa impedisca ai gatekeeper di consolidare ulteriormente la loro posizione dominante nei mercati collegando forzatamente i loro servizi principali della piattaforma a servizi complementari attraverso pratiche di vincolo (tying).

In questo contesto, l'articolo 5 paragrafo 7 mira a garantire libero accesso al mercato per servizi specifici come i servizi di identificazione, motori di browser web, servizi di pagamento, o servizi tecnici di supporto ai pagamenti.

L'intento è di stimolare una maggiore concorrenza anche per servizi che sono strettamente interconnessi, facilitando così un ambiente di mercato più equilibrato e competitivo. Questa disposizione si inserisce nell'obiettivo più ampio del DMA di prevenire, e non semplicemente punire, comportamenti anticoncorrenziali e supportare una pluralità di scelte nel settore digitale.

Per essere più specifici, può essere preso ad esempio il caso Apple che ha sviluppato il motore WebKit per i suoi browser Safari e, attraverso le regole del suo App Store, imponeva che tutti i browser concorrenti su iOS utilizzassero WebKit come loro motore di navigazione. Di conseguenza, Apple ha escluso la concorrenza tra i motori di browser per i navigatori.

Nel suo rapporto finale sullo studio di mercato sugli ecosistemi mobili, l'Autorità per la Concorrenza e i Mercati (CMA) del Regno Unito ha osservato che, agendo in questo modo, Apple “limita le capacità di tutti i browser su dispositivi iOS, privando potenzialmente gli utenti iOS di innovazioni utili”.

Inoltre, la CMA⁸⁰ ha notato effetti restrittivi anche sulle web app, “incrementando i costi per gli sviluppatori e danneggiando l'innovazione”. Inoltre, l'autorità ha affermato che la restrizione di WebKit da parte di Apple non poteva essere giustificata dalla concorrenza tra browser tramite il divieto del motore del browser. Apple ha modificato questa politica per gli utenti nei 27 paesi dell'UE nel suo tentativo di conformarsi al DMA a partire da marzo 2024: agli sviluppatori è stato permesso di utilizzare motori di browser diversi da WebKit per le applicazioni di navigazione e le applicazioni con esperienze di navigazione in-app⁸¹.

Pertanto, si può concludere che, vietando certe pratiche di vincolo sotto l'articolo 5 del DMA, il legislatore dell'UE ha mirato a proteggere la concorrenza sui mercati per quei

⁸⁰ Il termine “CMA” si riferisce alla Competition and Markets Authority, che è l'autorità antitrust e di regolamentazione dei mercati del Regno Unito.

⁸¹ Apple. (2024, January 25). Apple announces changes to iOS, Safari, and the App Store in the European Union. Apple Newsroom.

servizi menzionati nella disposizione dall'incapsulamento⁸² da parte del gatekeeper, assicurando così la possibilità di maggiore innovazione in questi e in servizi correlati e riducendo i costi per i fornitori di tali servizi.

Con l'obiettivo di queste dinamiche anticoncorrenziali, l'articolo 6 paragrafo 5 specifica il divieto di auto-favoritismo concepito per prevenire che i gatekeeper verticalmente integrati sfruttino la loro posizione come gestori di un servizio di piattaforma principale, acquisendo mercati adiacenti. Tale divieto deve essere specificamente interpretato come un mezzo per garantire la contestabilità dei mercati vicini ai servizi della piattaforma centrale.

Nello spirito della Scuola di Chicago, si potrebbe mettere in discussione l'asserzione implicita che una piattaforma possa avere l'incentivo a praticare l'auto-favoritismo, il quale ridurrebbe il benessere degli utenti finali. Supponiamo che una piattaforma monopolistica operi in modo duale, ossia venda i propri prodotti e gestisca un mercato per venditori terzi. Chiaramente, questa piattaforma ha l'opzione di eliminare il mercato e operare sotto completa integrazione verticale. In questo caso, guadagnerebbe rendite monopolistiche sui suoi prodotti integrati verticalmente.

Operando in modo duale, la piattaforma può indirizzare i consumatori verso il proprio prodotto più spesso di quanto sarebbe nell'interesse dei consumatori, ai prezzi attuali. Questo sarebbe definito auto-favoritismo. Tuttavia, la pagina web potrebbe anche aumentare la commissione che addebita ai venditori. I venditori trasferiranno almeno parzialmente questo aumento di commissione ai consumatori.

Facendo così, l'infrastruttura digitale riduce il grado di auto-favoritismo pur mantenendo invariate le sue raccomandazioni effettive e aumenta i suoi profitti. Basandosi su questo argomento, il sistema non ha alcun incentivo a praticare l'auto-favoritismo e non è chiaro perché un ecosistema che massimizza i profitti dovrebbe impegnarsi in una pratica che costituisce auto-favoritismo.

La logica suggerisce che, se il mantenimento delle raccomandazioni efficaci e l'incremento dei profitti sono garantiti, l'auto-favoritismo non apporta alcun vantaggio reale. Pertanto, un ambiente digitale orientato al profitto non dovrebbe essere motivato a

⁸² Questa terminologia si riferisce a una strategia competitiva utilizzata da un'impresa dominante (spesso un gatekeeper, nel contesto del Digital Markets Act - DMA) per estendere il suo controllo ad un mercato adiacente o complementare, tipicamente attraverso pratiche che limitano la concorrenza.

implementare strategie che favoriscano sé stesso a scapito della neutralità delle raccomandazioni.

Un modo per riflettere su questa questione è comprendere che la piattaforma in modalità duale dispone di diversi strumenti che influenzano il beneficio netto che spetta ai venditori finali; e la sua politica di orientamento può essere vista come influenzante la visibilità dei prodotti di terze parti rispetto ai prodotti di prima parte. Con una visibilità ridotta dei prodotti di terze parti, i consumatori a volte acquisteranno il prodotto di prima parte, anche se, a prezzi fissati, preferirebbero acquistare da un venditore terzo.

Diminuendo ulteriormente la visibilità, che aumenta il profitto derivante dalla vendita del prodotto di prima parte ma riduce il profitto che deriva dalla commissione addebitata ai venditori, la piattaforma deve compensare i consumatori per mantenere invariato il numero di consumatori attivi sulla piattaforma.

Perché quindi una piattaforma in modalità duale dovrebbe distorcere i ranking a favore dei suoi prodotti di prima parte quando potrebbe aumentare la commissione che addebita ai venditori? Le incentivazioni a farlo sono particolarmente forti nei casi in cui la piattaforma non è libera di cambiare la commissione che addebita ai venditori. Questo è evidente soprattutto se, per costruzione, la commissione è zero.

Un esempio ancora una volta è il caso di Google Shopping, in cui non ci sono commissioni per i risultati di ricerca organici e, quindi, forti incentivazioni per Google a distorcere i risultati di ricerca organici a favore delle offerte di prima parte⁸³.

Questo si verifica anche se la piattaforma sceglie commissioni uniformi per ampie categorie di prodotti o servizi, cioè la commissione non è personalizzata per un prodotto o servizio specifico. La piattaforma può utilizzare algoritmi per aggiustare i ranking e favorire i prodotti e servizi di prima parte rispetto ai corrispondenti prodotti e servizi di terze parti quando la commissione uniforme è inferiore a quella che massimizzerebbe il profitto per questi prodotti o servizi specifici.

Le disposizioni specifiche analizzate in precedenza, come quelle che vietano le clausole di parità di prezzo e l'auto-favoritismo, mirano a riequilibrare il potere tra le piattaforme dominanti e i venditori, promuovendo la contendibilità e l'innovazione. Queste misure,

⁸³ Peitz, M. (2022). The Prohibition of Self-Preferencing in the DMA. Centre on Regulation in Europe (CERRE).

se implementate efficacemente, potrebbero ridurre le barriere all'ingresso per nuove piattaforme e incentivare una maggiore varietà di servizi e prodotti a beneficio dei consumatori.

Tuttavia, è essenziale riconoscere che tali interventi comportano anche rischi e possibili controindicazioni. Un punto di preoccupazione è la possibile distorsione delle dinamiche di mercato dovuta alla complessità e ai costi di conformità alle nuove regolamentazioni, è importante considerare che la rapidità di evoluzione dei mercati digitali potrebbe rendere alcune disposizioni del DMA rapidamente obsolete, richiedendo un aggiornamento costante delle normative per rimanere efficaci e pertinenti.

3.2 Il paradosso del DMA: eccessiva rigidità facilmente eludibile.

La seconda parte di questo capitolo mira a esaminare gli svantaggi del Digital Markets Act (DMA), analizzando come certe norme possano effettivamente frenare l'innovazione, limitare la crescita di nuove piattaforme e, paradossalmente, minare la competitività che intendono stimolare. Attraverso un esame dettagliato delle principali problematiche associate all'implementazione di questa legge, questo capitolo ha l'intento di fornire un quadro completo dei conflitti e delle difficoltà introdotte dalla nuova legislazione europea.

Il DMA, in generale, si fonda sull'ideale di stabilire norme chiare e precise, creando così un elevato livello di certezza legale, minimizzando i costi amministrativi di attuazione e applicazione, e promuovendo un alto livello di conformità attraverso un imponente sforzo legislativo per raggiungere questi obiettivi. Tuttavia, questa tecnica regolatoria si scontra con la sfida del “gioco della marmotta⁸⁴”: i gatekeeper sono fortemente incentivati a sviluppare nuove pratiche che producano gli stessi effetti.

⁸⁴ Franck, J.-U., & Peitz, M. (2024). The Digital Markets Act and the Whack-A-Mole challenge. *Common Market Law Review*, 61, 299-344. Pag 43.

Sebbene la Commissione e il legislatore dell'UE possano (e debbano) intervenire adottando atti delegati o ampliando il catalogo degli obblighi del DMA, questo potrebbe soltanto posticipare il problema fino alla successiva ondata di pratiche elusive.

Pertanto, le regole antielusione del DMA devono essere considerate una copertura essenziale del suo approccio regolatorio basato su norme e, in effetti, come uno strumento per prevenire la svalutazione graduale dello sforzo legislativo impiegato nella creazione degli obblighi del DMA. Precisamente, le pratiche intercettate dalle regole antielusione sono soggette agli stessi strumenti di enforcement pubblico e privato previsti dagli articoli 5, 6 e 7 del DMA.

È stato sostenuto che, per identificare le pratiche che devono essere classificate come elusioni illegali in quanto corrispondenti agli obblighi stabiliti dagli articoli 5, 6 e 7 del DMA, sarà necessario adottare un approccio basato sugli effetti. Ma non basta valutare se una pratica adottata dai gatekeeper sia cruciale; è necessario anche riflettere su quali siano i criteri adeguati a stabilire le regole che vietano di evitare tali pratiche.

Questo potrebbe rendere l'intervento eccessivamente intrusivo a breve termine, ma nel tempo, le risposte immediate agli obblighi coperti dagli articoli 5, 6 e 7 del DMA si verificheranno raramente, poiché: i gatekeeper impareranno ad anticipare le restrizioni e quindi evitare pratiche direttamente coperte dagli articoli 5, 6 e 7 del DMA; e anche se non prevedessero tali restrizioni, pianificherebbero con attenzione quando rispondere con una pratica che potrebbe costituire una strategia di elusione. Con tale approccio, il concetto di antielusione del DMA probabilmente perderà la sua efficacia nel tempo⁸⁵.

Si osserva anche che la decisione su se una pratica particolare si qualifichi come una strategia di elusione può essere specifica del contesto. Ciò significa che l'equivalenza della pratica non può sempre essere stabilita prima di analizzare le specificità dell'ambiente di mercato e potrebbe essere necessario differenziarla a seconda della posizione di mercato dell'utente aziendale.

Se l'applicazione delle norme fosse troppo rigida, considerando illegali solo le pratiche che in tutte le condizioni di mercato hanno lo stesso effetto elusivo, ciò potrebbe limitare

⁸⁵ Franck, J.-U., & Peitz, M. (2024). The Digital Markets Act and the Whack-A-Mole challenge. *Common Market Law Review*, 61, 299-344. Pag. 44.

la capacità del DMA di agire contro le strategie più astute e variabili impiegate dai gatekeeper per aggirare le leggi.

In sostanza, l'articolo 13 cerca di garantire che i gatekeeper non possano sfruttare lacune normative per evitare di adempiere agli obblighi del DMA, ma ciò richiede un'interpretazione dinamica e adattabile di cosa effettivamente costituisca una pratica di elusione, affinché la legge rimanga efficace in vari contesti di mercato.

Inoltre, l'indagine sulle possibili elusioni delle normative dovrebbe diventare una priorità centrale per la Commissione Europea. Per ottenere risultati significativi, la Commissione potrebbe implementare un'analisi basata sugli effetti delle pratiche che rientrano sotto il divieto di antielusione. Un approccio di questo tipo permetterebbe di valutare concretamente l'impatto delle pratiche sospette sulla concorrenza e sull'equità del mercato.

Focalizzandosi sugli effetti reali delle pratiche elusorie, la Commissione potrebbe identificare e affrontare in modo più efficace le strategie utilizzate dalle piattaforme digitali per aggirare le normative esistenti. Questo metodo non solo migliorerebbe la capacità della Commissione di intervenire tempestivamente, ma contribuirebbe anche a costruire un quadro regolatorio più robusto e adattabile alle evoluzioni rapide del mercato digitale.

Adottare un'analisi basata sugli effetti consentirebbe di misurare con maggiore precisione il grado di distorsione della concorrenza provocato dalle pratiche elusorie, fornendo una base solida per interventi mirati e proporzionati. In questo modo, la Commissione Europea lascerebbe un'impronta significativa nel panorama regolatorio, dimostrando la sua capacità di adattarsi e rispondere efficacemente alle sfide poste dai mercati digitali.

Questo approccio proattivo rafforzerebbe la credibilità e l'autorità della Commissione, assicurando che le misure antielusione non siano solo teoriche, ma applicate in modo concreto e rigoroso. In definitiva, una strategia focalizzata sugli effetti delle pratiche elusorie rappresenterebbe un passo cruciale per garantire la contendibilità e l'equità dei mercati digitali, proteggendo al contempo i consumatori e promuovendo l'innovazione.

La presenza di limitazioni normative di un approccio basato sugli effetti, incontrate anche dalla proibizione generale di elusione sotto l'articolo 13 paragrafo del DMA, è però solida e riconosciuta. Tali limiti sono evidenti in caso di aumenti generalizzati delle tariffe o

quando i gatekeeper apportano modifiche sostanziali al loro modello di business o lo ridisegnano completamente.

Anche se, in tali scenari, gli effetti di mercato equivalenti a quelli di una pratica proibita potessero essere dimostrati in casi individuali, la loro classificazione come pratica antielusione coinvolgerebbe generalmente difficoltà eccessive di implementazione e supererebbe i poteri conferiti alla Commissione e ai tribunali dall'articolo 13 del DMA.

Certamente, un approccio basato sugli effetti per l'antielusione riduce la certezza legale, non soddisfacendo le aspettative che alcuni potrebbero aver associato al DMA. Tuttavia, nessuno dovrebbe illudersi che le obbligazioni centrali nette e precise possano avere gli effetti desiderati se i gatekeeper non temono che le manovre elusive saranno esaminate attentamente e, se necessario, fermate.

3.2.1 I Contro del DMA

Proseguendo con l'analisi delle ostilità del Regolamento e attraverso diverse ragioni che saranno discusse, si potrebbe arrivare ad affermare che il Digital Markets Act possa limitare o addirittura ostacolare il rispetto di principi che sono profondamente radicati nella tradizione giuridica dei paesi europei. Questo porta a una domanda importante: il rimedio è peggio del male?

Nell'analisi che segue cercheremo di trovare un lato meno limpido del DMA, un lato che dà luce a incongruenze nel perseguire il proprio obiettivo di tutela e promozione della concorrenza tra le grandi aziende tecnologiche e di protezione dei consumatori europei. Le buone intenzioni dietro questo progetto non sono messe in dubbio, è opportuno però analizzare i dettagli del Regolamento per verificare se rispetta alcuni dei principi più importanti che compongono lo Stato di Diritto e se dopo la sua entrata in vigore, sussistono ancora garanzie sufficienti nel sistema legale europeo.

Inquadrare il DMA in una specifica categoria legislativa è un compito che appare arduo in quanto sebbene il DMA mira a "completare" la legge sulla concorrenza, si potrebbe argomentare la sua vicinanza alla legge regolatoria.

Il Regolamento è stato in grado di attirare nuovamente l'attenzione dei più grandi economisti e uomini di legge di sempre circa un problema di lunga data: il dilemma tra diritto ed efficienza economica. La legge nasce con l'intento di fornire garanzie, principi e procedure specifiche.

L'economia dal lato opposto favorisce una visione proiettata all'efficienza legislativa che, d'altro canto, è la visione dominante all'interno delle istituzioni europee. Naturalmente, questi due modi di trattare il sistema legale sono rilevanti se le due scuole di pensiero collaborano ed infatti i problemi sono iniziati a sorgere a causa dello scisma che è avvenuto tra loro, portando eventualmente alla loro opposizione.

Il DMA potrebbe essere addirittura interpretato come ulteriore dimostrazione dell'aumento del potere dell'amministrazione europea che mette a repentaglio la conservazione della Rule of Law⁸⁶ in quanto sembra non essere completamente in linea con lo spirito dei trattati fondatori, il cui obiettivo, in accordo con la dottrina Ordoliberalera era stabilire una "costituzione economica" per prevenire abusi privati del mercato ma anche interferenze pubbliche indebite⁸⁷.

Il legislatore dell'UE gode di un ampio margine di discrezionalità nel legiferare su questioni complesse che coinvolgono scelte politiche, economiche e sociali e questo potere fa parte di un sistema democratico che mira a proteggere i cittadini e a far prevalere l'ordine. Tuttavia, le buone intenzioni non dovrebbero essere attuate senza una adeguata riflessione sulle garanzie legali che sono altrettanto necessarie per prevenire abusi e preservare la democrazia.

Quello che preoccupa del DMA non sono gli obiettivi che persegue, né le motivazioni dietro di esso, ciò che dovrebbe allarmarci è che, nonostante le molte preoccupazioni identificate, c'è poca probabilità che i gatekeeper possano sfidare il DMA sulla base dei principi legali che sono alla base della Rule of Law.

Infatti, nel sistema legale dell'UE, la valutazione del rispetto di questi principi è fatta seguendo un'analisi formale. Ad esempio, il principio della proibizione dell'arbitrarietà

⁸⁶ La "rule of law" è un principio fondamentale per il funzionamento di uno stato di diritto. La definizione implica che tutte le persone, istituzioni e entità, pubbliche e private, sono soggette e responsabili di fronte a leggi che sono pubblicamente promulgate, ugualmente applicate e indipendentemente giudicate, e che sono in linea con le norme internazionali dei diritti umani.

⁸⁷ Garnier, M.-S. (2023). The rule of law at risk: The dark side of the Digital Markets Act. *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 2023(1), 302-316.

non può essere invocato con successo poiché il margine di discrezionalità che sarà conferito alla Commissione è previsto dal Regolamento, e quindi ha una base legale. Seguendo un'analisi formale il divieto di arbitrarietà sussiste ma la risposta è molto meno ovvia se entriamo in una riflessione sostanziale.

Per quanto concerne la designazione dei gatekeepers è stabilito dall'articolo 3 paragrafo 1(c) che ad un'impresa può essere attribuita la veste di gatekeeper anche se essa al momento dell'indagine non ricopre una posizione consolidata ma è prevedibile che lo faccia nel breve termine.

Il dubbio sorge sull'effettiva capacità della Commissione di prevedere se un'impresa acquisirà tale posizione. Inoltre, c'è una contraddizione nei termini stessi dell'espressione "posizione futura radicata e duratura", poiché "radicata" implica qualcosa di "fermamente stabilito", e "duratura" il fatto che sia già durata per un certo periodo di tempo. In breve, una definizione così poco chiara e illogica può servire come punto di partenza per qualsiasi ragionamento dando spazio alla presunta vietata arbitrarietà.

In conclusione, un approccio del genere nella valutazione degli effetti del DMA sulla corretta applicazione della Rule of Law appaiono dubbi. Probabilmente il Regolamento è ancora troppo giovane per permettere una critica così severa nei suoi confronti e se da un lato è vero che prevenire sia meglio che curare, allo stesso modo le motivazioni alla base della stesura del DMA sono state e sono sufficienti a permetterne l'applicazione senza un'eccessiva preoccupazione, in quanto, almeno per ora ad apparire allarmante è la condotta dei gatekeepers.

3.3 Riflessione critica, Ordoliberalismo e DMA

La concezione di concorrenza del DMA tende a rivelarsi ispirata a una lettura attualizzante dei principi dell'ordoliberalismo che, pensati per un contesto molto diverso da quello attuale, acquisiscono nuova luce in relazione all'emergere del potere delle Big Tech. La concorrenza va letta in chiave strumentale rispetto all'obiettivo di salvaguardare

il mercato che emerge essere, oltre al mercato economico, anche il “mercato delle idee”⁸⁸. Dunque, è proprio in questo scenario che il pensiero economico ordoliberalo guadagna una rinnovata attualità.

Prima di affrontare un’analisi del Regolamento in un’ottica ordoliberalo, è necessario riportare alla memoria le caratteristiche principali di questa scuola di pensiero.

Uno dei fondatori dell’ordoliberalismo è l’economista tedesco Franc Böhm, il quale, prevede che in una società genuinamente ordoliberalo sia necessaria l’eliminazione di tutte le forme di privilegi sociali, specialmente quelli legati alla classe e allo status. L’aspirazione della scuola di economica di Friburgo sarebbe una società in cui tutti i membri possiedono de facto uguali diritti e opportunità e uguale status come soggetti di diritto privato.

Al pari passo con questa forma di società vi è la libertà politica che, interconnessa con i diritti umani e la dignità, si contraddistingue da quella economica in quanto quest’ultima si riferisce alla sovranità dei consumatori e alla libertà di iniziativa economica privata tramite mercati competitivi.

In questo contesto, è essenziale notare che gli ordoliberali non considerano la concorrenza come un fine in sé; piuttosto, è un mezzo per raggiungere un fine e funge da meccanismo di controllo critico nella società. È per questo motivo che la concorrenza funge da cerniera; in quanto permette il raggiungimento sia di obiettivi economici che etici.

In primo luogo, la concorrenza perfetta così come concepito in altre numerose teorie economiche aumenta l’efficienza e la capacità di rendimento di un’economia di mercato; incrementa lo spirito innovativo e creativo e la prosperità generale di un’economia e conseguentemente della società.

Secondo l’ordoliberalismo classico, è anche essenziale discutere la relazione tra mercati e stati e definire chiaramente i compiti dello stato e i limiti delle sue responsabilità. Lo stato ordoliberalo ideale è uno stato costituzionale forte e indipendente, uno stato che si pone al di sopra dei gruppi di interesse particolare e funge da ‘potere ordinatore’ e come “guardiano dell’ordine competitivo”. Lo stato dovrebbe dunque idealmente essere in

⁸⁸ Iannotti della Valle, A. (2022). Il Digital Markets Act e il ruolo dell’Unione europea verso un costituzionalismo digitale. *Giurisprudenza Costituzionale*, 67(3).

grado di respingere i gruppi di interesse particolare, attenersi ai principi di neutralità e imparzialità e limitarsi alla politica regolatoria.

Il DMA si introduce in questa analisi in quanto rappresenta un passo essenziale verso il rafforzamento dei regimi antitrust moderni. Come abbiamo potuto analizzare nel corso di questo elaborato, ogni volta da un punto di vista diverso, i principali punti di forza dell'Atto sono considerati i diversi divieti (ex-ante) riguardanti pratiche commerciali escludenti e discriminatorie. Esempi calzanti sono l'auto-referenziazione, il legame e il bundling.

Il Regolamento si introduce con lo scopo di permettere la portabilità dei dati e l'interoperabilità, nonché l'applicazione di rimedi comportamentali e strutturali più severi. In questo contesto, e presupponendo quindi che la legge incorpora principi guida ordoliberali fondamentali come la concorrenza sui meriti e come strumento di disincentivazione, la sovranità dei consumatori, e la libertà dai privilegi e dalla non discriminazione, possiamo concludere che il DMA si colloca, almeno in parte, in una tradizione ordolibérale.

Tuttavia, questa interpretazione incontra dei limiti ed è giusto ricordare anche, le principali debolezze della legge.

La primana carenza del Regolamento si percepisce in una mancanza di decentralizzazione e incapacità di implementare il principio ordolibérale di sussidiarietà, successivamente l'inesistenza di un'agenzia antitrust indipendente e adeguatamente finanziata e dotata di personale e l'inesistenza di una politica di fusione adeguata ossia una revisione ex-ante e controllo ex-post, rappresentano un ulteriore tallone d'Achille per il DMA.

Infine, l'adozione di specifiche misure di riforma potrebbe aiutare a rafforzare il design istituzionale del DMA e, allo stesso tempo, realizzare (più) idee ordoliberali: Tali misure includono una politica di fusione più rigorosa, un rafforzamento del regime sanzionatorio, un'autorità di concorrenza sovrana a livello dell'UE, e una collaborazione e cooperazione intensificate tra le agenzie antitrust nazionali e le organizzazioni internazionali. Resta da vedere se una versione aggiornata o rivista del DMA affronterà le preoccupazioni sopra menzionate e incorporerà le misure richieste

Conclusione

L'obiettivo di questa tesi è stato quello di offrire una panoramica nel dettaglio del Digital Markets Act (DMA), la sua struttura istituzionale, gli articoli più importanti, i meccanismi di governance e l'impatto sulle dinamiche concorrenziali nei mercati digitali. L'analisi condotta ha permesso di comprendere come il DMA rappresenti un passo cruciale verso una regolamentazione più rigida e mirata delle grandi piattaforme digitali, definite come "gatekeepers".

Data la sua acerbità, l'efficacia del Regolamento dovrà essere valutata nel tempo. È stato però possibile evidenziare la capacità del DMA di affrontare preventivamente le pratiche commerciali sleali che caratterizzano i mercati digitali. Tra i punti di forza evidenziati vi sono la proibizione di comportamenti escludenti e discriminatori, in quanto, il DMA vieta pratiche come l'auto-preferenza, il tying e il bundling che possono limitare la concorrenza e danneggiare i consumatori. Tutte queste misure sono fondamentali per dissertare l'abuso di posizione dominante delle piattaforme oggetto di regolazione.

Inoltre, facilitando la portabilità e l'interoperabilità dei dati, il DMA è anche in grado di favorire una maggiore fluidità e competitività nei mercati digitali permettendo agli utenti di trasferire i propri dati tra piattaforme diverse, riducendo i costi di switching e incentivando l'innovazione. L'implementazione di rimedi comportamentali e strutturali da parte del DMA per contrastare gli abusi di potere di mercato è essenziale a mantenere l'integrità della concorrenza e a garantire condizioni di parità per tutti gli attori coinvolti.

Un ulteriore aspetto significativo del DMA, che è stato possibile analizzare nel corso di questo elaborato, è la sua adesione ai principi ordoliberali i quali pongono l'accento sulla competizione basata sul merito, la sovranità del consumatore e la non discriminazione. L'ordoliberalismo, nato in Germania nel periodo tra le due guerre mondiali, promuove un'economia di mercato regolata dallo Stato per prevenire monopoli e assicurare un contesto competitivo equo e il Digital Markets Act, ispirandosi a tali dottrine, si pone come perno per la nascita e lo sviluppo della tutela della concorrenza nel mercato digitale.

Il DMA, nel complesso, incarna una serie di principi in diversi modi. Partendo dalla competizione sul merito, il fine ultimo del Regolamento è quello di favorire un ambiente

in cui le imprese competano basandosi sulla qualità e l'innovazione dei loro prodotti e servizi, piuttosto che sull'uso di pratiche escludenti. Viene garantita di conseguenza la sovranità del consumatore e la possibilità di accedere a un'ampia gamma di scelte come conseguenza di un mercato aperto e contestabile.

L'impegno del DMA è incentrato anche sulla libertà del mercato dai privilegi e sulla non discriminazione; esso, infatti, rimuove qualsiasi forma di vantaggio ingiusto che alcune piattaforme potrebbero avere a causa della loro posizione dominante, promuovendo così un mercato più equo per tutti gli attori.

Nonostante i numerosi punti di forza, come abbiamo potuto approfondire nel corso della disamina, il DMA non è esente da critiche. L'attenzione è stata posta sui potenziali effetti riguardo l'innovazione, in quanto, vi è il rischio che una regolamentazione troppo rigida possa scoraggiare l'innovazione e limitare la capacità delle piattaforme di sperimentare nuovi modelli di business.

La recente nascita del DMA ha fatto in modo che si creassero interazioni tra "l'ultimo arrivato" e altre normative europee, come il GDPR, le quali possono creare complessità e sovrapposizioni da dover gestire con attenzione in modo da evitare conflitti normativi. Sebbene il DMA e il GDPR perseguano obiettivi distinti in quanto il primo è mirato a promuovere la concorrenza nei mercati digitali e il secondo è focalizzato sulla protezione dei dati personali, le loro applicazioni spesso si sovrappongono creando incertezza nel diritto e complessità normative.

Ad esempio, il DMA impone ai gatekeeper obblighi di data sharing e interoperabilità che devono essere conformi ai rigorosi requisiti di privacy del GDPR. Questa sovrapposizione richiede una coordinazione attenta per evitare conflitti e garantire che le misure promosse dal DMA non compromettano i diritti alla privacy sanciti dal GDPR. Pertanto, l'efficace implementazione del DMA dipenderà in gran parte dalla capacità delle autorità di regolamentazione di armonizzare queste normative, assicurando che i benefici della concorrenza e della protezione dei dati personali possano coesistere in un ecosistema digitale equo e trasparente.

L'elaborazione del DMA come illustrato precedentemente è nata a causa dell'insufficienza dell'enforcement antitrust nel far fronte alla rapida evoluzione del mercato unico digitale e dall'esigenza di un intervento ex-ante. L'efficacia del Regolamento potrà però essere analizzata nel tempo, successivamente a sue applicazioni

e soprattutto sulla base dei risultati ottenuti in termini di concorrenza. Così come la storia ci insegna, a partire dalla nascita dell'Unione Monetaria nel 1992, passando per le crisi del decennio scorso e arrivando a quelle attuali, la convergenza economica e in questo caso legale degli Stati Membri è quanto di più fondamentale per la realizzazione di un'economia di mercato che sia unitaria e competitiva.

Una maggiore cooperazione nell'implementazione facilita la creazione di regole nazionali che sono complementari nei loro interessi giuridici protetti e inoltre, alti livelli di cooperazione e coordinazione tra la Commissione e le autorità nazionali della concorrenza hanno il compito di prevenire una regolamentazione controproducente.

Il Digital Markets Act rappresenta, ad ogni modo, una svolta significativa nella regolamentazione dei mercati digitali in Europa. Esso non solo affronta le sfide immediate poste dalle grandi piattaforme digitali, ma stabilisce anche un precedente importante per future regolamentazioni in questo settore. L'analogia dei principi ordoliberali, approfondita nel corso di questo elaborato, con quelli posti alla base della redazione del DMA permette di definire il Regolamento come un intervento la cui missione è quella di promuovere un mercato più equo e competitivo, garantendo al contempo la protezione dei consumatori e l'innovazione.

Tuttavia, l'implementazione efficace del DMA richiederà un monitoraggio continuo e un adattamento concomitante alle dinamiche in evoluzione dei mercati digitali. L'elemento cruciale per far sì che il Regolamento non ricada negli errori della normativa antitrust è mantenere un dialogo aperto tra tutte le parti interessate in modo da assicurare la flessibilità e la prontezza delle normative alle esigenze di un settore in rapido cambiamento.

Per concludere, il DMA rappresenta un passo coraggioso e necessario verso la creazione di un ecosistema digitale europeo più equilibrato e sostenibile. Con un'applicazione attenta e lungimirante, il DMA può diventare un modello di riferimento globale per la regolamentazione dei mercati digitali, promuovendo un futuro di innovazione, equità e prosperità condivisa. La Commissione ha certamente creato un regime legale molto all'avanguardia ma che genererà allo stesso tempo sfide nella sua attuazione, per tale ragione, il fine ultimo di questa tesi è stato quello di sviscerare i presupposti, le dinamiche e gli ostacoli di una vera e propria rivoluzione non solo legislativa ma anche di profondo carattere economico.

Bibliografia

Alexiadis, P., & de Streel, A. (2022). The EU's Digital Markets Act: Opportunities and Challenges Ahead. *Business Law International*, 23(2), 163-202.

BLB. (2015, maggio 26). "Single Digital Market": l'Europa e le sue origini storiche in versione 2.0. BLB. Recuperato da <https://www.blblex.it/newsletter.php?id=270&lang=it>.

Botta, M., & Parcu, P. L. (2022). Concorrenza e regolazione nei mercati digitali. Note introduttive. *Concorrenza e Mercato*. Recuperato da https://www.bibliotecariviste.giuffrefrancislefebvre.it/#/details?id_doc_master=10773242.

Camera dei Deputati. (2021). Legge sui mercati digitali (Digital Markets Act). Dossier n° 52, Edizione aggiornata. Recuperato da <https://temi.camera.it/leg18/dossier/OCD18-15114/legge-sui-servizi-digitali-digital-services-act.html>.

Carugati, C. (2022). Merger review in the Digital Markets Act. *Concorrenza e Mercato*, 27. Recuperato da https://www.bibliotecariviste.giuffrefrancislefebvre.it/#/details?id_doc_master=10773242.

Cini, M., & Czulno, P. (2022). The origins of the Digital Markets Act: Explaining policy change. *VISTA Policy Paper*, 02/2022. Jean Monnet Network. Recuperato da <https://fasos-research.nl/vista-jmn/policy-papers/>.

Commissione Europea. (2024, maggio 15). European Digital Strategy: Commission proposes new digital identity framework for all Europeans. Commissione Europea. Recuperato da https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_168.

Consiglio Europeo. (2015). Conclusioni del Consiglio Europeo del 25 e 26 giugno 2015 (EUCO 22/15). Segretariato generale del Consiglio. Recuperato da <https://www.consilium.europa.eu/media/21507/euco-conclusions-20150626-it.pdf>.

Contaldi, G. (2021). Il DMA (Digital Markets Act) tra tutela della concorrenza e protezione dei dati personali. *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 292-308.

Davola, A., & Malgieri, G. (2022). Data-powerful. Un'indagine sulla nozione di potere e il suo rapporto con la vulnerabilità nel mercato digitale. *Concorrenza e Mercato*, 26. Recuperato da https://www.bibliotecariviste.giuffrefrancislefebvre.it/#!/details?id_doc_master=10773242.

de Streel, A., Feasey, R., Krämer, J., & Monti, G. (2021). Making the Digital Markets Act more resilient and effective (CERRE Recommendations Paper). Centre on Regulation in Europe. Recuperato da <https://ssrn.com/abstract=3853991>.

Franck, J.-U., & Peitz, M. (2024). The Digital Markets Act and the Whack-A-Mole Challenge. *Common Market Law Review*, 61(1), 299-344.

Garnier, M.-S. (2023). The Rule of Law at Risk: The Dark Side of the Digital Markets Act. *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 61(1), 299-344. <https://doi.org/10.1515/ordo-2023-2016>.

Iannotti della Valle, A. (2022). Il Digital Markets Act e il ruolo dell'Unione Europea verso un costituzionalismo digitale. *Giurisprudenza Costituzionale*, LXVII (3), 1868-1881. Recuperato da <https://www.researchgate.net/publication/368511837>.

Infomercati Esteri. Rischi operativi. Infomercati Esteri. Recuperato da https://www.infomercatiesteri.it/rischi_operativi.php?id_paesi=69#.

Manganelli, A. (2022). La condivisione dei dati fra rimedi antitrust, privacy e regolazione pro-concorrenziale: Un bilanciamento dinamico e cooperativo. *Concorrenza e Mercato*, 39. Recuperato da https://www.bibliotecariviste.giuffrefrancislefebvre.it/#!/details?id_doc_master=10773242.

Nania, F. (2021). Sherman Act e costituzione economica: la contesa applicativa davanti alla Corte Suprema e la questione del “Big Business”. *DPCE Online*, 3(2021), 2835-2853. ISSN 2037-6677.

Parlamento Europeo e Consiglio dell'Unione Europea. (2022). Regolamento (UE) 2022/1925 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali). *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, L 265, 1-27.

Parlamento Europeo. Home page del Parlamento Europeo. Parlamento Europeo. Recuperato da <https://www.europarl.europa.eu/portal/en>.

Peitz, M. (2022). The prohibition of self-preferencing in the DMA. Centre on Regulation in Europe (CERRE). Recuperato da <https://www.cerre.eu>.

Piletta Massaro, A. (2022). The rising market power issue and the need to regulate competition: A comparative perspective between the European Union, Germany, and Italy. *Concorrenza e Mercato*, 30. Recuperato da https://www.bibliotecariviste.giuffrefrancislefebvre.it/#/details?id_doc_master=10773242.

Polo, M., & Sassano, A. (2021). DMA: Digital Markets Act o Digital Markets Armistice? *Mercato Concorrenza Regole*, 3, 501-521. doi: 10.1434/103971.

Poncibò, C., & Zoboli, L. (2022). Il diritto della concorrenza nei mercati digitali fra eccessi di regolamentazione ed esperimenti normativi: Il caso delle regulatory sandboxes. *Concorrenza e Mercato*, 22. Recuperato da https://www.bibliotecariviste.giuffrefrancislefebvre.it/#/details?id_doc_master=10773242.

Ribera Martínez, A. (2022). The circularity of consent in the DMA: A close look into the prejudiced substance of Articles 5(2) and 6(10). *Concorrenza e Mercato*, 21. Recuperato da https://www.bibliotecariviste.giuffrefrancislefebvre.it/#/details?id_doc_master=10773242.

Scarabotta, M. (2014). La tutela risarcitoria e i programmi di clemenza nella lotta ai cartelli antitrust (Tesi di laurea, Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli).

Tayros Consulting. Strategia per il mercato unico digitale in Europa (Digital Single Market Strategy). Tayros Consulting. Recuperato da <https://tayros.bg/index.php/category/strategia-per-il-mercato-unico-digitale-in-europa-digital-single-market-strategy/>.

Unione Europea. (2022). Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali). Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L 265, 1-45. Recuperato da <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32022R1925>.

Van den Boom, J. (2023). What does the Digital Markets Act harmonize? Exploring interactions between the DMA and national competition laws. *European Competition Journal*, 19(1), 57-85. <https://doi.org/10.1080/17441056.2022.2156728>.

Woersdoerfer, M. (2023). The Digital Markets Act and E.U. Competition Policy: A Critical Ordoliberal Evaluation. *Philosophy of Management*, 22(149–171). <https://doi.org/10.1007/s40926-022-00213-4>.