Il Digital Market Act (Reg.to UE n. 2022/1925) ed il nuovo approccio alla regolazione *ex ante* dell'abuso di posizione dominante

The Digital Market Act (Reg.to EU n. 2022/1925) and the new approach to the *ex ante* regulation of the abuse of dominant market position

Francesco Sporta Caputi¹
Università degli studi di Bari "Aldo Moro"
francesco.sportacaputi@uniba.it

Riassunto

La gestione dei cd. *Big Data* pone i gestori di piattaforme digitali in una posizione di *iper*-dominanza sul mercato rispetto alla catena del valore dei dati «originari ed aggregati» che talvolta sfocia in condotte anticoncorrenziali di tipo escludente, legante o di *self preferencing* riconducibili al *genus* dell'abuso di posizione dominante (caso *Google Shop* e caso *Amazon FBA*) vietato dall'art. 102 TFUE. Il recente Regolamento UE n. 2022/1925 relativo ai mercati equi e contendibili nel settore digitale (c.d. *Digital Market Act*) costituisce l'occasione per verificare se gli obblighi comportamentali imposti ai *gatekeeper* siano idonei a prevenire o arginare ipotesi di abuso di posizione dominante.

Parole-chiave: gatekeeper; abuso posizione dominante; concorrenza; servizi digitali equi e contenibili; Regolamento UE n. 2002/1925 cd. *Digital Market Act*.

Abstract

The use of Big Data put the digital platform and the marketplace companies in hyper-dominance position within the market regarding to the value chain of «original and aggregated» data that somewhere could be qualified as anticompetitive conduct (i.e. an exclusionary, binding or self-preferencing

¹ Ricamatore (RtdB) di Diritto commerciale, Università degli studi di Bari "Aldo Moro", Dipartimento Ionico in Sistemi Giuridici ed Economici del mediterraneo: società, ambiente e culture. Piazza Umberto I, CEP 70121, Bari, Italia.

conducts attributable to the market abuse) as Google Shop and Amazon FBA cases, such as an infringement of art. 102 TFEU. The aim of the study is to verify if the behavioural obligations provided by the regulation EU n. 2022/1925 concerning the fair and constable market of digital service could be a valid and effective instrument to regulate and prevent market abuse conducts from the gatekeepers.

Keywords: Gatekeeper; Market abuse; competition; fair and constable digital service; Regulation EU n. 2022/1925 alias *Digital Market Act*.

Premessa

I gestori di piattaforme digitali e i prestatori dei relativi servizi digitali elaborano una mole indeterminata ed indeterminabile di dati, tanto sul piano quantitativo quanto sul piano qualitativo (cd. *big data*), che li pone in una posizione di *iper*-dominanza² sul mercato rispetto a numerosi altri operatori economici posti a livelli differenti della catena del valore dei dati «originari ed aggregati» (c.d. *Big data value chain*) che di tali servizi usufruiscono³.

Le sempre più diffuse e striscianti tecniche di *self preferencing* poste in essere dai gestori di motori di ricerca (caso *Google Shop*) o dai gestori di piattaforme *online* cd. *market place* (caso *Amazon FBA*), oggetto di intervento repressivo *ex post* da parte delle Autorità *antitrust* europea e nazionale, hanno probabilmente dato la stura alla elaborazione di un nuovo approccio regolamentare del più complesso «ecosistema» dell'economia dei dati da parte del legislatore europeo, formalizzato, da ultimo, nel Regolamento UE n. 2022/1925 (c.d. *Digital Market Act*, di seguito anche Reg.to *DMA*)⁴.

Il presente studio si propone di verificare l'efficacia del quadro normativo introdotto dal Reg.to *DMA* nella prospettiva «trasversale» della disciplina *antitrust*, tenuto conto del fatto che il citato regolamento non è annoverabile formalmente tra gli strumenti giuridici della legislazione *antitrust*, ma ambisce a tratteggiare per la prima volta il perimetro regolamentare dei mercati digitali e dei servizi negli stessi erogati al fine di assicurarne l'efficienza (di funzionamento ed allocativa delle utilità) e la contendibilità che sono obiettivi complementari rispetto a quello antimonopolistico.

² Sul tema dell'abuso di posizione dominante, fra i tanti, cfr. Bariatti, Sodano (2012, p. 253-257).

³ Cfr. sulle delicate implicazioni *antitrust* derivanti dall'utilizzo dei *big data*, Libertini (2021, p. 340 e p. 355 ss.); Maggiolino (2018, p. 23 ss.)

Sulle molteplici implicazioni poste dal trattamento ed utilizzo algoritmico dei dati cfr., tra i tanti, Pitruzzella, G. (2016, p. 15 ss.) in una prospettiva *antitrust*; Bertani (2018, p. 538 ss.) in una prospettiva di diritto della proprietà intellettuale; Bertani (2004); Paracampo (2021); Finocchiaro, Falce (2019); Cian, Sandei (2020).

⁴ L'intervento regolatore posto in essere dalla Commissione europea ha portata più ampia e si rifà alla cd. Strategia europea dei dati <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1593073685620&uri=CELEX%3A52020DC0066> che ha portato all'approvazione, oltre ai citati, fra i tanti, anche del Regolamento UE n. 2022/868 (cd. Data Government Act) Regolamento europeo sulla governance dei dati teso a promuovere il mercato europeo dei dati, al Regolamento UE n. 2019/1150 rivolto alla tutela di utenti commerciali che utilizzano servizi di intermediazione per la propria attività e da ultimo alla Proposta di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale).

La regolazione delle condotte di abuso di posizione dominante ai tempi dei *big data*: inadeguatezza del quadro normativo vigente

Il punto di partenza della riflessione è la presa d'atto che le imprese c.d. GAFAM⁵ da sole concentrano a livello planetario non solo le più elevate capacità di raccolta ed elaborazione dei dati, ma anche rilevantissime risorse economiche stabilmente investite nello sviluppo di nuove tecnologie.

La posizione di potere sul mercato globale detenuto dalle GAFAM discende però più che dalla disponibilità di enormi quantità di dati⁶, piuttosto dalla «trasversalità» che connota il loro *business*, ormai lontano dal *core* iniziale e dotato del dono dell'ubiquità⁷, che gli consente di entrare contemporaneamente in tanti mercati diversi e merceologicamente distanti (azzerando i tempi fisiologici di crescita e consolidamento in un mercato concorrenziale di una *start up*), ma tutti uniti dal fattore comune dell'utilizzo di piattaforme digitali e di *big data*⁸, finendo per esercitare un dominio «*across market*»⁹.

Tale trasversalità discende dalle capacità predittive degli algoritmi, anche di intelligenza artificiale, che processano una grande mole di dati e soprattutto dalle inferenze logiche che ne traggono, il cui migliore sfruttamento è reso possibile dai c.d. effetti di rete indiretti, connaturati alla struttura *multi-side* ed alla forte integrazione verticale ed orizzontale delle piattaforme digitali che acquisiscono il maggior numero possibile di utenti *online* da ambo i lati del mercato (consumatori finali – imprese)¹⁰.

L'altra faccia della medaglia è la creazione di uno scenario economico asfittico¹¹, «occupato» da poche imprese detentrici dell'informazione ad elevato valore aggiunto, inespugnabile a qualsiasi nuova impresa che non sia dotata degli ingenti mezzi finanziari per elaborare i dati grezzi per trarne delle utili inferenze logiche a contenuto predittivo¹².

La nuova frontiera del potere di mercato (*rectius*, economico) detenuto dalle GAFAM mette alla corda lo strumentario acquisito del diritto *antitrust* che denota ormai tutti i suoi limiti per diversi ordini di ragioni.

In *primis*, l'economia digitale rende superato il concetto di mercato di riferimento¹³ (da sempre presupposto ontologico per la valutazione delle condotte di abuso di posizione

⁵ Acronimo coniato per designare le imprese dell'economia digitale *Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft*.

⁶ Cfr. tra i tanti, Muscolo (2018, p. 178); Colangelo (2016, p. 425 ss.).

⁷ Così Ferrari, Maggiolino, (2021, p. 464 ss.).

⁸ Emblematica è la parabola commerciale di Amazon che si è proposta come una piattaforma per la vendita *online* di libri per trasformarsi oggi in una piattaforma globale che gestisce il più grande *market place* mondiale, che eroga servizi di trasporto e logistica a terze parti, che eroga servizi e contenuti audiovisivi, che eroga servizi di elaborazione dati per conto terzi e che ha in progetto di entrare anche nel mercato dei servizi di pagamento e finanziari.

⁹ Così Petit (2020) cui si deve altresì il neologismo «moligopolio» usato per definire il potere economico e di mercato detenuto dalle c.d. *big tech*.

¹⁰ Per contributi più recenti sugli effetti di rete nei mercati digitali, Yoo (2021); Yun (2020); sui *platform effects*, cfr. Nachbar (2021).

¹¹ Il c.d. moligopolio teorizzato da Petit (2020).

¹² Negli stessi termini cfr. Ferrari, Maggiolino (2021, p. 464 ss.) che indicano quello esposto come il vero pericolo competitivo portato dalla quarta rivoluzione industriale.

¹³ Sul punto cfr. Libertini (2014, p. 82 ss.) ove l'A. osserva che la definizione di mercato rilevante contenuta nelle linee guida ufficiali dell'Unione europea del 1997 contiene delle aporie che devono essere riviste; Libertini (2021, p. 343 ss.) ove l'A. precisa che l'idea di individuare un mercato rilevante senza considerare la condotta degli operatori da scrutinare è errata (p. 354), così come l'idea di una rigida delimitazione del mercato rilevante quale prerequisito dell'applicazione delle norme *antitrust* (p. 356),

dominante, di concentrazioni, di intese restrittive della concorrenza) poiché i confini merceologici, economici e territoriali risultano ormai obliterati e relegati ad uno sbiadito ricordo rispetto allo spazio economico mondiale¹⁴ che costituisce ormai il *focus* dell'attività d'impresa delle GAFAM.

In secondo luogo, il diritto *antitrust* «tradizionale» ha sempre postulato un approccio microeconomico teso a ricercare ed assicurare l'equilibrio sul singolo comparto di mercato, restando estranei al suo campo d'indagine aspetti redistributivi della ricchezza e di equità strutturale del mercato che invece appartengono ad una visione macroeconomica del tema imposta dalla dimensione globale dalle imprese *big tech*.

Inoltre, il diritto *antitrust* «tradizionale» si caratterizza per uno strumentario di meccanismi di azione di tipo *ex post* rispetto alle condotte concorrenziali oggetto di disciplina, al più oggetto di sanzioni pecuniarie a contenuto afflittivo e di eventuali divieti di prosecuzione dell'attività.

La sopravvenuta inadeguatezza della legislazione *antitrust* è stata icasticamente messa in luce nel caso *Google Shop* oggetto di intervento da parte della Commissione europea e nel più recente caso *Amazon FBA* oggetto di intervento da parte dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato italiana (Agcm).

In entrambi i casi, l'abuso di posizione dominante da parte della impresa *big tech* è stato riscontrato dalle due autorità di vigilanza nella particolare forma del *self preferencing* o della pratica escludente, resa possibile dalla circostanza che il gestore del motore di ricerca o della piattaforma di *market place* (nel caso di *Amazon FBA*) era allo stesso tempo erogatore del servizio di ricerca base ed offerente rispettivamente di un servizio aggiuntivo di pubblicità comparativa e di logistica integrata delle spedizioni.

Più in dettaglio, nel caso c.d. «*Google Shop*»¹⁵ la pratica escludente posta in essere dal noto motore di ricerca, sanzionata per la prima volta della Commissione europea come abuso di posizione dominante, è consistita nell'aver riservato una posizione di preminenza e migliore visibilità ai *link* al servizio di comparazione dei prezzi erogato dalla stessa *Google* nella pagina dei risultati della ricerca generica, con conseguente retrocessione dei servizi di comparazione dei prezzi offerti da terzi soggetti¹⁶.

Nel luglio 2018, la Commissione europea ha sanzionato *Google* per abuso di posizione dominante con riferimento alla pratica c.d. «*Google Search* o *Google Android*»¹⁷ mediante la quale *Google* ha utilizzato il suo sistema operativo *Android* al fine di consolidare la propria posizione di predominio nel segmento delle ricerche *online* e della pubblicità, imponendo ai

mentre appare più utile tenere conto del fatto che i mercati non sono separati l'uno dall'altro, ma sono collegati da flussi di merci e di servizi all'interno di un unico ecosistema complesso, p. 355. Sul tema del mercato rilevante, si veda, da ultimo Alimonti, Arduini, (2021, p. 137 ss.).

¹⁴ La nozione di mercato rilevante globale appare ormai nozione fluida e mutevole nel tempo, come sostenuto da Podszun (2018, p. 75); Sullivan (2021).

¹⁵ Cfr. Commissione Europea (2017), «AT.39740 *Google Search (Shopping)*», http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf, decisione confermata da Trib. CE 10 novembre 2021, T-612/17, su cui v. Kolakinski (2022, p. 435 ss.).

¹⁶ Per una chiara ed approfondita ricostruzione dei caratteri della condotta di *self preferencing* contestata a *Google*, cfr. Licastro (2022, p. 409 ss.); Colangelo (2022).

¹⁷ Cfr. Commissione Europea (2018), «AT.40099 *Google Android*», http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf.

produttori di dispositivi mobili di preinstallare l'applicazione *Google Search* ed il browser *Chrome* quale condizione necessaria per la concessione della licenza di accesso al *Play store*, impedendo peraltro agli stessi produttori di installare versioni di *Android* che non fossero state preventivamente autorizzate dalla stessa *Google*.

Nel caso c.d. «*Google AdSense*»¹⁸ (marzo 2019) la Commissione europea ha sanzionato *Google* per abuso di posizione dominante sul mercato dell'intermediazione pubblicitaria nei motori di ricerca nei quale *Google* è presente tramite la piattaforma *AdSense for Search* per avere inserito negli accordi di fornitura dei servizi pubblicitari stipulati con i siti *web* delle clausole di esclusiva che impedivano ai siti *publisher* di mostrare annunci pubblicitari collegati alla ricerca dei concorrenti di *Google*.

Il caso *Amazon FBA* rappresenta invece il primo caso di *self preferencing* sanzionato dall'Autorità *antitrust* italiana¹⁹ che, richiamandosi ampiamente ai precedenti della Commissione europea sui casi *Google*, compie un passo avanti sul piano formale poiché la condotta anticoncorrenziale di tipo escludente posta in essere dal *market place* viene per la prima volta qualificata espressamente come *self preferencing*²⁰, superando la cautela terminologica utilizzata dall'autorità europea nei richiamati casi *Google*.

La condotta censurata è stata resa possibile dalla duplicità di ruoli rivestiti da *Amazon* che accanto alla consolidata posizione dominante di *market place online* ha affiancato il servizio di logistica per *e-commerce* denominato *FBA (Fullfilment by Amazon)*, offerto ai venditori terzi che intendono offrire i loro prodotti sulla piattaforma. Sebbene l'adesione dei venditori terzi al servizio *FBA* fosse formalmente libero, secondo l'autorità *antitrust* italiana, *Amazon* avrebbe indotto i venditori terzi a scegliere il citato servizio di logistica poiché tramite l'adesione erano garantiti in esclusiva i seguenti vantaggi: a) utilizzare l'etichetta *Prime* b) essere ricompresi con elevata probabilità nella c.d. *Buy box*, ossia un riquadro in evidenza nel quale il *market place* colloca i venditori di prodotti più affidabili e di qualità tra i quali gli utenti finali effettuano con molta probabilità l'acquisto; c) godere di un *ranking* molto elevato rispetto ai venditori terzi non aderenti ai servizi *FBA* in virtù dello specifico algoritmo utilizzato dal *market place* e programmato in modo tale da ignorare solo i *feedback* negativi dei venditori *FBA* e non degli altri venditori non *FBA*, assicurando così ai primi una maggiore visibilità ed un maggiore fatturato²¹.

Il risultato finale della strategia unitaria posta in essere da *Amazon*²², grazie al malizioso impiego dell'algoritmo di valutazione dei *feedback* negativi di *Prime*, è stato duplice per il colosso statunitense: rafforzare ulteriormente la sua già dominante posizione sul mercato dei

¹⁸ Cfr. Commissione Europea (2019), «*AT.40411 Google Search (AdSense)*», cfr. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1770_it.htm.

¹⁹ Cfr. Agcm, n. 29925, 30 novembre 2021, *FBA Amazon*, in *Boll.*, 49/2021. Per i primi commenti, cfr. Petrocelli (2022a, p. 353 ss.); Petrocelli (2022b, p. 466 ss.); Fauceglia (2021, p. 112 ss.).

²⁰ Per un ampio, meditato e critico esame dei contenuti e delle questioni interpretative poste dal provv.to Agcm, n. 29925, 30 novembre 2021, cfr. le condivisibili notazioni di Ghezzi, Maggiolino (2022, p. 478 ss.).

²¹ Cfr. Agcm, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., § 685-686.

²² Cfr. Agcm, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., § 729 ss.

market place, da un lato, e acquisire e consolidare una posizione dominante sul mercato complementare della logistica per *e-commerce*, dall'altro²³.

La condotta unitaria descritta, secondo l'Agcm, è qualificabile come una condotta di *self preferencing*²⁴, in quanto tale costituente una fattispecie autonoma di abuso di posizione dominante vietata dall'art. 102, lett. c), TFUE²⁵.

Questi casi hanno avuto il merito di mettere bene in luce una rilevante verità: i vantaggi ottenuti dall'informazione a valore aggiunto tratti dalla *big data analysis* delle imprese *big tech*, oltre che avere effetti procompetitivi, sfociano sovente in condotte di abuso della posizione di potere sul mercato, ispirate alla filosofia "*the winner takes all*"²⁶ che annichisce il modello di mercato libero e concorrenziale, distorto nei suoi caratteri essenziali ed allontanato dall'idea della concorrenza basata sui meriti²⁷.

L'insoddisfazione rispetto allo scenario rappresentato, invero comune a tutti gli Stati membri ed alla stessa Unione europea, ha innescato un moto propulsivo trasversale alla dottrina²⁸, alle Autorità di vigilanza e al legislatore eurounitario e nazionale contraddistinto dalla esigenza unica di individuare nuovi strumenti di efficace regolazione dei mercati digitali al fine di governare gli effetti imprevedibili della *data driven economy*; moto che ha trovato il suo più veloce addentellato di diritto positivo nella disciplina dell'abuso di dipendenza economica, complementare al diritto della concorrenza²⁹, i cui confini applicativi sono stati allargati tanto sul piano interpretativo quanto sul piano della novella del testo legislativo al fine di intercettare le condotte «abusive» delle *big tech* passate indenni dal filtro dell'anticoncorrenzialità dell'abuso di posizione dominante ex art. 102 TFUE³⁰.

²³ Cfr. Agcm, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., § 700-702 e spec. 713-714.

²⁴ Cfr. Agcm, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., § 700-702 e spec. 716.

²⁵ Cfr. Agcm, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., § 733.

²⁶ Cfr. Oecd (2019), p. 22 ss.).

²⁷ L'efficace espressione di «*competition on merits*» è stata elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE; cfr., tra le tante, Corte Giust. UE, 2 aprile 2009, *France Télécom*, C-202/07, § 109; Corte Giust. UE, 14 ottobre 2010, *Deutsche Telekom*, C-280/08, § 177; Corte Giust. UE, 6 dicembre 2012, *Astra Zeneca*, C-457/10, § 75; Corte Giust. UE, Grande Sez., 27 marzo 2012, *Post Danmark*, C-209/10, § 25; Corte Giust. UE, Grande Sez., 6 settembre 2017, *Intel*, C-413/14, § 136.

²⁸ Cfr. Libertini (2021, p. 340 ss.); Scalzini (2022, p. 121 ss.); Falce (2021, p. 189 ss.); Bachelet (2023, p. 43 ss.).

²⁹ Tale rapporto di complementarità ha trovato formalizzazione nell'ordinamento italiano nel testo del comma 3-bis dell'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192 in materia di subfornitura (art. 9 che come noto racchiude la disciplina del divieto di abuso di dipendenza economica), aggiunto dalla l. 5 marzo 2001, n. 57, che riconosce all'Agcm il potere sanzionatorio rispetto a condotte di abuso di dipendenza economica che abbiano rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, fermo restando i poteri di repressione dell'abuso di posizione dominante di cui all'art. 3 legge 10 ottobre 1990, n. 287; per i primi commenti, cfr. Maugeri (2021, p. 1062 ss.); Meruzzi (2021, p. 1406 ss.).

Il carattere multilivello dell'art. 9 in parola è segnalato da Libertini (2022, p. 19), il quale ritiene ravvisabile l'esistenza di una analogia tra l'abuso di dipendenza economica e l'abuso di sfruttamento *antitrust*, indicando così una via d'uscita alla mai sopita contrapposizione tra quella parte della dottrina che, aderente al tenore letterale dell'art. 9, ritiene che detta disciplina si applichi ed operi solo entro i limiti del rapporto bilaterale (cfr., da ultimo, Scalzini (2022, p. 140); Minervini (2022, p. 516 ss.); Bachelet (2021, p. 612 ss.) ed altra parte della dottrina che aderendo ad una interpretazione evolutiva ritiene che la norma trascenda il rapporto privatistico per virare verso le norme di diritto della concorrenza poste a tutela dell'efficienza dei mercati concorrenziali (cfr. fra i tanti Fabbio (2006); Osti (1999), p. 18 ss.).

³⁰ Segnalano la stessa linea di tendenza, Bachelet (2021, p. 48) il quale parla di valorizzazione della «nozione di dipendenza economica, al fine di agevolare la "cattura" delle condotte abusive tipiche delle "Big Tech"»; Ferrari, Maggiolino (2021, p. 479); Monterossi (2021, p. 922 ss.).

Unitarietà del fenomeno economico e pluralità della risposta normativa

L'insoddisfazione per gli strumenti regolatori del diritto *antitrust* e la preoccupazione per gli squilibri del mercato interno ed i rischi per i diritti dei consumatori generati da un'economia basata sui dati hanno costituito i punti di partenza per la elaborazione da parte della Commissione europea, fin dal 2020, di un approccio unitario e coordinato alla disciplina della c.d. transazione digitale dell'UE, formalizzato in tre comunicazioni contestuali COM(2020) 67, COM(2020) 66 e COM(2020) 65³¹ aventi ad oggetto le sfide di carattere economico, sociale, culturale e politico-normative poste dalla *data driven economy*.

L'impianto regolamentare che ne è derivato è ricco, complesso ed articolato.

Difatti, oltre al già citato Reg.to UE n. 2022/1925 (c.d. Reg.to *DMA*) sul mercato dei servizi digitali, la Commissione ha adottato il Reg.to UE n. 2022/2065 (c.d. Reg.to *DSA Digital Service Act*) sui servizi digitali e il Regolamento UE n. 2022/868 (c.d. Regolamento sulla governance dei dati), mentre sta proseguendo il suo *iter* legislativo ordinario la c.d. Legge sull'intelligenza artificiale. Inoltre, degno di nota, sebbene non riconducibile formalmente alla triade di Comunicazioni della Commissione europea, ma certamente informato alla stessa scala di valori e di obiettivi regolamentari è poi il Regolamento UE n. 2019/1150 del 20 giugno 2019 (c.d. Reg.to UE *P2B Platform to Business*) che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online*.

Tutte le citate fonti normative muovono dalla consapevolezza della centralità assunta dai servizi digitali e della elaborazione dei dati nello sviluppo delle moderne economie nonché della eccessiva concentrazione di potere, non solo economico, nelle mani di poche imprese detentrici di una posizione di vantaggio competitivo³², e sono accomunate dall'obiettivo di creare un quadro giuridico unitario dei mercati digitali, dei servizi digitali e dell'intelligenza artificiale finalizzato ad assicurare l'equità e la contendibilità del mercato interno, non solo digitale³³, nonché uno spazio europeo dei dati caratterizzato dalla libera circolazione degli stessi, dalla sicurezza del loro trasferimento, trattamento e memorizzazione (*cloud computing*) che favorisca lo sviluppo dell'economia dei dati fino ad un valore pari al peso economico della UE su scala mondiale.

Sullo sfondo, si staglia l'obiettivo politico di medio-lungo termine di conquistare una sovranità europea sui dati, tanto tecnologica quanto e soprattutto giuridico-culturale, che assicuri all'UE una posizione di avanguardia a livello mondiale quale modello regolatorio di

³¹ Si veda Commissione Europea COM(2020) 67, *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1588242259679&uri=CELEX%3A52020DC0067>; Commissione Europea COM(2020) 66, *Una strategia europea per i dati*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1588242215428&uri=CELEX%3A52020DC0066>; Commissione Europea COM(2020) 65, *Libro bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, COM(2020) 65 final, Bruxelles, 19 febbraio 2020, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0065>.

³² Cfr. Commissione Europea COM(2020) 66, *Una strategia europea per i dati*, cit., par. 4. I Problemi.

³³ Cfr. Commissione Europea COM(2020) 67, *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, cit., par. 2 e, in spec. lett. B. Un'economia equa e contendibile.

riferimento (cd. *Brussel effect*)³⁴ dello sviluppo tecnologico, della transizione digitale e della utilizzazione dei dati³⁵.

Le soluzioni normative europee, riguardate nella loro globalità e complementarità, dischiudono tuttavia un orizzonte nuovo della regolazione eteronoma dei mercati concorrenziali in funzione antimonopolistica. L'esperienza maturata riguardo agli strumenti di intervento *ex post* sulle condotte anticompetitive, in uno con la velocità e mutevolezza dei mercati digitali, ha certamente contribuito a favorire il superamento delle riserve del legislatore europeo circa l'utilizzo di strumenti di regolazione *ex ante* dei mercati equi e contendibili che appaiono, *prima facie*, ideologicamente antitetici rispetto al modello di un'economia di mercato concorrenziale.

Tuttavia, la destinazione finalistica in chiave *antitrust* delle fonti europolitane richiamate non appare immediatamente percepibile.

Difatti, il Reg.to *DMA* in particolare, ma anche il Reg.to *DSA*, il Reg.to UE n. 2022/868 ed il Reg.to UE n. 2019/1150, pur avendo ad oggetto ed obiettivi specifici e complementari, sono accomunati dalla medesima base giuridica: l'art. 114 TFUE che è dedicato ai poteri legislativi della Commissione europea e del Parlamento europeo in tema di ravvicinamento delle disposizioni degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno, mentre non sono richiamati gli artt. 101 e 102 TFUE che contengono le regole sulla concorrenza.

Inoltre, tutte le citate fonti unionali nei rispettivi considerando dichiarano il pieno rispetto e conformità alla libertà d'impresa sancita dall'art. 16 della Carta UE dei diritti fondamentali delle norme dagli stessi introdotte³⁶.

Infine, tutti i regolamenti richiamati, nei rispettivi considerando, precisano esplicitamente che le norme introdotte non ostacolano l'applicazione dell'art. 101 e 102 TFUE, notoriamente costituenti la base giuridica della legislazione *antitrust*, ma anzi dichiarano di porsi come norme tese ad integrare le regole sulla concorrenza e ad agevolare la tutela della libertà d'impresa riconosciuta dalla Carta UE dei diritti fondamentali.

Si riscontra in altri termini una certa cautela formale del legislatore europeo a non qualificare espressamente i regolamenti citati quali norme del diritto della concorrenza, ma piuttosto come norme sul funzionamento del mercato interno, cautela probabilmente dettata dall'esigenza di evitare che le stesse possano essere percepite come un attacco «istituzionale» allo strapotere economico (ormai con riflessi sociologico-culturali) detenuto dalle GAFAM.

Ciò nonostante, a dispetto dell'impostazione formale, il tenore letterale dei considerando e delle norme contenute nel Reg.to *DMA* lascia trasparire quel nuovo orizzonte della legislazione antimonopolistica dei mercati digitali cui più indietro si faceva cenno.

³⁴ La locuzione elaborata da Bradford (2020) indica il fenomeno in ragione del quale le grandi imprese ritengono più conveniente adeguare i prodotti e servizi offerti globalmente alla disciplina più rigorosa richiesta dall'Unione europea, piuttosto che applicare standard diversi per ciascun singolo mercato in cui operano, con il conseguimento altresì di futuri vantaggi reputazionali nel caso di piena *compliance*.

³⁵ Cfr. Commissione Europea COM(2020) 67, *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, par. 3; Commissione Europea COM(2020) 66, *Una strategia europea per i dati*, par. 2.

³⁶ Cfr. Reg.to *DMA* n. 2022/1925, Considerando (109); Reg.to *DSA* n. 2022/2065, Considerando (9) e (153); Reg.to *P2B* n. 2022/868, Considerando (62); Reg.to n. 2019/1150, Considerando (52).

L'approdo di questo nuovo orizzonte è l'elaborazione di una regolamentazione specifica per ciascuno degli aspetti dei mercati digitali – equità e contendibilità nel Reg.to *DMA*, responsabilità e trasparenza nella prestazione dei servizi digitali nel Reg.to *DSA*, accessibilità, interoperabilità e riutilizzabilità dei dati nel Regolamento sulla *governance* dei dati, equità e trasparenza dei servizi di intermediazione *online* per gli utenti commerciali nel Reg.to *P2B* – che copre le diverse aree della *data driven economy* e che promana dal comune obiettivo di implementare un sistema europeo di *governance* pubblica dei dati e dei mercati digitali che guidi ed indirizzi con obblighi *ex ante*, presidi comportamentali e codici di condotta lo sviluppo tecnologico delle *big tech* verso un mercato ed un contesto economico-culturale fondato su valori di libertà e pluralismo delle informazioni e delle opportunità, lontano dall'oligopolio o «moligopolio» dell'attuale economia dei dati dei servizi digitali. Obiettivi che direttamente ed indirettamente, costituiscono il riflesso di una doverosa unitaria politica della concorrenza, ontologicamente compenetrata nel concetto di mercato unico europeo fin dal lontano 1957, che costituisce il sostrato comune delle norme in commento.

L'indicazione del Reg.to *DMA* quale espressione della nuova frontiera regolamentare *antitrust* eurounitaria è suffragata dal dato teleologico delle norme dallo stesso recate.

Difatti, l'art. 1 del Reg.to *DMA* indica quale obiettivo specifico quello di garantire a tutte le imprese la equità e la contendibilità sui mercati del settore digitale nei quali operano i c.d. *gatekeeper* (letteralmente, controllori dell'accesso), a vantaggio degli utenti commerciali e degli utenti finali³⁷, attraverso l'adozione di norme armonizzate che contribuiscono al corretto funzionamento del mercato interno. Detto obiettivo poggia su una serie di prese di coscienza circa le criticità che caratterizzano i mercati dei servizi digitali in un'ottica concorrenziale.

In primo luogo, la Commissione dà atto della scarsa equità e contendibilità che caratterizza il mercato dei servizi digitali, contraddistinto da barriere molto alte sia all'ingresso sia all'uscita³⁸ e da conseguenti gravi squilibri in termini di potere contrattuale forieri di pratiche concorrenziali sleali³⁹, nonché della inadeguatezza degli strumenti di cui agli artt. 101 e 102 TFUE, il cui ambito di applicazione

è limitato a talune tipologie di potere di mercato, per esempio una posizione dominante in mercati specifici e di comportamento anticoncorrenziale, e la loro applicazione avviene ex post e richiede un'indagine approfondita, caso per caso, di fatti spesso molto complessi.

dai quali sfuggono le situazioni in cui un'impresa operante sul mercato dei servizi digitali non detiene una posizione dominante secondo il diritto della concorrenza⁴⁰.

In secondo luogo, la Commissione ritiene opportuno dare una definizione dei concetti di equità e contendibilità che, invero, si pone in perfetta coerenza con gli obiettivi regolatori *antitrust*. La contendibilità viene definita come "la capacità delle imprese di superare

³⁷ Sulla definizione di *gatekeeper* e sull'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione del Reg.to *DMA* si rinvia a quanto esposto nei paragrafi seguenti.

³⁸ Cfr. Considerando (3).

³⁹ Cfr. Considerando (4).

⁴⁰ Cfr. Considerando (5).

efficacemente le barriere all'ingresso e all'espansione"⁴¹ costituite dagli effetti di rete, dalle forti economie di scala e dai vantaggi derivanti dall'elaborazione dei dati che costituiscono un disincentivo per tutti gli operatori ad innovare o migliorare i prodotti, i servizi o i processi, con conseguente riduzione della innovazione dei mercati digitali e dei benefici per la collettività. L'equità viene invece declinata *a contrario* come la negazione della pratica sleale che crea "squilibrio tra i diritti e gli obblighi degli utenti commerciali in cui il *gatekeeper* trae un vantaggio sproporzionato"⁴² che impedisce a tutti gli altri soggetti presenti sul mercato di cogliere i vantaggi derivanti dai propri investimenti in innovazione, dovendo subire le condizioni sfavorevoli decise unilateralmente dal *gatekeeper* per la fruizione dei servizi di piattaforma di base.

L'endiadi «equità e contendibilità» di un mercato, nel caso di specie del mercato dei servizi digitali, altro non è che la sintesi di un mercato concorrenziale, o meglio dei pilastri fondanti del modello del mercato concorrenziale costituiti dalla parità di opportunità e di condizioni per tutti i contendenti del mercato, ossia il trasposto dell'equità dei prezzi e delle condizioni, e dalla libera competizione tra operatori basata sulla libertà di ingresso e di uscita dal mercato che, grazie alla parità di condizioni, premia l'operatore più capace, ossia il trasposto della c.d. contendibilità del mercato.

Si scorge così come il Reg.to *DMA*, che formalmente si accredita «solo» come una legge sui mercati digitali che non dovrebbe interferire con lo *status quo* della disciplina eurounitaria e nazionale *antitrust*, presenta invero tutti i caratteri strutturali (peraltro non relegati ad uno stato embrionale, ma ben evidenziati) e le leve operative per essere a pieno titolo considerato come la nuova frontiera evolutiva del diritto della concorrenza e della legislazione antimonopolistica applicata ai mercati digitali⁴³.

Conferma di tale carattere si rinviene nello stesso testo del Regolamento ove il legislatore eurounitario a) precisa che lo stesso "mira a integrare l'applicazione del diritto della concorrenza"⁴⁴, pur lasciando impregiudicati gli artt. 101 e 102 TFUE nonché le norme nazionali in materia di concorrenza (legislazione *antitrust*) e le norme nazionali in materia di concorrenza sleale o di abuso di posizione dominante; b) illustra il differente bene giuridico tutelato dal diritto della concorrenza, ossia "la protezione della concorrenza non falsata sul mercato", rispetto al bene giuridico tutelato dal Reg.to *DMA*, ossia equità e contendibilità dei mercati nei quali operano i *gatekeeper* "indipendentemente dagli effetti reali, potenziali o presunti sulla concorrenza in un dato mercato derivanti dal comportamento di un dato *gatekeeper* contemplato dal presente Regolamento"⁴⁵.

Il tentativo di differenziare i beni e gli interessi giuridici protetti dai due corpi normativi appare tuttavia più formale che sostanziale.

⁴¹ Cfr. Considerando (32).

⁴² Cfr. Considerando (34).

⁴³ Per conformi conclusioni circa la spiccata natura giuridica di norma del diritto della concorrenza del Reg.to *DMA* cfr. Colangelo (2023a).

⁴⁴ Cfr. Considerando (10).

⁴⁵ Cfr. Considerando (11) che viene considerato una soluzione di compromesso da Libertini (2023, p. 14).

Il diritto *antitrust* come noto persegue diversi e complementari obiettivi di tutela il cui vantaggio è stato ampliato in chiave interpretativa nel corso del tempo. Vale la pena rammentare difatti che l'art. 3, lett. g.) del Trattato istitutivo della Comunità economica europea prevedeva che "ai fini enunciati dall'articolo 2, l'azione della Comunità comporta [...] un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno", ponendo un rapporto gerarchico-funzionale di subordinazione dell'obiettivo della tutela della concorrenza rispetto agli obiettivi primari enunciati nell'art. 2 dello stesso Trattato che prevedeva che

la Comunità ha il compito di promuovere [...] uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, [...] un alto grado di competitività e convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione ambientale [...] e la solidarietà tra stati membri.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1° gennaio 2009, con la nota distinzione tra Trattato dell'Unione Europea e Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, ha da un lato comportato il trasferimento delle norme *antitrust* nel TFUE e dall'altro ha comportato una riscrittura integrale dell'art. 3 del TUE dal quale è stato espunto qualsiasi riferimento alla concorrenza nel mercato interno nell'enunciazione degli obiettivi primari dell'Unione che ora

instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico.

Il riferimento alla concorrenza non falsata compare ora solo nel Protocollo n. 27 allegato al TUE e al TFUE, che ai sensi dell'art. 51 TUE deve considerarsi parte integrante dei trattati stessi, ove si puntualizza che il mercato interno "comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata".

Senza entrare nel dibattito tra coloro che giudicano l'esposta innovazione del tutto irrilevante rispetto al diritto *antitrust* e coloro che invece sottolineano la significativa svolta in senso funzionale impressa al diritto della concorrenza, inteso ormai come strumentale solo al conseguimento degli obiettivi superiori, ai nostri fini mi pare significativo rilevare come il Reg.to *DMA* sia strumento diretto ad assicurare il funzionamento del mercato interno, stante la base giuridica costituita dall'art. 114 TFUE, quindi norma a pieno titolo annoverabile tra quelle tese a realizzare gli obiettivi primari dell'Unione Europea enunciati nel richiamato art. 3 TUE, come integrata dalle previsioni del richiamato Protocollo n. 27 allegato al TUE. Il richiamo «circolare» alle norme dei trattati permette di così di cogliere appieno la sostanziale unitarietà di obiettivi cui tendono le norme formalmente annoverabili tra quelle del diritto della concorrenza e le norme formalmente annoverabili tra quelle sul funzionamento del mercato interno, tutte globalmente avvinte dalla finalizzazione agli obiettivi primari dell'art. 3 TUE. Ne consegue a mio avviso che la distinzione tra beni giuridici tutelati dai due corpi di

norme, esposta nel considerando del Reg.to *DMA* e tesa a segnare (o quanto meno, a lasciare intendere) una certa distanza tra i relativi complessi normativi, mal si attaglia alla gerarchia di valori e di obiettivi unionali scaturenti dal quadro istituzionale europeo derivante dal Trattato di Lisbona.

La concorrenza non falsata sul mercato, a ben vedere, passa necessariamente attraverso la equità e la contendibilità dello stesso mercato, giacché appare difficilmente immaginabile un mercato informato ai precetti della concorrenza nel quale esistono condizioni non eque nelle transazioni che sullo stesso si concludono, così come è difficilmente concepibile un mercato informato ai precetti della concorrenza nel quale non sussista una reale contendibilità delle posizioni di mercato intesa come assenza o quanto meno agevole superabilità delle barriere all'ingresso e all'uscita. In altri termini, l'equità e la contendibilità dei mercati sono qualità strumentali e serventi rispetto ad una concorrenza non falsata⁴⁶ che trae proprio il suo elemento qualificante da quei caratteri che mi pare possano annoverarsi tra gli obiettivi mediati del diritto *antitrust* rispetto all'obiettivo ultimo perseguito del mercato concorrenziale non falsato, tassello rilevante degli obiettivi primari indicati dall'art. 3 TUE.

La ricognizione «valoriale» degli obiettivi dell'Unione europea e la loro sistemazione «gerarchica» consente a mio avviso di ridurre ad unità il tema posto dalla distinzione tra beni giuridici tutelati contenuto nel Considerando del Reg.to *DMA*, recuperando così anche una coerenza interna allo stesso. La più volte richiamata distinzione, lungi dal porre il Reg.to *DMA* in contrasto con la scala di obiettivi sanciti dall'art. 3 TUE, ha solo carattere formale ed appare funzionale al nuovo approccio regolamentare in materia *antitrust* elaborato dalla Commissione europea⁴⁷, basato su una regolazione *ex ante* delle possibili condotte anticoncorrenziali che, piuttosto che essere vietate, vengono «anticipate» mediante la previsione di obblighi comportamentali a contenuto programmatico racchiusi soprattutto negli art. 5 e 6 del Reg.to *DMA* destinati ai *gatekeeper*. Così procedendo, alle norme recanti obblighi comportamentali di nuova introduzione è assicurato un ambito di applicazione oggettivo più ampio rispetto alle norme *antitrust ex artt.* 101 e 102 TFUE, poiché le prime non devono scontare la rigida verifica del ricorso delle condizioni oggettive dell'abuso di posizione dominante su un mercato elaborate dalla copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia UE che invece accompagna sempre l'applicazione, anche in via amministrativa da parte della Commissione europea, delle seconde.

Tale rilievo filologico consente altresì di spiegare il singolare rapporto giuridico di integrazione del diritto della concorrenza ad opera del Reg.to *DMA* evocato dal legislatore europeo⁴⁸; volutamente il Reg.to *DMA* ha ritenuto di ricostruire il rapporto tra norme *antitrust* e norme sui mercati digitali in termini di integrazione⁴⁹ delle prime ad opera del più attuale

⁴⁶ Nello stesso senso cfr. Libertini (2023, p. 14); Libertini (2022, p. 1069 ss.); Ezrachi (2018).

⁴⁷ Nello stesso senso Libertini (2023, p. 14).

⁴⁸ Il riferimento è al Considerando (10), cfr. nota 70.

⁴⁹ Tale rapporto tra le norme è definito di complementarietà da Libertini (2023, p. 14) secondo il quale la vera complementarietà si apprezza sul piano dell'apparato rimediabile, piuttosto che sugli scopi perseguiti che appaiono comuni.

impianto funzionale che connota le seconde, piuttosto che in termini di reciproca esclusione e/o di indifferenza.

Il nuovo assetto regolamentare in materia di mercato interno europeo e di disciplina della concorrenza, tanto *ex ante* ai sensi del Reg.to *DMA* quanto *ex post* ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE, consente così di parlare di una pluralità e polifunzionalità delle fonti di diritto unionale nell'ottica *antitrust*, atteso che nuovi fronti regolamentari con funzione complementare e di integrazione si sono aggiunti agli strumenti classici della disciplina antimonopolistica⁵⁰.

Il Reg.to UE n. 2022/1925 (c.d. *Digital Market Act*): *rationes* e tratti distintivi

La coesistenza e la intrinseca coerenza del pluralismo di fonti *antitrust* sul piano funzionale sono garantiti dalla molteplicità dei momenti regolatori delle condotte anticompetitive tenute dai gestori delle piattaforme digitali che costituisce il *quid pluris* introdotto dal Reg.to *DMA* riguardato in un'ottica *antitrust*⁵¹. Difatti, l'unitario quadro normativo più indietro tratteggiato «accompagna» ora i gestori delle piattaforme digitali nell'esercizio dell'attività d'impresa sia con obblighi comportamentali ad applicazione necessaria nella fase preventiva introdotti *ex novo* dal Reg.to *DMA*, sia con limiti e divieti di condotte anticoncorrenziali *ex art.* 102 TFUE, ad applicazione eventuale nella fase successiva a valle.

Ciò è stato reso possibile dal significativo mutamento del paradigma regolamentare in ottica *antitrust* introdotto dal Reg.to *DMA*, paradigma che può essere sintetizzato con i suoi due caratteri essenziali consistenti a) nella parzialità ed asimmetria delle previsioni regolamentari e b) nello sforzo di regolazione *ex ante* delle condotte anticompetitive; si tratta di caratteri di fatto sconosciuti prima d'ora alla disciplina *antitrust*, non solo europea, ma internazionale⁵².

In relazione al primo carattere, la scelta del Reg.to *DMA* è stata nel senso di restringere e delimitare con precisione, anche mediante l'utilizzo di parametri quantitativi, l'ambito soggettivo di applicazione delle norme dallo stesso dettate. Difatti, a mente dell'art. 1, par. 2, il Regolamento

si applica ai servizi di piattaforma di base forniti o offerti dai gatekeeper a utenti commerciali stabiliti nell'Unione o a utenti finali stabiliti o situati nell'Unione, a prescindere dal luogo di stabilimento o di residenza dei gatekeeper e dalla normativa altrimenti applicabile alla fornitura del servizio.

⁵⁰ Per un'analisi del rapporto tra Reg.to *DMA* e disciplina della concorrenza, cfr. Colangelo (2023b, p. 116); Cappai, Colangelo (2023a, p. 431); Colangelo (2022, p. 597).

⁵¹ Illuminanti sono le riflessioni sul punto di Libertini (2021, p. 357 ss.).

⁵² Cfr. per notazioni simili circa il carattere inconsueto delle norme in commento nell'ottica *antitrust* Scalzini (2021, p. 131 ss.); Ferrari, Maggiolino, *Il potere across markets delle GAFAM: come reagire?*, cit., p. 488 che giudicano la scelta europea tale da collocarsi al di fuori del perimetro *antitrust*; Libertini (2023, p. 14) il quale rileva che il Reg.to *DMA* contiene uno strumentario estraneo alle norme *antitrust* generali.

Il *gatekeeper*, a mente dell'art. 2, par. 1, è definito come l'impresa che fornisce servizi di piattaforma di base designata tale dalla Commissione europea purché abbia un impatto significativo sul mercato, fornisca un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali (impatto significativo e servizio di piattaforma di base individuati mediante una presunzione relativa basata su parametri dimensionali⁵³) e detenga o è prevedibile che acquisisca nel prossimo futuro una posizione consolidata e duratura.

Per servizi di piattaforma di base, ai sensi dell'art. 2, par. 2, si intendono

a) servizi di intermediazione online; b) motori di ricerca online; c) servizi di social network online; d) servizi di piattaforma per la condivisione di video; e) servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero; f) sistemi operativi; g) browser web; h) assistenti virtuali; i) servizi di cloud computing; j) servizi pubblicitari online, compresi reti pubblicitarie, scambi di inserzioni pubblicitarie e qualsiasi altro servizio di intermediazione pubblicitaria, erogati da un'impresa che fornisce uno dei servizi di piattaforma di base elencati alle lettere da a) a i).

Ne deriva che l'applicazione del Reg.to *DMA* è necessariamente selettiva – giacché esso si applica solo ai mercati digitali, o meglio, al mercato delle piattaforme digitali che erogano servizi di interconnessione di utenti commerciali e/o di utenti finali, così che resta superato *in nuce* il problema centrale della individuazione e qualificazione del mercato rilevante tipico dell'applicazione della disciplina dell'abuso della posizione dominante – ed asimmetrica – poiché esso si applica solo alle imprese che occupano una posizione di potere economico consolidata e duratura sul mercato delle piattaforme digitali ricondotta, con una presunzione *iuris tantum*, al superamento di parametri quantitativi predeterminati. Dunque, non l'intero mercato delle piattaforme digitali soggiace all'applicazione del Reg.to *DMA*, ma solo quella porzione di questo sterminato mercato che raccoglie le piattaforme che hanno acquisito o è prevedibile che acquisiscano nel prossimo futuro una posizione consolidata e duratura di controllori dell'accesso poiché capaci di connettere milioni e milioni di utenti tanto commerciali quanto finali; tra queste, certamente rientrano le imprese c.d. GAFAM.

D'altro canto, la costruzione differenziata per soglie dimensionali del perimetro di applicazione del Reg.to *DMA* è funzionale ad assicurare un intervento regolatorio incisivo ed *ex ante* in chiave antimonopolistica solo in quei mercati o porzioni di mercati, come quello

⁵³ Ai sensi dell'art. 3 del Reg.to *DMA*, un'impresa è designata come *gatekeeper* se: a) ha un impatto significativo sul mercato interno, che si presume se raggiunge un fatturato annuo nell'Unione pari o superiore a 7,5 miliardi di EUR in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari, o se la sua capitalizzazione di mercato media o il suo valore equo di mercato equivalente era quanto meno pari a 75 miliardi di EUR nell'ultimo esercizio finanziario, e se essa fornisce lo stesso servizio di piattaforma di base in almeno tre Stati membri; b) fornisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali, che si presume se fornisce un servizio di piattaforma di base che, nell'ultimo esercizio finanziario, annovera almeno 45 milioni di utenti finali attivi su base mensile, stabiliti o situati nell'Unione, e almeno 10000 utenti commerciali attivi su base annua stabiliti nell'Unione, identificati e calcolati conformemente alla metodologia e agli indicatori di cui all'allegato al Regolamento; c) detiene una posizione consolidata e duratura, nell'ambito delle proprie attività, o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro, che si presume se le soglie di cui alla lettera b) sono state raggiunte in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari. È riservato alla Commissione europea il potere di designare come *gatekeeper* una piattaforma digitale anche se la stessa non raggiunga le soglie dimensionali, ma rispetti i requisiti dell'art. 3, par. 1.

delle piattaforme digitali, ove più elevati sono i rischi di concentrazione del potere di mercato ed economico e più giustificabile appare una compressione della libertà di impresa e di organizzazione per l'esercizio della stessa, arretrando invece l'intervento regolatorio a controlli *ex post* di eventuali condotte anticompetitive nei mercati, anche digitali, che non presentano i caratteri strutturali di concentrazione di potere e le famiglie di rischi segnalate. Il nuovo paradigma regolamentare introdotto dal Reg.to *DMA* in materia di disciplina antimonopolistica può dunque riassumersi con la qualità della modulabilità dell'impianto regolamentare *antitrust*, composto da uno «zoccolo duro» di applicazione necessaria rappresentato dal tradizionale strumentario che trova il proprio fondamento giuridico nell'art. 102 TFUE, cui si affianca una parte variabile, che è capace di espandersi fino alla previsione di obblighi comportamentali *ex ante* previsti dagli artt. 5, 6 e 7 del Reg.to *DMA*, in grado di incidere anche significativamente sulle strutture dell'organizzazione interna dei gestori di piattaforme digitali, laddove il grado di concentrazione del potere economico e di mercato detenuto dall'impresa *big tech* sia considerato elevato (anche se non integrante la condotta tipica dell'abuso di posizione dominante) e tale da esporre ad elevati rischi di squilibrio nei rapporti commerciali e di ingessatura delle dinamiche concorrenziali del mercato.

La segnalata modulabilità è ben formalizzata dall'art. 1, par. 6 del Reg.to *DMA*, a mente del quale resta impregiudicata l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE – ossia la tradizionale disciplina *antitrust*, tanto comunitaria quanto nazionale – oltre che dal considerando 10 che definisce in termini di integrazione l'apporto del Regolamento in commento nell'applicazione del diritto della concorrenza *ex artt.* 101 e 102 TFUE.

La modulabilità della disciplina *antitrust*, per essere effettiva, richiede tuttavia una cabina di regia unica, che garantisca il coordinamento tra le diverse articolazioni normative, evitando dannose sovrapposizioni oltre che duplicazioni di attività amministrative di *enforcement* da parte delle rispettive autorità. A tal fine, il legislatore europeo ha scelto di concentrare sulla Commissione europea i poteri di vigilanza sul rispetto delle norme del Reg.to *DMA* da parte delle *big tech*, nonché i relativi poteri di regolazione, accertamento ed irrogazione delle sanzioni⁵⁴, vietando di fatto alle autorità degli stati membri di imporre “ulteriori obblighi ai *gatekeeper* per mezzo di leggi, regolamenti o misure amministrative allo scopo di garantire l'equità e la contendibilità dei mercati”⁵⁵ per aspetti e condotte che rientrano nell'ambito di applicazione del Regolamento: ciò al fine di evitare la frammentazione del mercato interno.

Il quadro così delineato si chiude con un sistema di stretto coordinamento tra autorità nazionali e Commissione europea teso ad evitare iniziative contrastanti e a garantire coerenza ed uniformità di azione nell'applicazione dei presidi comportamentali *ex ante* introdotti dal Regolamento in commento. Tale sistema di *public enforcement*, oltre ad imporre alle autorità nazionali di non adottare decisioni in contrasto con una decisione adottata dalla Commissione europea sulle materie oggetto del Reg.to *DMA* (cosa peraltro auspicabile anche in mancanza di

⁵⁴ Cfr. Considerando (91) a mente del quale «La Commissione è l'unica autorità a cui è conferito il potere di applicare il presente Regolamento.».

⁵⁵ Cfr. art. 1, par. 5, Reg.to *DMA*.

una espressa previsione normativa), prevede un meccanismo di stretta collaborazione e coordinamento delle azioni di esecuzione delle rispettive autorità secondo le regole degli artt. 37⁵⁶ e 38⁵⁷ che tratteggiano la rete dei flussi informativi dalla periferia (delle autorità nazionali) verso il centro (la Commissione europea).

Degno di nota è infine il meccanismo di riconoscimento di *vis attractiva* all'indagine avviata dalla Commissione nei confronti di un *gatekeeper* (anche in un momento successivo) rispetto ad una attività di indagine già avviata dalle autorità nazionali nei confronti di un *gatekeeper* volta ad accertare il rispetto degli obblighi di cui agli artt. 5, 6, e 7 del Regolamento, ma avente la propria base giuridica nelle norme nazionali in materia *antitrust* e nelle norme nazionali in materia di concorrenza che vietano altre forme di comportamento unilaterale (di cui all'art. 1, par. 6)⁵⁸. In tal caso, pur non sussistendo un vero conflitto di competenza nel senso tecnico-giuridico tra Commissione europea ed autorità nazionali, atteso che differente è la base giuridica del relativo potere (il Reg.to *DMA* per la prima, la legge n. 287/1990 o l'art. 9 della legge n. 192/1998 per l'Agcm italiana), sebbene comuni siano gli obblighi comportamentali oggetto di valutazione, comprensibili ragioni di uniformità di interpretazione ed applicazione delle norme destinate ai *gatekeeper* hanno suggerito una sorta di espansione delle competenze di vigilanza della Commissione europea.

Tuttavia, alla facilità di ricostruzione delle ragioni sottese alla norma, non fa da contraltare una altrettanto agevole ricerca di una soluzione ai probabili conflitti di attribuzione che potrebbero scaturirne. Difatti, va considerato che la compressione delle prerogative delle autorità nazionali è prevista dall'art. 38, par. 7 del Reg.to *DMA* su materie e condotte estranee all'ambito di applicazione dello stesso Regolamento, in virtù della esplicita scelta contenuta nell'art. 1, par. 6. In una esemplificazione, tale situazione potrebbe verificarsi quando l'Agcm italiana intervenga a mente dell'art. 9, comma 3-bis della legge n. 192/1998 (ossia quando l'abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato) nei confronti di un abuso di dipendenza economica posto in essere nell'erogazione di servizi di intermediazione da parte di "una piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati" (rispetto alla quale la situazione di dipendenza economica si presume a mente dell'art. 9, comma 1 della legge n. 192/1998, come novellato dall'art. 33 della legge n. 118/2022) e che possenga i requisiti per essere qualificata come *gatekeeper*, quindi tenuta altresì al rispetto degli obblighi comportamentali previsti dai più volte richiamati artt. 5, 6 e 7 del Reg.to *DMA*. L'interrogativo che si profila, estraneo al perimetro d'indagine del presente scritto ed al quale non è possibile dunque dare una compiuta risposta,

⁵⁶ Cfr. l'art. 37 rubricato «Cooperazione con le autorità nazionali» che prevede la necessità per la Commissione e gli Stati membri di una stretta collaborazione e coordinamento tra le loro azioni "per garantire un'applicazione coerente, efficace e complementare degli strumenti giuridici disponibili applicati ai gatekeeper ai sensi del presente Regolamento", con la possibilità della Commissione di consultare "le autorità nazionali, ove opportuno, su qualsiasi questione relativa all'applicazione del presente Regolamento".

⁵⁷ Cfr. l'art. 38 rubricato «Cooperazione e coordinamento con le autorità nazionali competenti che applicano le norme in materia di concorrenza» che prevede una fitta rete di obblighi informativi verso la Commissione europea in capo alle autorità nazionali nel caso di avvio di una indagine o di una imposizione di obblighi nei confronti dei gatekeeper ai sensi delle norme antitrust nazionali o delle norme di materia di concorrenza o di abuso di dipendenza economica

⁵⁸ Cfr. art. 38, par. 7.

è se la identità di obblighi comportamentali imposti ai *gatekeeper* sia tale da legittimare lo stravolgimento del riparto di competenze tra autorità *antitrust* europea ed autorità *antitrust* nazionale – che è poi speculare alla distinzione ontologica tra contesto macroeconomico oggetto della disciplina antimonopolistica del mercato e contesto microeconomico di disciplina della correttezza e regolarità dei rapporti commerciali bilaterali privatistici appannaggio della legislazione nazionale in materia di concorrenza – giustificando l'invasione di campo dell'autorità depositaria dell'approccio macroeconomico nella regolazione degli aspetti microeconomici di equilibrio contrattuale, di norma rimessi alle legislazioni nazionali.

Gli obblighi comportamentali introdotti dal Reg.to DMA e la funzione di prevenzione del rischio di abuso di posizione dominante

Il secondo elemento qualificante del nuovo paradigma regolamentare introdotto dal Reg.to DMA è costituito, come più volte anticipato, dallo sforzo di regolazione *ex ante* delle condotte anticompetitive, o meglio dall'introduzione di obblighi comportamentali precisi e dettagliati in capo ai *gatekeeper* il cui contenuto trae spunto dai numerosi casi di abuso di posizione dominante già contestati alle c.d. GAFAM; l'esperienza maturata per effetto degli interventi *ex post* delle autorità di vigilanza risulta così positivizzata.

Poiché i dati, e soprattutto la loro aggregazione e le inferenze logiche che si traggono dal trattamento algoritmico, costituiscono la materia prima dei mercati delle piattaforme digitali, il modello regolatorio utilizzato dal Reg.to DMA fa sostanzialmente leva sull'imposizione di obblighi di *disclosure*, di condivisione e di interoperabilità imposti ai *gatekeeper*⁵⁹; in questo modo, secondo la Commissione europea, l'enorme potere di mercato, economico ed anche sociale-culturale costituente il vantaggio competitivo delle piattaforme potrà essere «contingentato» ed indirizzato verso fini di utilità economica e sociale diffusa, prevenendo o forse limando i deleteri effetti derivanti dal suo abuso.

Gli obblighi comportamentali *ex ante* imposti ai *gatekeeper* sono raccolti negli artt. 5, 6 e 7 del Reg.to DMA; si tratta di obblighi molteplici, dettagliati, ad alto contenuto tecnico, tipizzati, oltre che tassativi considerato che l'elencazione non pare suscettibile di integrazione alcuna, ma solo di ulteriore specificazione da parte della Commissione europea limitatamente agli obblighi previsti dall'art. 6. Il sistema di obblighi preventivi si atteggia come una disciplina amministrativa di regolazione *ex ante* della condotta delle piattaforme il cui *enforcement* è attribuito alla Commissione europea cui sono riconosciuti penetranti poteri di ispezione, controllo e monitoraggio costante (cfr. art. 8, 16-19, ma anche art. 20, 23 e 26 del Reg.to DMA).

Il ventaglio di obblighi comportamentali previsti dal Regolamento è così ampio e variegato che qualsiasi sforzo di catalogazione e riconduzione degli stessi entro schemi teorici formali rischia di apparire impreciso e mal calibrato talvolta, inadeguato ed incomprensibile talaltra. Tale constatazione è da ricondurre alla scelta del legislatore europeo di tipizzare nel dettaglio gli obblighi comportamentali traendo spunto dalla corposa esperienza maturata dalla Commissione europea in numerosi recenti casi di indagini avviate nei confronti delle c.d.

⁵⁹ Cfr. nello stesso senso Olivieri (2021, p. 371 ss.).

GAFAM per abuso di posizione dominante, delle quali si è dato conto *infra* § 2 del presente lavoro e al quale partitamente si rinvia per i dettagli.

Proprio la fonte esperenziale privilegiata utilizzata dalla Commissione europea, tuttavia, permette di qualificare gli obblighi comportamentali in commento quale strumento preventivo di regolazione e possibile repressione *in nuce* delle condotte di abuso di posizione dominante tipizzate a maglie larghe nell'art. 102 TFUE.

Ad ogni buon conto, non ci si sottrarrà comunque dal proporre qualche criterio fattuale che aiuti a distinguere, senza l'ambizione di catalogare, gli obblighi comportamentali imposti ai *gatekeeper*.

In primo luogo, si osserva sul piano sistematico che il sistema degli obblighi comportamentali appare modulare e scalabile, oltre a presentare taluni contenuti programmatici, nel senso che si specificherà di seguito.

Il sistema degli obblighi comportamentali è modulare per due ordini di ragioni.

In primis, si osserva che gli obblighi comportamentali elencati nell'art. 5 sono obblighi precisi e tassativi che si applicano a tutti i *gatekeeper*, indipendentemente dal tipo di *business model* adottato dalla piattaforma e dal suo settore di operatività⁶⁰, posto che il carattere trasversale delle piattaforme, che rende superata la nozione di comparto economico o merceologico del mercato, rappresenta certamente il più rilevante vantaggio competitivo nella *data driven economy*, ma non assurge ancora ad elemento essenziale della stessa, come dimostrato dall'esistenza di molti *market place* di settore (ad es. Zalando, Privalia, Manomano, ecc.). Gli obblighi comportamentali dell'art. 5 mi pare siano concepiti come una base comune di regole di condotta comunque applicabili ad ogni soggetto che venga designato come *gatekeeper*, come tale rientrante nel cono d'ombra del Reg.to DMA

Gli obblighi comportamentali elencati nell'art. 6, invece, pur restando di applicazione necessaria ed obbligatoria da parte dei *gatekeeper*, presentano un livello di complessità previsionale e di dettaglio tecnico più elevato rispetto a quelli elencati nell'art. 5, oltre ad essere accomunati dall'utilizzo di una tecnica lessicale e precettiva più incline all'uso di nozioni generali ed ampie che poi finiscono per assumere carattere strumentale rispetto al potere riconosciuto alla Commissione europea di dettare «ulteriori specifiche» misure ritenute necessarie affinché il *gatekeeper* sia considerato allineato a detti obblighi. In tale intervento di specificazione successiva da parte della Commissione europea mi pare di poter cogliere il carattere della scalabilità degli obblighi comportamentali, poiché gli stessi, definiti entro un numero chiuso nell'impianto normativo del Regolamento, saranno suscettibili di ulteriore dettaglio ma sempre entro il loro perimetro originario.

Il carattere programmatico degli obblighi comportamentali si riscontra invece nelle disposizioni dell'art. 7 che ha un contenuto più specifico essendo destinato ad elencare dettagliati obblighi ai *gatekeeper* per quanto riguarda l'interoperabilità dei servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero⁶¹, ossia i diffusissimi servizi di *e-mail*

⁶⁰ Detti obblighi sono definiti *selfenforcing* da Ferrari, Maggiolino (2021, p. 483 ss.)

⁶¹ Tali servizi sono definiti dall'art. 2, punto 7, della Direttiva UE dell'11 dicembre 2018, n. 1972 come "un servizio di comunicazione interpersonale che non si connette a risorse di numerazione assegnate pubblicamente — ossia uno o più numeri

e *chat*. La norma difatti impone ai *gatekeeper* di rendere interoperabile il proprio servizio con il servizio di comunicazione interpersonale indipendente dal numero prestato da un altro soggetto, mediante l'obbligo di fornire "su richiesta e a titolo gratuito, le necessarie interfacce tecniche o soluzioni analoghe che facilitano l'interoperabilità"; il carattere programmatico-temporale della norma è racchiuso nel par. 2 il quale scansiona nel tempo la vincolatività degli obblighi di interoperabilità, ossia nell'immediatezza, a due anni o a quattro anni dalla designazione del soggetto come *gatekeeper*, in ragione dell'oggetto dei servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero.

Concentrando l'attenzione sugli obblighi comportamentali elencati negli artt. 5 e 6, e sempre richiamando la premessa circa la relatività ed imprecisione di ogni catalogazione, gli stessi possono comunque essere raggruppati in due macrocategorie, la prima costituita dagli obblighi comportamentali direttamente ed esplicitamente calibrati sui dati, sulla loro raccolta, sulle loro modalità di utilizzo e di fruizione, la seconda costituita dagli obblighi comportamentali calibrati sulle condotte poste in essere dalla piattaforma sfruttando il vantaggio competitivo dei dati, capace di intercettare un novero più esteso di comportamenti anticompetitivi.

Alla prima categoria è riconducibile: l'obbligo di cui all'art. 5, par. 2 di non trattare, combinare, utilizzare in modo incrociato in altri servizi i dati personali degli utenti finali che utilizzano servizi di terzi che si avvalgono dei servizi di piattaforma di base del *gatekeeper*; l'obbligo di cui all'art. 5, par. 9 di fornire ad ogni inserzionista cui sono erogati servizi di pubblicità *online* su sua richiesta informazioni a titolo gratuito e su base giornaliera in relazione a ciascun annuncio riguardo al prezzo e le commissioni pagate dall'inserzionista, alla remunerazione percepita dall'editore ed ai parametri di calcolo di prezzi e remunerazioni; l'obbligo di cui all'art. 5, par. 10 di fornire ad ogni editore cui sono erogati servizi di pubblicità *online* gli stessi dati ed informazioni di cui al paragrafo precedente; l'obbligo di cui all'art. 6, par. 2 di non utilizzare in concorrenza con altri utenti commerciali dati non accessibili al pubblico generati dagli utenti commerciali in fase di utilizzo dei servizi di piattaforma di base (ove per dati non accessibili al pubblico si intendono tutti i dati aggregati e non aggregati generati dagli utenti commerciali che possono essere ricavati o raccolti attraverso le attività commerciali degli utenti commerciali o dei loro clienti, compresi i dati relativi a *click*, ricerche e visualizzazioni e i dati vocali): si tratta della tipica condotta tenuta da *Amazon* che gode della posizione di vantaggio derivante dai dati di traffico e di operatività registrati sulla piattaforma e generati dagli stessi utenti commerciali che non dispongono di tali dati; l'obbligo di cui all'art. 6, par. 8 di fornire ad inserzionisti ed editori su loro richiesta ed a titolo gratuito l'accesso agli strumenti di misurazione delle prestazioni e dei dati aggregati e non aggregati utili a consentire una valutazione indipendente dello spazio pubblicitario; l'obbligo di cui all'art. 6, par. 8 di fornire agli utenti finali o a terzi dai primi autorizzati l'effettiva portabilità dei dati dagli stessi forniti, anche mettendo a disposizione i relativi strumenti e l'accesso continuo ed in tempo reale a tali dati; l'obbligo di cui all'art. 6, par. 9 di garantire all'utente

che figurano in un piano di numerazione nazionale o internazionale — o che non consente la comunicazione con uno o più numeri che figurano in un piano di numerazione nazionale o internazionale”.

finale o ad altro soggetto autorizzato l'effettiva portabilità dei dati forniti dall'utente finale o generati mediante l'attività dell'utente finale; l'obbligo di cui all'art. 6, par. 10 di fornire agli utenti commerciali o a terzi dai primi autorizzati un accesso continuo, efficace, di elevata qualità ed in tempo reale ai dati aggregati e non aggregati; l'obbligo di cui all'art. 6, par. 11 di fornire alle imprese terze che forniscono motori di ricerca *online* l'accesso a condizioni eque e non discriminatorie ai dati relativi a posizionamento, ricerca, *click* e visualizzazione per quanto concerne le ricerche gratuite e a pagamento generate dagli utenti finali sui suoi motori di ricerca *online*.

Alla seconda categoria, che raccoglie gli obblighi comportamentali calibrati sulle condotte poste in essere dalla piattaforma sfruttando il vantaggio competitivo dei dati, sono riconducibili tutti gli altri restanti obblighi non precedentemente menzionati, i quali si connotano per il fatto di descrivere e contingentare le condotte poste in essere dal gestore della piattaforma che rappresentano il precipitato finale del vantaggio competitivo derivante dall'utilizzo delle inferenze logiche desunte dai dati. A titolo di esempio, si consideri la previsione contenuta nell'art. 6, par. 5 del Reg.to DMA⁶² che vieta la pratiche c.d. di *self preferencing* (obbligando il *gatekeeper* a non garantire un trattamento più favorevole, in termini di posizionamento e relativa indicizzazione e *crawling*, ai servizi e prodotti offerti dal *gatekeeper* stesso rispetto a servizi o prodotti analoghi di terzi) come quella attuata da Amazon nel caso *Amazon FBA* trattato dall'Agcm o come quella posta in essere da Google nel caso *Google Shopping (Search e AdSense)*; la previsione dell'art. 5, par. 7⁶³ e 8⁶⁴ che vieta le pratiche c.d. di *tying*, ossia di collegamento contrattuale in virtù delle quali il gestore del servizio di piattaforma base impone agli utenti di utilizzare un altro servizio (quali servizi di identificazione, servizi tecnici o funzionali o servizio di pagamento) offerti dallo stesso *gatekeeper* o pratiche tese a subordinare l'accesso ad un servizio di piattaforma di base alla sottoscrizione di un abbonamento ad un servizio offerto dallo stesso *gatekeeper*; e tanti altri obblighi comportamentali ancora⁶⁵.

⁶² "Il gatekeeper non garantisce un trattamento più favorevole, in termini di posizionamento e relativi indicizzazione e crawling, ai servizi e prodotti offerti dal gatekeeper stesso rispetto a servizi o prodotti analoghi di terzi. Il gatekeeper applica condizioni trasparenti, eque e non discriminatorie a tale posizionamento".

⁶³ "Il gatekeeper non impone agli utenti finali di utilizzare, o agli utenti commerciali di utilizzare, offrire o essere interoperabili con un servizio di identificazione, un motore di rendering dei browser web o un servizio di pagamento, o servizi tecnici funzionali alla fornitura dei servizi di pagamento, quali i sistemi di pagamento per gli acquisti in-app, di tale gatekeeper nel contesto dei servizi forniti dagli utenti commerciali che si avvalgono dei servizi di piattaforma di base di tale gatekeeper".

⁶⁴ "Il gatekeeper non impone agli utenti commerciali o agli utenti finali l'abbonamento o l'iscrizione a qualsiasi ulteriore servizio di piattaforma di base elencato nella decisione di designazione a norma dell'articolo 3, paragrafo 9, o che raggiunge le soglie di cui all'articolo 3, paragrafo 2, lettera b), quale condizione per poter utilizzare, accedere, registrarsi o iscriversi a uno dei servizi di piattaforma di base del gatekeeper inserito nell'elenco a norma del medesimo articolo".

⁶⁵ Una elencazione senza pretese di esaustività potrebbe essere la seguente:

- a) utilizzo, senza consenso del titolare, di dati personali (in quanto contemplato dall'art. 5, par. 2, Reg.to DMA);
- b) divieto agli utenti commerciali di utilizzare canali alternativi o propri servizi di vendita on line (art. 5, parr. 3 e 4, Reg.to DMA);
- c) divieto agli utenti finali ad accedere a determinati contenuti mediante software alternativi a quelli forniti dal *gatekeeper* (art. 5, par. 5, Reg.to DMA);
- d) divieto imposto agli utenti di esercitare rimedi giudiziari o amministrativi (art. 5, par. 6, Reg.to DMA);
- e) imposizione di una serie di prestazioni supplementari, cioè *tying contracts* (art. 5, parr. 7 e 8, Reg.to DMA);
- f) rifiuto di fornire informazioni su servizi pubblicitari *on line* (art. 5, parr. 9 e 10, Reg.to DMA);
- g) utilizzo, in concorrenza con gli utenti commerciali, di dati generati da questi ultimi (art. 6, par. 2, Reg.to DMA);
- h) impedimento alla disinstallazione di applicazioni software presenti nel sistema operativo del *gatekeeper* (art. 6, par. 3, Reg.to DMA);
- i) impedimento all'installazione ed uso di software alternativi (art. 6, par. 4, Reg.to DMA);

Gli obblighi comportamentali, invero, possono essere raggruppati anche in base all'oggetto delle loro prescrizioni; così è possibile segnalare le seguenti macrocategorie:

a) obblighi relativi alle politiche dei prezzi: i *gatekeeper* devono consentire agli utenti commerciali di offrire gli stessi prodotti o servizi agli utenti finali attraverso servizi di intermediazione *online* di terzi a prezzi o condizioni diverse da quelle offerte attraverso i servizi di intermediazione *online* del *gatekeeper* (art. 5, par. 3); i *gatekeeper* hanno l'obbligo di fornire ad inserzionisti ed editori cui la piattaforma eroga servizi pubblicitari, su loro richiesta, informazioni relative al prezzo pagato dall'inserzionista o dall'editore, ed all'importo o alla remunerazione versati all'editore, per la pubblicazione di una determinata inserzione e per ciascuno dei pertinenti servizi pubblicitari forniti dal *gatekeeper* (art. 5, par. 9 e 10).

b) divieto di porre in essere strategie di *tying* (pratiche leganti): obbligo del *gatekeeper* di consentire agli utenti commerciali di promuovere offerte agli utenti finali acquisiti attraverso il servizio di piattaforma di base e di stipulare contratti con tali utenti finali, a prescindere dal fatto che a tale fine essi si avvalgano o meno dei servizi di piattaforma di base del *gatekeeper* (art. 5, par. 4); obbligo dei *gatekeeper* di consentire agli utenti finali di accedere a contenuti, abbonamenti, componenti o altri elementi e di utilizzarli attraverso i servizi di piattaforma di base avvalendosi dell'applicazione *software* di un utente commerciale tramite la quale sono stati acquistati (art. 5, par. 5); obbligo di astenersi dall'imporre agli utenti commerciali o agli utenti finali l'abbonamento o l'iscrizione a qualsiasi altro servizio di piattaforma di base quale condizione per accedere, registrarsi o iscriversi a uno dei suoi servizi (art. 5, par. 8); obbligo di garantire la compatibilità tecnologica mediante l'obbligo di astenersi dal limitare a livello tecnico la possibilità per gli utenti finali di passare e di abbonarsi a servizi e applicazioni *software* diversi (art. 6, par. 6); obbligo di consentire agli utenti commerciali (e ai fornitori di servizi ausiliari) l'accesso allo stesso sistema operativo e alle stesse componenti *hardware* o *software* disponibili o utilizzati nella fornitura di servizi ausiliari da parte del *gatekeeper* nonché l'interoperabilità con gli stessi (art. 6, par. 7).

c) obbligo di garantire la tutela amministrativa e/giudiziaria degli utenti, ossia obbligo di non impedire o ostacolare il diritto degli utenti ad avviare un'azione nei confronti dei *gatekeeper* davanti a qualsiasi autorità pubblica o giurisdizionale competente sulle pratiche degli stessi (art. 5, par. 6).

l) trattamento più favorevole ai propri prodotti rispetto a quelli di operatori terzi [c.d. *self preferencing*] (art. 6, par. 5, Reg.to DMA);

m) impedimento agli utenti finali di abbonarsi a servizi e applicazioni *software* diversi (art. 6, par. 6, Reg.to DMA);

n) rifiuto di fornire effettiva interoperabilità ai fornitori di servizi e di *hardware* (art. 6, par. 7, Reg.to DMA);

o) impedimento all'uso di strumenti di verifica indipendente dell'offerta di spazi pubblicitari (art. 6, par. 8, Reg.to DMA);

p) rifiuto di portabilità dei dati forniti dall'utente finale (art. 6, par. 9, Reg.to DMA);

q) rifiuto di fornire gratuitamente agli utenti commerciali l'accesso ai dati da loro generati (art. 6, par. 10, Reg.to DMA);

r) rifiuto di fornire alle imprese che forniscono motori di ricerca on line l'accesso, a condizioni eque e non discriminatorie, ai dati generati da utenti finali (art. 6, par. 11, Reg.to DMA);

s) rifiuto di fornire accesso ai propri servizi, a condizioni eque e non discriminatorie, ad utenti commerciali (art. 6, par. 12, Reg.to DMA);

t) adozione di condizioni generali di contratto sproporzionate per la risoluzione dei rapporti di fornitura dei servizi di piattaforma di base (art. 6, par. 13, Reg.to DMA).

d) dovere di astenersi dall'imporre agli utenti commerciali che si avvalgono dei servizi di piattaforma di base del *gatekeeper* l'utilizzo o l'offerta di un servizio di identificazione del *gatekeeper*, o l'interoperabilità con lo stesso (art. 5, par. 7).

e) obbligo di consentire agli utenti finali di disinstallare qualsiasi applicazione *software* preinstallata (che non sia essenziale per il funzionamento stesso del sistema operativo o del dispositivo) sul proprio servizio di piattaforma di base (art. 6, par. 3); obbligo del *gatekeeper* di consentire l'installazione e l'uso effettivo di applicazioni *software* o di negozi di applicazioni *software* di terzi, avendo la piattaforma unicamente la facoltà di adottare misure proporzionate per garantire che le applicazioni *software* o i negozi di applicazioni *software* di terzi non presentino rischi ai fini dell'integrità dell'*hardware* o del sistema operativo fornito dal *gatekeeper* (art. 6, par. 4); evidente è l'influenza dell'esperienza del caso *Google Android*.

f) divieto di *self preferencing*, ossia obbligo del *gatekeeper* di astenersi dal riservare un posizionamento più favorevole ai servizi e prodotti offerti dal *gatekeeper* stesso ovvero da terzi che appartengono alla stessa impresa rispetto a servizi o prodotti analoghi di terzi (art. 6, par. 5); evidente è l'influenza dell'esperienza del *Google Shopping*.

Nel complesso, tutti gli obblighi comportamentali richiamati sembrano di fatto avere introdotto un approccio al rischio nella regolamentazione delle condotte anticompetitive di possibile abuso di posizione dominante, nel senso che gli obblighi comportamentali, poiché finiscono per influire sulla struttura organizzativa del *gatekeeper* e sulla sua conformazione rispetto al modello di *business* adottato, hanno la funzione tendenziale di immunizzare, o quantomeno, contenere il rischio che le piattaforme estendano il proprio potere di mercato in modo trasversale fra i mercati mediante strategie di *bundling* commerciale e tecnologico⁶⁶.

A ciò va aggiunta la notazione per cui gli obblighi comportamentali *ex ante* sono imposti a *gatekeeper* solo per il fatto che gli stessi rispettino i requisiti dimensionali previsti dall'art. 3 del Reg.to *DMA*, a prescindere tanto dalla valutazione degli eventuali effetti anticompetitivi derivanti dalle condotte di dominanza del mercato dei servizi digitali, ed anche nell'ipotesi non solo teorica in cui l'attività dei *gatekeeper* assuma funzione procompetitiva, quanto dal modello di *business* adottato dalla piattaforma che non considera la possibile appropriatezza degli obblighi nei confronti di un servizio di *market place*, ma non di un altro⁶⁷.

Anche questo aspetto della dinamica applicativa delle nuove norme con funzione anticoncorrenziale (o di rafforzamento del mercato) costituisce a tutti gli effetti un carattere di frontiera dell'evoluzione della disciplina *antitrust* applicabile ai mercati digitali e lascia trasparire la chiara intenzione del legislatore eurounitario di regolazione imperativa delle grandi imprese c.d. GAFAM rispetto alle quali, nella sostanza, il Reg.to *DMA* reca una presunzione assoluta di rischio per il mercato e per i suoi utenti, commerciali e finali, derivante dalla posizione di potere di mercato declinata tanto come potere economico tramite il requisito dell'impatto significativo sul mercato (ancorato a parametri quantitativo-economici di fatturato o di valore economico di mercato, art. 2, par. 2, lett. a), Reg.to *DMA*)

⁶⁶ Cfr. Ibanèz Colomo (2021).

⁶⁷ Cfr. Gerardin (2021, p. 332).

quanto come potere «sociale» tramite il requisito tecnologico dell'essere *gateway* (punto di accesso) del servizio della piattaforma di base (ancorato al parametro numerico del numero di utenti finali e commerciali attivi, messi in comunicazione dalla piattaforma, art. 2, par. 2, lett. b), Reg.to *DMA*).

Spunti ricostruttivi per un futuro prossimo

Le peculiarità strutturali ed operative che connotano la *data driven economy* con un elevato dinamismo evolutivo hanno consacrato la statica inadeguatezza dello strumentario *antitrust*, elaborato e sviluppato sui tempi «sincopati» dell'economia industriale e post-industriale⁶⁸ e concentrato solo a misurare gli effetti anticompetitivi già conclamati da sanzionare e rimuovere dal mercato, ed hanno posto la necessità dell'elaborazione di una legislazione *antitrust* «preventiva e predittiva», non imbrigliata in rigide schematizzazioni di condotte abusive, ma piuttosto calibrata sull'enunciazione di principi e regole comportamentali volutamente a maglie larghe, di contenuto programmatico e per ciò stesso adattabili ai mutevoli progressi dell'evoluzione tecnologica che anima i mercati digitali.

Il mutamento ideologico, sociale e culturale imposto dai mercati e dalle tecnologie digitali ha finito così per contagiare, come non poteva essere altrimenti, anche la dimensione giuridica e regolatoria, ancora affezionata a schemi, categorie e fattispecie rigidi che costituiscono una lente di ingrandimento ormai sfocata quando indirizzata a guardare la realtà circostante dei mercati digitali.

La risposta del legislatore europeo alle nuove sfide tecnologiche, il cui precipitato normativo riguardo ai mercati digitali è costituito dal Reg.to *DMA* in commento, si connota per l'introduzione di un approccio normativo nuovo alle tematiche *antitrust* sui mercati digitali orientato verso la «responsabilizzazione» dei gestori delle piattaforme digitali, ai quali viene imposto un complesso ecosistema di obblighi di condotta *ex ante*, differenti e specifici per ogni singola articolazione del servizio offerto, aventi tuttavia come fattore comune lo stesso «approccio al rischio» che fa leva sull'effetto deterrenza associato ad ogni eventuale pericolo.

L'approccio al rischio così concepito può assumere capacità conformative della struttura organizzativa ed amministrativa dei gestori delle piattaforme digitali e porre così le fondamenta per l'edificazione di una nuova *governance* procompetitiva delle piattaforme e dei mercati digitali.

La frontiera, più che prossima direi attuale, del mutamento culturale e sociale originato dai mercati digitali è costituita dall'Intelligenza artificiale e dalle sue molteplici applicazioni tendenzialmente «sucedanee» al libero arbitrio umano; quello segnalato è un altro fronte sul quale si addensano nubi grigie che il legislatore europeo cerca faticosamente di diradare⁶⁹.

⁶⁸ Appare utile rammentare che lo *Sherman Act* statunitense è datato 1890 e come noto rappresenta la prima espressione formalizzata di legislazione antitrust che ha rappresentato modello di ispirazione per tutte le legislazioni antitrust dell'economia moderna sebbene originariamente fosse una norma di diritto penale. Cfr. sul punto Ghezzi, Olivieri, (2019, p. 181 ss.).

⁶⁹ Cfr. Commissione Europea, *Libro bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, COM(2020) 65 final, Bruxelles, 19 febbraio 2020, cit.; Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi

Bibliografia

- ALIMONTI, R.; ARDUINI, F. 2021. Il mercato rilevante nell'era digitale. In: A. CATRICALÀ; C.E. CAZZATO; F. FIMMANÒ. *Diritto antitrust*. Milano, Giuffrè.
- BACHELET, V. 2021. Abusi "contrattuali" fra imprese: per una rilettura dell'art. 9 della legge sulla subfornitura industriale. *Riv. dir. comm.*, **60**(4):548-541.
- _____. 2023. Il rafforzamento del contrasto agli abusi di posizione "non dominante" delle piattaforme digitali. *NLCC*, **32**(1):35-57.
- BARIATTI, S.; SODANO, A. 2012. Gli abusi di posizione dominante. In: F. Galgano, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Vol. 64. Padova, Cedam.
- BERTANI, M. 2004. *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*. Milano, Giuffrè.
- _____. 2017. Big data, proprietà intellettuale, e mercati finanziari. *AIDA*, **40**(1):524-589.
- BRADFORD, A. 2020. *The Brussel Effect. How the European Union Rules the World*. Oxford University Press, Oxford.
- CAPPALÀ, M.; COLANGELO, G. 2023. Applying ne bis in idem in the aftermath of post and Nordzucker: the case of EU competition policy in digital markets. *Common Market Law Review*, **60**(2):425-437.
- CIAN, M.; SANDEI, C. (a cura di). 2020. *Diritto del FinTech*. Padova, CEDAM.
- COLANGELO, G. 2016. Big data, piattaforme digitali e antitrust. *Merc. conc. reg.*, **17**(2):414-433.
- _____. 2022. The European Digital Markets Act and antitrust enforcement: a liaison dangereuse. *European Law Review*, **47**(3):587-601.
- _____. 2022. Antitrust Unchained: The EU's Case Against Self-Preferencing. *ICL Working Paper 2022*-No. 2022-09-22, in <https://ssrn.com/abstract=4227839>.
- _____. 2023a. Regolazione dei mercati digitali e neutralità dei gatekeepers: il tramonto dell'antitrust? Il caso della dottrina dell'essential facility e della dipendenza economica. *AIDA*, **41**(1):3-14.
- _____. 2023b. DMA, Begins. *Journal of Antitrust Enforcement*, **45**(11):110-121.
- EZRACHI, A. 2018. EU Competition Law Goals and the Digital Economy. *Oxford Legal Studies Research Paper No. 17/2018*, **50**(17), in <https://ssrn.com/abstract=3191766>
- FABBIO, P. 2006. *L'abuso di dipendenza economica*. Milano, Giuffrè.
- FALCE, V. 2021. Rapporti asimmetrici tra imprese e soluzioni pro-concorrenziali. *Riv. dir. ind.*, **50**(1):175-199.
- FAUCEGLIA, D. 2021. Il caso Amazon, i fenomeni negoziali e l'abuso di posizione dominante. Prime riflessioni in tema di selfpreferencing. *European Journal of Privacy Law & Technology*, **9**(2):108-120.
- FERRARI, G.; MAGGIOLINO, M. 2021. Il potere across markets delle GAFAM: come reagire? *ODC*, **7**(4):463-488.
- FINOCCHIARO, G.; FALCE, V. (diretto da). 2019. *FinTech: diritti, concorrenza e regole. Le operazioni di finanziamento tecnologico*. Bologna, Zanichelli.

dell'Unione (COM2021/0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)), nel testo approvato dal Parlamento europeo in data 14.06.2023 in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_IT.pdf, cit.

- GERARDIN, D. 2021. Should all digital gatekeepers be subject to the same obligations under the DMA proposal? *The Platform Law Blog*, **12**(2):325-354.
- GHEZZI, F.; MAGGIOLINO, M. 2022. Considerazioni intorno al provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza nel caso FBA Amazon: nulla di nuovo sotto il sole? *Riv. regol. merc.*, **9**(1):478-515.
- GHEZZI, F.; OLIVIERI, G. 2019. *Diritto antitrust*. Torino, Giappichelli.
- IBANÈZ COLOMO, P. 2021. The Draft Digital Markets Act: a legal and institutional analysis'. *Journal of European Competition Law & Practice*, **18**(3):561-575, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3790276
- KOLAKINSKI, J. 2022. Self-preferencing in European Union Competition Law after the Google Shopping judgement. *Eur. Comp. Law. Rev.*, **32** (3):421-448.
- LIBERTINI, M. 2014. *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*. Milano, Giuffrè.
- _____. 2021. Digital markets and competition policy. Some remarks on the suitability of the antitrust toolkit. *ODC*, **7**(4):337-358.
- _____. 2022. Il Regolamento europeo sui mercati digitali e le norme generali in materia di concorrenza. *Riv. trim. dir. pubbl.*, **38**(6):1045-1082.
- _____. 2023. La presunzione di dipendenza economica nei mercati digitali. Un commento all'art. 33 della l. 5 agosto 2022, n. 118. *ODC*, **8**(1):9-38.
- LICASTRO, A. 2021. Il selfpreferencing come illecito antitrust? *Dir. econ.*, **18**(3):392-421.
- MAGGIOLINO, M. 2018. *I Big Data e il diritto antitrust*. Milano, EGEA.
- MAUGERI, M.R. 2021. Le modifiche alla disciplina dell'abuso di dipendenza economica. *NLCC*, **35**(5):1045-1069
- MERUZZI, G. 2021. Il c.d. «collegato mercati» e le innovazioni normative in materia di abuso di dipendenza economica e società artigiane. *Studium iuris*, **24**(6):1395-1417.
- MINERVINI, V. 2022, L'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale nelle prime decisioni dell'AGCM. Fattispecie, rapporto con il private enforcement e prospettive applicative. *Riv. reg. merc.*, **11**(2):516-567.
- MONTEROSSO, W.M. 2021. La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali. *Contr. impr.*, **40**(5):901-937.
- MUSCOLO, G. 2018, Big data e concorrenza. Quale rapporto? In: Ghidini, G.; Olivieri, G.; Falce, V. (a cura di), *Informazione e big data tra innovazione e concorrenza*. Milano, Giuffrè.
- NACHBAR, T. 2021. Platform Effects. *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2021-10*, **47**(10), in <https://ssrn.com/abstract=3775205>.
- OECD. 2019. *An Introduction to online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*. Paris, OECD Publishing.
- OLIVIERI, G. 2021. Sulle "relazioni pericolose" fra antitrust e privacy nei mercati digitali. *ODC*, **6**(4):359-374
- OSTI, C. 1999. L'abuso di dipendenza economica. *Merc. conc. reg.*, **30**(1):1-34.
- PARACAMPO, M. T. 2021, (a cura di). *FINTECH. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*. Torino, Giappichelli.
- PETIT, N. 2020a. *Big tech and the digital economy: the moligopoly scenario*. Oxford, Oxford University Press.
- _____. 2020b. *Tech Giants, Competition And Innovation: The Seen And The Unseen*. Oxford, Oxford University Press.

- PETROCELLI, F. 2022a. Il caso Amazon FBA tra pratica legante e selfpreferencig (vorrei ma non posso?). *Merc. conc. e reg.*, **38**(2):341-367.
- _____. 2022b. Il fascino discreto delle res novae: alcune riflessioni intorno al caso FBA Amazon e al selfpreferencing. *Foro it.*, **70**(4):458-469.
- PITRUZZELLA, G. 2016. Big Data, Competition and Privacy: A Look from the Antitrust Perspective. *Conc. e merc.*, **15**(2):12-37.
- PODSZUN, R. 2018. The pitfalls of market definition: towards an open and evolutionary concept. In: F. Di Porto; R. Podszun, *Abusive Practices in Competition Law*. Elgar, Cheltenham.
- SCALZINI, S. 2022. Abuso di dipendenza economica, mercati digitali e libertà d'impresa. *ODC*, **7**(1):113-152.
- SULLIVAN, S.P. 2021. *Modular Market Definition*. 55 UC Davis L. Rev. 1091, in *U Iowa Legal Studies Research Paper No. 2021-15*, **15**(1), <https://ssrn.com/abstract=3738364>.
- YOO, C.S. 2021. Network Effects in Action. *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy*, 5. *U of Penn, Inst. for Law & Econ. Research Paper*, **21**(1), in <https://ssrn.com/abstract=3733669>.
- YUN, J. M. 2020. Overview of Network Effects & Platforms in Digital Markets. *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy*, **15**(2), in <https://ssrn.com/abstract=3733656>.

Submetido: 06/01/2024

Aceito: 01/08/2024