



Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di *Digital Market Act*

Pietro Manzini*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. I caratteri specifici delle grandi piattaforme digitali e rischi per la concorrenza. - 3. Il gatekeeper e i suoi obblighi. - 4. Gli obblighi *self-executing* previsti dall'art. 5 del DMA. - 5. Gli obblighi previsti dall'art. 6: i divieti di discriminazione. - 6. (*segue*) Altri obblighi previsti dall'art. 6: divieto di vendite aggregate, portabilità dei dati, e accesso equo ai dati. - 7. Conclusioni.

1. Non da oggi l'Unione europea sta cercando di garantire la concorrenzialità dei mercati digitali ormai dominati dai cc.dd. GAFAM (Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft). Sino ad ora lo ha fatto ricorrendo alla tradizionale strumentazione rappresentata dagli artt. 101 e 102 del TFUE. Per limitarsi solo alle iniziative del 2020, si può ricordare che la Commissione il 16 giugno ha aperto un'istruttoria contro Apple relativamente ai termini di utilizzo di alcune sue app¹; il 10 novembre dello stesso anno ha inviato una comunicazione di addebiti ad Amazon in relazione alle condotte

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Bologna *Alma Mater Studiorum*.

¹ Antitrust: Commission opens investigations into Apple's App Store rules (Press release)

commerciali tenute nella sua duplice veste di *marketplace* e di distributore²; il 17 dicembre ha autorizzato, ma solo a importanti condizioni, l'acquisizione di Fitbit da parte di Google³, nei confronti della quale peraltro aveva già adottato tra il 2017 e il 2019, tre decisioni sanzionatorie che le infliggevano ammende per un valore complessivo pari a 8,25 miliardi di euro⁴.

Tuttavia, l'utilizzo degli articoli 101 e 102 rischia di portare a risultati non soddisfacenti per almeno due ragioni. Anzitutto, alla luce di alcune caratteristiche peculiari dei mercati digitali, il diritto antitrust classico richiede qualche aggiustamento concettuale. Per fare l'esempio più evidente, si pensi alla circostanza che spesso i servizi digitali sono offerti agli utenti finali senza corrispettivo monetario, bensì in cambio – di solito non consapevole – di dati e informazioni: scompare in tal caso il parametro secolare utilizzato per determinare il punto di equilibrio tra offerta e domanda. In secondo luogo, il diritto antitrust, incentrato su divieti sintetici e generali e un eventuale provvedimento sanzionatorio *ex post*, evidenzia una lenta ed incerta capacità di intervento, rispetto alla sistematicità ed ampiezza delle pratiche commerciali dei GAFAM, nonché alla velocità con la quale esse evolvono e si trasformano: non si tratta, qui, di Achille che non riesce a raggiungere la tartaruga, ma proprio di una tartaruga che fa a gara con Achille.

Per cercare di colmare queste (e altre) lacune, l'Unione europea ha avviato formalmente una procedura legislativa diretta all'adozione di norme specificamente applicabili alle più grandi piattaforme digitali⁵. A tal fine la

² Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices (Press release).

³ Mergers: Commission clears acquisition of Fitbit by Google, subject to conditions (Press release).

⁴ 27 June 2017, Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service (Press release) (la decisione è oggetto di impugnativa di fronte al Tribunale in causa n. T-612/17; 18 July 2018, Antitrust: Commission fines Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine (Press release); 20 March 2019, Antitrust: Commission fines Google €1.49 billion for abusive practices in online advertising (Press release). Inoltre, nel 2020, all'azione dell'Unione si è affiancata quella di taluni Stati membri, in primis, Germania e Italia. Il 23 giugno la Corte suprema tedesca (Bundesgerichtshof) ha sostanzialmente avallato la tesi del Bundeskartellamt secondo la quale i termini di utilizzo dei dati degli utenti da parte di Facebook costituiva un abuso di posizione dominante. Il 20 ottobre l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato italiana ha avviato un'istruttoria nei confronti di Google per condotte abusive di tipo escludente.

⁵ La letteratura relativa all'applicazione delle norme antitrust alle piattaforme digitali è ormai molto ampia. Ci si limiterà pertanto a riportare i contributi ai quali si è fatto più utilmente riferimento: P. AKMAN, *Competition Law Assessment of Platform Most-Favored-Customer Clauses*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2016, p. 781 ss.; A. EZRACHI, M. STUKE, *Virtual competition*, Cambridge Mass. & London Eng., 2016; M. E. STUKE, A. P. GRUNES, *Big Data and Competition Policy*, Oxford, 2016; A. CANEPA, *I mercati dell'era digitale – Un contributo allo studio delle piattaforme*, Torino, 2020; G. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Big*

Commissione, il 15 dicembre 2020, ha presentato una proposta di regolamento relativo ai mercati equi e contendibili nel settore digitale, già nota con l'acronimo di DMA (Digital Market Act)⁶. Sul piano soggettivo, la disciplina del DMA è diretta nei confronti dei grandi fornitori di servizi di piattaforma denominati *gatekeepers*, ossia “controllori dell'accesso” ai mercati nel settore digitale (art. 3). Esso poi contempla due disposizioni (gli artt. 5 e 6) nelle quali è individuata una ampia serie di obblighi diretti a scongiurare pratiche “sleali o che limitano la contendibilità del mercato”. Tali obblighi possono peraltro essere sospesi (art. 8), oggetto di esenzione per motivi di interesse pubblico (art. 9), ovvero aggiornati (art. 10). Infine, dal punto di vista procedurale e sanzionatorio, il DMA riflette gli schemi del regolamento n. 1/2003 concernente l'applicazione degli artt. 101 e 102. Come tale regolamento, esso contempla infatti ampi poteri di indagine e di accettazione di impegni della Commissione (artt. 18-25) e di comminazione di ammende il cui ammontare può raggiungere il 10% del fatturato totale del *gatekeeper* (art. 26).

Gli elementi più innovativi del DMA sono due: l'introduzione della figura giuridica del *gatekeeper* e l'elaborazione di specifici obblighi concorrenziali

data, data protection and antitrust in the wake of the bunderskartellamt case against Facebook, in *Italian Antitrust Review*, 2017, p. 104 ss.; M. R. PATTERSON, *Antitrust law in the new economy*, Cambridge Mass. & London Eng., 2017; L. KHAN *Amazon's Antitrust Paradox*, in *The Yale Law Journal*, vol. 126, 2017, p. 710 ss.; B. KLEIN, *The Apple e-books case: When is a Vertical Contract a Hub in a Hub-and-Spoke Conspiracy?*, *Journal of Competition Law & Economics*, 2017, p. 423 ss.; P. MANZINI, *Prime riflessioni sulla decisione Google Android*, in rivista.eurojus.it, 2018.; P. MANZINI, *Le restrizioni verticali della concorrenza al tempo di internet*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2018, p. 289 ss.; M. KATZ, J. SALLET, *Multisided Platforms and Antitrust Enforcement*, 2018, in *The Yale Law Journal*, vol. 127, p. 2142 ss.; L. KHAN, *The Separation Of Platforms and Commerce*, in *Columbia Law Review*, 2019, vol. 119, p. 973 ss.; N. PETIT, *Are 'Fangs' Monopolies? A Theory Of Competition Under Uncertainty*, 2019, Working paper; M. INGLESE, *Regulating the Collaborative Economy in the European Union Digital Single Market*, 2019; W. P. J. WILS, *The obligation for the competition authorities of the EU Member States to apply EU antitrust law and the Facebook decision of the Bundeskartellamt*, in *Concurrences*, n. 3, 2019. P. IBÁÑEZ COLOMO, *Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles*, *World Competition*, 2020, p. 417 ss.; D.A. CRANE, *Ecosystem Competition*, OECD Note, 2020, [one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)67/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)67/en/pdf); A. DE STREEL, *Should digital antitrust be ordoliberal?*, in *Concurrences*, n. 1, 2020; A. FLETCHER, *Digital competition policy: Are ecosystems different?*, 2020, OECD Note, [one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)96/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)96/en/pdf); M. BALL, *Apple, Its Control Over the iPhone, The Internet, And The Metaverse*, 2021, matthewball.vc/all/applemetaverse.

⁶ Commissione europea, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), 15.12.2020 COM(2020) 842 final. La proposta è accompagnata da una seconda proposta di regolamento on the Single market for digital services, definita ‘Digital Services Act’ (DSA). Su tale proposta si veda G. CAGGIANO, *La proposta di Digital Service Act per la regolazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto dell'Unione europea*, in I post di Aisdue, III (2021), aisdue.eu. A ciò si deve aggiungere che nel 2020 è entrato in vigore il regolamento n. 2019/1150 (in GUUE, L 186, 11.7.2019, p. 57–79), diretto a promuovere equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione.

in capo ai soggetti che rientrano nella stessa. Mentre la finalità e il contenuto della nozione di gatekeeper sono relativamente chiari, non altrettanto può dirsi degli obblighi imposto a tale figura. Infatti, gli artt. 5 e 6 contengono complessivamente ben diciotto tipi di prescrizioni estremamente eterogenee e tra loro dissimili, per cui il senso del DMA in termini di garanzia della concorrenzialità dei mercati digitali ne risulta offuscato. L'obiettivo di questo contributo è quello di cercare di dipanare la matassa di questi obblighi e di ricondurli, nei limiti del possibile, alle categorie generali del diritto antitrust. Ciò dovrebbe consentire una valutazione della portata della proposta normativa della Commissione, comprese la sua effettiva innovatività e la sua necessità. Il contributo è organizzato come segue: nel par. 2 sono analizzati i caratteri specifici delle piattaforme digitali e i rischi che queste presentano per la dinamica concorrenziale del mercato. Nel par. 3 viene esaminata la nuova nozione di *gatekeeper* che, nello specifico dei mercati digitali, si affianca e per certi versi si sovrappone a quella di impresa in posizione dominante. Nei par. 4 sono analizzati e classificati gli obblighi *self-executing* contemplati dall'art. 5 del DMA. Mentre gli obblighi suscettibili di ulteriori specificazioni previsti nell'art. 6 sono oggetto di analisi e di possibile catalogazione nei parr. 5 e 6. Infine, il par. 7 si presentano le conclusioni del lavoro.

2. Le grandi piattaforme digitali, categoria a cui i GAFAM appartengono, sono connotate da tre caratteri specifici⁷.

In primo luogo, dal punto di vista della struttura imprenditoriale, esse sono contraddistinte da costi fissi molto significativi - si pensi ad esempio ai costi dei motori di ricerca o di sviluppo di un sistema operativo o quelli connessi alla attività di R&S informatico - e da costi marginali e variabili invece prossimi allo zero, in quanto l'incremento di offerta di un particolare servizio non comporta effettivi aumenti di costi di produzione: ad esempio le *app*, una volta ideate, possono essere replicate e scaricate all'infinito praticamente senza costi. Inoltre, le grandi piattaforme digitali spesso beneficiano di economie di scala e di economie di scopo. Queste ultime, in particolare, sono importanti, poiché con la medesima strumentazione informatica e produttiva le piattaforme sono in grado di operare in molti mercati diversi: produrre un

⁷ In tema le analisi sono ormai numerose. Si vedano indicativamente: J. CRÉMER, Y.-A. de MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, Final Report, Luxembourg - Publications Office of the European Union, 2019; AGCM, AGCOM, Garante protezione dati personali, Indagine conoscitiva sui Big Data, Roma 2019; J. FURMAN e a., *Unlocking Digital Competition - Report of the Digital Competition Expert Panel*, London, 2019; F. FUKUYAMA, B. RICHMAN, A. GOEL, R. R. KATZ, A. DOUGLAS MELAMED, M. SCHAAKE, *Report of The Working Group On Platform Scale* - Stanford University - 2020.

servizio di ricerca per acquisti non ha significativi costi aggiuntivi rispetto a quelli comportati dal servizio di ricerca di tipo generale.

In secondo luogo, i servizi prestati attraverso le piattaforme digitali sono caratterizzati da un rilevantissimo effetto di rete (*network effect*), vale a dire che il numero di utenti che utilizza un servizio favorisce, di per sé, l'incremento degli stessi: ad esempio, se Amazon rappresenta il *marketplace* con il più grande numero di imprese venditrici, questa sola circostanza implica che un sempre maggior numero di consumatori sarà indotto ad utilizzare Amazon per i suoi acquisti *on-line*; questo a sua volta spingerà altre imprese ad aggiungersi al *marketplace* di Amazon con il risultato di attirare su di esso un ancor più alto numero di potenziali acquirenti, e così via. Tale *network effect* è dovuto al fatto che, normalmente, le piattaforme digitali operano su un mercato caratterizzato da due o più versanti (*multi-sided market*), ossia da almeno due diverse categorie di utenti le quali sono, al tempo stesso, i fruitori di un servizio offerto in un versante e, per così dire, il "prodotto" venduto agli utenti dell'altro versante. Nell'esempio precedente, su un versante del *marketplace*, i consumatori possono effettuare le loro ricerche di acquisto *on-line*, e sull'altro versante queste ricerche sono "vendute" alle imprese che le utilizzano per offrire i loro prodotti ai consumatori in maniera mirata. Correlativamente le imprese, da un lato, sono presenti nel *marketplace* perché in tal modo possono intercettare un numero molto alto di potenziali acquirenti e, dall'altro, è proprio la loro presenza che attira questi ultimi. Vale peraltro la pena sottolineare che il *network effect* non si produce necessariamente a causa dell'interazione tra due o più versanti del mercato, né richiede necessariamente che tutte le categorie di utenti operino sulla piattaforma con un intento commerciale. Ad esempio, gli utenti di Facebook utilizzano la piattaforma principalmente per mantenere e sviluppare i loro contatti sociali ed è il numero di connessioni sul versante *social* che crea l'effetto rete; tuttavia, quest'ultimo si riverbera anche sul versante *business* della piattaforma: maggiori sono le informazioni ottenute dal primo, più alto sarà l'interesse degli utenti commerciali ad essere presenti nel secondo.

Infine, la terza specifica caratteristica delle piattaforme digitali è rappresentata dal ruolo cruciale dei dati, che costituiscono gli *assets* fondamentali di tali imprese, in quanto sono il "nutrimento" quantitativo e qualitativo dei loro software di funzionamento. Tanto più alto è il numero e la varietà dei dati, quanto più rapidamente e precisamente gli algoritmi elaborano e producono i servizi per gli utenti. Per tornare agli esempi sopra presentati, è dalle ricerche effettuate *on-line* dagli utenti di un versante del *marketplace*, che Amazon è in grado di ottenere i dati che vende alle imprese sull'altro versante. Ed è dalle informazioni che gli utenti convogliano sul versante *social*

di Facebook che quest'ultima è in grado di individuare i possibili acquirenti a beneficio del versante *business*⁸.

Le suddette caratteristiche salienti delle piattaforme digitali sono suscettibili di rendere le loro attività particolarmente sensibili dal punto di vista antitrust. In senso concorrenziale, le grandi piattaforme digitali appaiono spesso in grado di espandere rapidamente le loro attività su diversi mercati, offrendo servizi e beni in maniera efficiente ed innovativa. In senso anticoncorrenziale, tuttavia, una volta assestatesi quali *incumbent*, tali piattaforme digitali, da un lato, possono imporre condizioni di utilizzo onerose o discriminatorie ai loro utenti finali e/o commerciali per i quali esse rappresentano imprescindibili "portali" (*gateways*) di intermediazione tra diversi versanti del mercato, e dall'altro, beneficiano di importanti barriere protettive che rendono la loro posizione difficilmente contendibile anche da parte di imprese altrettanto o maggiormente efficienti.

La particolare forza competitiva delle piattaforme digitali deriva principalmente dalle economie di scopo. Come ricordato, queste consentono di produrre beni o servizi diversi con l'utilizzo dei medesimi fattori produttivi (nello specifico, anzitutto i dati e la strumentazione algoritmica per la loro elaborazione), con conseguenti notevolissimi risparmi di costi rispetto a concorrenti non altrettanto digitalizzati. Il caso di Amazon è, al riguardo, esemplare. Tale piattaforma ha iniziato la propria attività commerciale intermediandosi *on-line* nella vendita dei libri. Mediante la strumentazione tecnologica e logistica utilizzata per il suddetto mercato, essa ha rapidamente esteso la propria azione alla vendita e alla distribuzione di un'ampissima gamma di prodotti. A sua volta, la vendita di enormi volumi di beni le ha consentito l'ingresso nel mercato del trasporto e della consegna degli stessi. Collegando il servizio di consegna rapida, il c.d. Amazon Prime, ad un servizio di streaming, Amazon è successivamente entrata anche nel mercato dei film e delle serie TV *on-line*, e da quest'ultimo è altresì passata in quello della diffusione *on-line* della musica (mediante Amazon Prime Music). Come accennato, questa *vis expansiva* delle piattaforme digitali, sebbene possa

⁸ Una classificazione euristica delle metodologie di raccolta dati contempla tre casi: a) i dati possono essere "comunicati" direttamente dagli utenti, come nel caso di commenti sui *social*, video postati, "like" o simili, compilazione di ranking relativi a preferenze in materia di film, serie TV, canzoni, ecc; b) i dati possono essere "osservati", ossia ricavati dalla attività *on-line* degli utenti, ad esempio dal tipo di ricerche effettuate in internet, dagli spostamenti geografici degli individui testimoniabili dal posizionamento dei cellulari, o dalle informazioni sportive e sanitarie trasmesse tramite strumentazione IOT; infine, c) certi dati possono essere "dedotti" attraverso una più sofisticata elaborazione di quelli "comunicati" o "osservati": dal trattamento automatizzato di questi ultimi, ad esempio, si può inferire la capacità o le preferenze di spesa degli utenti, ovvero il loro orientamento politico e/o religioso ovvero ancora quello sessuale e così via.

destare delle preoccupazioni per i rischi di esclusione dei concorrenti (meno efficienti), costituisce un elemento fortemente positivo nella prospettiva della concorrenzialità dei mercati, in quanto spesso si esprime nell'offerta di servizi innovativi e meno costosi rispetto a quelli prestati in maniera tradizionale.

Venendo invece ai rischi posti dalle piattaforme digitali, questi derivano anzitutto dalla circostanza che tali piattaforme, quali *gateways* tra i diversi versanti del mercato, beneficiano di un forte squilibrio in termini di diritti e di obblighi nei confronti dei loro utenti finali e commerciali⁹. Ciò permette loro eventuali condotte abusive, come l'imposizione di condizioni di utilizzo onerose e/o discriminatorie. In secondo luogo, una volta affermatesi come *incumbent* la posizione delle piattaforme digitali risulta difficilmente contendibile anche per i concorrenti in grado di offrire beni o servizi di pari o addirittura maggiore efficienza. Questa ridotta contendibilità discende fondamentalmente da due ordini di ragioni. Per primo, il *network effect*, che rappresenta una formidabile barriera all'ingresso per potenziali concorrenti. Dato che un servizio diventa tanto più attraente su un versante del mercato quanto maggiore è il numero degli utenti sull'altro versante, un'impresa rivale della piattaforma deve, non solo offrire un servizio di miglior qualità e/o minor costo, ma altresì convincere un numero molto alto di utenti ad abbandonare in massa il servizio della piattaforma *incumbent* per passare al proprio (*incumbency advantage*). Se (o fintanto che) tale migrazione non avviene, il suo servizio risulterà comunque meno attraente per i consumatori¹⁰. Il punto è cruciale nel quadro di una valutazione antitrust. Laddove sussista un *network effect*, per un verso, non si può presumere che se un servizio non è scelto dagli utenti lo si deve alla sua scarsa appetibilità, e per l'altro non appare necessariamente vero che la dimensione di un'impresa derivi dalla sua efficienza, ben potendo essere il caso che quell'impresa sia dominante semplicemente perché è entrata per prima nel mercato. La seconda ragione per la quale la posizione di una piattaforma *incumbent* è difficilmente contendibile è rappresentata dalla difficoltà dei concorrenti ad accedere ai dati degli utilizzatori, dati che, come osservato, rappresentano l'*asset* cruciale per la fornitura dei servizi digitali. Nella raccolta dati giocano di nuovo a favore della piattaforma *incumbent* il *network effect* e le economie di scopo. Il primo,

⁹ È fin troppo ovvio che, oggi, praticamente nessuna impresa può operare efficacemente senza l'utilizzo di Google, Amazon, e/o Facebook ovvero senza essere raggiungibile mediante la strumentazione informatica compatibile con quella dei sistemi operativi di Apple (IOS) e/o Google (Android).

¹⁰ J. CRÉMER e a., *Competition Policy*, cit., descrivono questo effetto di rete come il classico problema uovo/gallina: per attrarre utenti sul versante A, una piattaforma deve attrarre utenti sul versante B, ma per attrarre utenti sul versante B deve attrarre utenti sul versante A (p. 36). Visto dall'angolazione dell'impresa sfidante sembra però piuttosto una versione del comma 22.

provocando un incremento esponenziale del numero degli utenti, produce inevitabilmente un aumento qualitativo e quantitativo del flusso dei dati; le seconde perché l'aumento del numero e della varietà di servizi offerti dalla piattaforma incrementa le fonti e i tipi di dati collezionabili. Per contro, i concorrenti, nel momento in cui cercano di accedere al mercato, hanno normalmente a disposizione pochi dati e di scarsa qualità.

3. Si è accennato nell'Introduzione, che il DMA individua come oggetto degli obblighi da esso previsti una nuova figura, denominata *gatekeeper*, vale a dire "controllore dell'accesso" ai servizi di base della piattaforma (art. 1). Le ragioni dell'introduzione di tale figura, che si affianca e in parte si sovrappone a quella dell'impresa in posizione dominante, sono evidenti. Per i motivi indicati nel precedente paragrafo, un numero ridotto di grandi fornitori di servizi digitali è dotato di notevole potere economico. L'applicazione delle norme antitrust classiche (in particolare l'art. 102 TFUE), che comunque rimane possibile, rischia di non essere proficua per la tutela della concorrenzialità dei mercati interessati. Anzitutto essa è solo eventuale ed *ex-post*, e non è in grado, pertanto, di scongiurare il perdurare, anche per lungo tempo, di condotte nocive per l'interesse dei consumatori e dei concorrenti. In secondo luogo, nel caso di condotte unilaterali, l'applicazione delle norme antitrust implica, in successione, la definizione dei mercati rilevanti - operazione che nel mondo digitale presenta spesso complessità ancora maggiori che in quello fisico - nonché l'accertamento di una posizione dominante nel mercato individuato - posizione che, nel caso dei fornitori dei servizi digitali, può non sussistere in termini tradizionali.

Per cercare di risolvere queste difficoltà, il DMA individua i *gatekeepers* sulla base di parametri completamente diversi da quelli utilizzati dall'art. 102 per stabilire il dominio su un mercato: il primo è relativo al tipo di servizi offerti dalla piattaforma (parametro qualitativo), il secondo riguarda gli elementi dimensionali della stessa (parametro quantitativo).

Per quanto attiene ai servizi offerti, l'art. 2 del DMA, dispone che un *gatekeeper* è un fornitore di almeno un "servizio di piattaforma di base", vale a dire uno dei seguenti: 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) servizi di *cloud computing*; h) servizi pubblicitari, compresi reti pubblicitarie, scambi di inserzioni pubblicitarie e qualsiasi altro servizio di intermediazione pubblicitaria, erogati da un fornitore di uno dei servizi di piattaforma di base elencati alle lettere da a) a g).

Per quanto riguarda invece il profilo dimensionale, l'art. 3 del DMA prevede che, oltre a prestare "servizi di piattaforma di base", il fornitore è designato come *gatekeeper* se soddisfa cumulativamente tre condizioni: 1) ha un impatto significativo sul mercato interno; 2) gestisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; 3) detiene una posizione consolidata e duratura nell'ambito delle proprie attività o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro. Sono inoltre definite talune presunzioni relative al soddisfacimento di tali tre condizioni. La prima è soddisfatta se l'impresa cui appartiene il fornitore dei servizi di piattaforma di base raggiunge un fatturato annuo nel SEE pari o superiore a 6,5 miliardi di EUR negli ultimi tre esercizi finanziari, o se la capitalizzazione di mercato media o il valore equo di mercato equivalente dell'impresa cui appartiene era quanto meno pari a 65 miliardi di EUR nell'ultimo esercizio finanziario, nonché se esso fornisce un servizio di piattaforma di base in almeno tre Stati membri. Il secondo requisito è considerato presente se il fornitore presta un servizio di piattaforma di base che annovera nell'ultimo esercizio finanziario più di 45 milioni di utenti finali attivi mensilmente, stabiliti o situati nell'Unione, e oltre 10.000 utenti commerciali attivi annualmente stabiliti nell'Unione. Infine, la detenzione consolidata e duratura della posizione di punto di accesso, di cui al terzo requisito, è considerata presente se le soglie di cui al precedente requisito sono state raggiunte in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari.

Va peraltro sottolineato che la qualifica di *gatekeeper* non è direttamente applicabile, ma necessita di una decisione in tal senso della Commissione. Tale decisione può intervenire a seguito della notifica delle informazioni rilevanti da parte del fornitore che ritenga di rientrare in tale definizione (art. 3, par. 4), ovvero *ex officio*, a seguito di un'indagine del mercato (art. 3, par. 6)¹¹. In quest'ultimo caso la Commissione può accertare che un fornitore di servizi della piattaforma di base vada designato come *gatekeeper* se soddisfa le tre condizioni dimensionali, ma non rientra in una o più delle presunzioni sopra richiamate.

Stando al suo art. 1, l'obiettivo generale del DMA è quello di garantire che i mercati nel settore digitale nei quali sono presenti *gatekeepers* siano "equi e contendibili" in tutta l'Unione. Per scongiurare le condotte contrarie a tale obiettivo sono state confrontate tre opzioni. In base alla prima si prevedeva un elenco predeterminato di *gatekeepers* che dovevano sottostare ad una lista di obblighi direttamente applicabili. In virtù della seconda, si

¹¹ Previsti agli artt. 14-17 del DMA.

contemplava una disciplina parzialmente flessibile di designazione e di aggiornamento degli obblighi, implicante un dialogo con la Commissione diretto a precisare le condotte necessarie per dare esecuzione agli stessi. Infine, la terza consisteva in una disciplina totalmente flessibile sia per quanto riguarda l'individuazione del soggetto interessato, sia per quanto riguarda gli obblighi ad esso applicabili.

Nel DMA si è sostanzialmente accolto la seconda soluzione, posto che esso prevede una duplice lista di obblighi imposti ai *gatekeepers*. Nella prima, contenuta nell'art. 5, sono fissati gli obblighi ritenuti *self-executing*, nel senso che il loro rispetto non richiede ulteriori particolari precisazioni; nella seconda, stabilita nell'art. 6, sono invece compresi alcuni obblighi la cui attuazione può richiedere una specificazione che viene ottenuta mediante un'interlocuzione con la Commissione. Al riguardo l'art. 7, par. 2 chiarisce che se quest'ultima constata che le misure che il *gatekeeper* intende attuare non garantiscono l'effettiva osservanza dei pertinenti obblighi sanciti dall'art. 6, essa può specificare, mediante decisione, le misure che il *gatekeeper* in questione deve attuare.

La suddivisione degli obblighi operata nel regolamento, sebbene funzionale all'obiettivo di individuare i casi in cui la Commissione può intervenire secondo una modalità di tipo regolatorio, offusca il significato e l'effettiva portata concorrenziale del DMA. In effetti gli artt. 5 e 6 contengono complessivamente diciotto tipi di "obblighi" estremamente eterogenei e molto dissimili quanto alla natura e a i caratteri delle condotte imposte. È certo vero che, come accennato, l'art. 1 del DMA e lo stesso titolo del capo III dove sono inseriti gli artt. 5 e 6 evocano la necessità di impedire pratiche che "sono sleali o limitano la contendibilità", tuttavia non appare chiaro né cosa ciò significhi in concreto, né se ed entro quali limiti questi obblighi possano essere ricondotti alle categorie generali del diritto antitrust, in particolare quelle proprie delle pratiche abusive, quali le condotte di esclusione e quelle di sfruttamento.

Una qualche limitata indicazione si può trarre dall'art. 10 del DMA. Questa disposizione, infatti, prevedendo che la Commissione possa individuare nuovi obblighi per quelle condotte dei *gatekeepers* che risultino sleali o limitative della contendibilità dei servizi "in maniera analoga alle pratiche oggetto degli obblighi sanciti dagli articoli 5 e 6", stabilisce che una pratica va considerata sleale o limitativa della contendibilità in due casi: i) se si è venuto a creare uno squilibrio in termini di diritti e obblighi per gli utenti commerciali e il *gatekeeper* sta traendo un vantaggio da questi ultimi che non è proporzionato al servizio ad essi fornito; ovvero ii) la contendibilità dei mercati è diminuita in conseguenza di una siffatta pratica adottata da un

gatekeeper. Dalla prima precisazione si intuisce che va ritenuta “sleale” quella pratica mediante la quale il *gatekeeper*, basandosi sullo squilibrio dei rapporti di forza, riesce a comprimere eccessivamente l'utilità degli utenti commerciali. In questa prospettiva la pratica sleale potrebbe essere concettualmente ricondotta alla categoria degli abusi di sfruttamento. La seconda precisazione invece è obiettivamente meno utile, posto che si limita ad affermare, in maniera circolare, che diminuisce la contendibilità dei mercati la pratica che produce tale effetto. In questo caso tutto ciò che si può affermare è che una limitazione o indebolimento della contendibilità del mercato rappresenta inerentemente una pratica di esclusione.

Provando a districare la matassa dei diciotto obblighi complessivamente previsti dagli artt. 5 e 6, si può constatare che nella prima di tali norme sono contemplate due categorie generali di obblighi: l'una diretta a evitare talune pratiche di sfruttamento degli utenti dei servizi, sia finali che commerciali, e l'altra che mira a combattere alcune pratiche di esclusione dei concorrenti riconducibili alla tipologia delle vendite abbinate. Diversamente nell'art. 6 sono configurate tre classi di obblighi, tutti relativi a condotte escludenti, aventi ad oggetto le pratiche discriminatorie dei concorrenti, alcune vendite aggregate e, infine, talune restrizioni all'accesso ai dati.

4. L'art. 5 contiene due categorie generali di obblighi: l'una avente ad oggetto talune pratiche di sfruttamento degli utenti finali e/o commerciali suscettibili di essere adottate *gatekeeper* e l'altra ricomprendente alcune pratiche del *gatekeeper* di esclusione dei suoi concorrenti, definibili come vendite abbinate.

La prima categoria di obblighi è composta dalle disposizioni di cui alle lettere a), b), d) e g) della norma, e che possono essere qualificati rispettivamente come i) divieto di combinazione di dati non autorizzata, ii) divieto di clausole di parità, iii) diritto di ricorso e iv) diritto di trasparenza sul prezzo delle inserzioni. La seconda categoria di obblighi comprende le disposizioni contenute nelle lett. c), e) e f) dell'art. 5, ed è possibile qualificarle collettivamente come: v) divieti di vendite abbinate (*tying practices*).

i) *Divieto di combinazione non autorizzata di dati (art. 5, lett. a)*

Il primo obbligo, consistente nel divieto di combinazione non autorizzata di dati, è fissato dalla lett. a) della norma la quale prevede che il *gatekeeper* debba astenersi dal combinare dati personali ricavati dai servizi di piattaforma di base con dati personali provenienti da qualsiasi altro servizio offerto dal

gatekeeper o con dati personali provenienti da terzi e debba altresì evitare l'accesso con registrazione degli utenti finali ad altri servizi del *gatekeeper* al fine di combinare dati personali, a meno che sia stata presentata all'utente finale la scelta specifica e che quest'ultimo abbia prestato il proprio consenso ai sensi del regolamento n. 2016/679.

La disposizione trova la sua fonte di ispirazione nel caso Facebook, ancora pendente in Germania, ma sul quale si è già provvisoriamente pronunciata la Corte federale tedesca.

In base ai termini di esercizio imposti agli utilizzatori, Facebook poteva combinare, senza chiedere il consenso, i dati raccolti sull'omonimo servizio *social* con quelli derivati da altri servizi da essa forniti, quali Instagram e WhatsApp. Il *Bundeskartellamt* tedesco aveva vietato tale combinazione equiparando la violazione della disciplina della *privacy* (il c.d. GDPR¹²) ad una violazione *antitrust*. La Corte federale ha confermato il divieto, modificando tuttavia la sua motivazione¹³. Per la Corte, l'aspetto chiave non è nella violazione della *privacy* bensì quello della privazione di qualsiasi possibilità di scelta degli utenti finali tra un servizio digitale altamente personalizzato attraverso la combinazione dei dati, e un servizio digitale meno personalizzato basato solo sui dati che gli utenti condividono su un determinato servizio *social*. La mancanza di opzioni a disposizione degli utenti di Facebook riguarda sia il profilo della loro autonomia personale e l'esercizio del loro diritto all'autodeterminazione informativa protetto anche dal GDPR, sia il profilo attinente alla concorrenzialità dei mercati. A tale riguardo la Corte costituzionale tedesca ha concluso che in base agli accertamenti del *Bundeskartellamt*, un numero considerevole di utenti privati di Facebook desiderava rivelare meno dati personali e se la concorrenza sul mercato dei *social network* fosse stata efficace, ci si sarebbe potuto aspettare che questa opzione fosse disponibile.

ii) *Divieto di clausole di parità (art. 5, lett. b)*

L'art. 5, lett. b) del DMA contiene invece il divieto per i *gatekeeper* di utilizzare le c.d. clausole di parità o *Most Favored Nation clauses* (clausole MFN), generalmente distinte in *'wide'* e *'narrow'*. Mediante le prime una piattaforma che presta un servizio di comparazione di prezzi richiede ai propri

¹² Regolamento generale sulla protezione dati personali n.2016/679 del 27 aprile 2016, GUUE, L 119 del 4.5.2016, p. 1–88.

¹³ Bundesgerichtshof bestätigt vorläufig den Vorwurf der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch Facebook, 23.06.2020, Nr. 80/2020, bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020080.html

utenti commerciali di praticare su di essa il miglior prezzo e le migliori condizioni di transazione rispetto a qualsiasi altro canale di vendita¹⁴. Attraverso le seconde, invece, la piattaforma di comparazione impone ai suoi utenti commerciali di offrire le medesime condizioni contrattuali (ovvero anche condizioni contrattuali migliori) che essi praticano sul loro sito *web*.

Le clausole di parità *wide* provocano effetti anticoncorrenziali evidenti e non facilmente redimibili. Tali clausole infatti: i) producono un *chilling effect* sulla dinamica dei prezzi: se una clausola di parità impone a B di applicare anche ad A lo sconto che intende concedere a C, è possibile che B, per evitare la duplicazione della riduzione dei suoi ricavi derivante dal doppio sconto, decida di non accordare quest'ultimo né ad A né a C¹⁵; ii) rischiano di avere un effetto di uniformizzazione dei prezzi e delle altre condizioni di transazione: è infatti possibile che le piattaforme concorrenti adottino anch'esse tali clausole al fine di evitare che le tariffe da loro offerte siano superiori a quelle praticate altrove, con il conseguente generale effetto di parificazione tariffaria; iii) possono comportare una erosione dei margini di profitto degli utenti commerciali; se infatti la piattaforma aumenta il valore della commissione che richiede per il servizio di comparazione, gli utenti commerciali non possono trasferire questo aumento sul prezzo di vendita dei loro beni o servizi, salvo applicare l'aumento su tutti i canali di distribuzione, con l'inevitabile importante effetto di riduzione della domanda; iv) rischiano di costituire una barriera all'entrata, perché impediscono alle piattaforme concorrenti di praticare prezzi e condizioni migliori, nonostante l'eventuale richiesta di commissioni inferiori agli utenti commerciali. Diversamente, le clausole di parità *narrow*, ossia quelle che impongono la parità delle condizioni di transazione solo tra la piattaforma e il sito *web* specifico dell'utente commerciale, presentano profili di rischio *antitrust* molto inferiori. Infatti, per un verso, v'è il pericolo di appiattimento dei prezzi solo se gli utenti commerciali non ritengono di offrire sul sito personale i loro beni o servizi a condizioni migliori rispetto a quelle della piattaforma; per l'altro, tali clausole possono risolvere i problemi di *free riding*¹⁶.

¹⁴ A esempio, A richiede a B di beneficiare automaticamente dei medesimi termini di fornitura che quest'ultimo eventualmente stipula con C, se questi risultano più favorevoli di quelli di A.

¹⁵ Ovviamente tanto maggiore è la dimensione economica dell'*incumbent* quanto più significativo è il *chilling effect* sul ribasso dei prezzi; dal punto di vista della riduzione dei profitti una cosa è concedere un ribasso ad un'impresa che assorbe, ad esempio, il 5% delle vendite, ben altra è concederlo ad un'impresa che funge da sbocco del 50% delle vendite.

¹⁶ Ad esempio, nel caso delle piattaforme on-line di prenotazione dei servizi alberghieri, se gli hotel potessero liberamente praticare sul loro sito personale un prezzo più basso di quello indicato sulla piattaforma, essi usufruirebbero in maniera parassitaria dei servizi di pubblicità e comparazione prestati da quest'ultima. La clausola di parità di prezzi *narrow*, induce gli utenti ad acquistare i servizi alberghieri sulla piattaforma che così è messa così in grado di ottenere

La disposizione contenuta nella lett. b) dell'art. 5 del DMA vieta al *gatekeeper* l'imposizione di clausole di parità *wide*, stabilendo che quest'ultimo debba 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 *on-line* del *gatekeeper*.

Peraltro, la Commissione ha già vietato l'uso delle clausole di parità alle grandi piattaforme digitali sulla base delle norme antitrust. Nel 2012, la Commissione ha aperto un'istruttoria nei confronti di Apple e di un certo numero di editori internazionali di *e-book* in relazione ai prezzi al dettaglio imposti mediante clausole di parità nei contratti iBookstore. Il caso è stato risolto mediante impegni, tra cui l'obbligo da parte di Apple a non stipulare o applicare alcuna clausola di parità sui prezzi al dettaglio negli accordi con i rivenditori o gli editori di *e-book* per cinque anni¹⁷. Nel 2017, a seguito di un'istruttoria aperta nei confronti di Amazon, la Commissione ha concluso, ancora una volta in una decisione di accettazione di impegni, che un'ampia gamma di clausole di parità relative a diversi aspetti dei contratti fornitura (sia attinenti al prezzo sia connessi ad altre condizioni contrattuali) conclusi da Amazon con i venditori *e-book* doveva ritenersi come *per se* abusiva ai sensi dell'art. 102¹⁸.

iii) *Diritto al ricorso (art. 5, lett. d)*

L'art. 5 lett. d) stabilisce che i *gatekeepers* devono astenersi dall'impedire agli utenti commerciali dal sollevare presso qualsiasi autorità pubblica competente questioni relative alle pratiche dei *gatekeeper* o dal limitare tale possibilità.

Si tratta di un divieto senz'altro atipico nel quadro della disciplina della concorrenza ed in fondo marginale. Il considerando 39 del DMA precisa che esso è diretto a salvaguardare un ambiente commerciale equo e a proteggere la contendibilità del settore digitale. Non è chiara l'autorità pubblica a cui si riferisce la disposizione. Dato che l'esclusione della possibilità di ricorso ad

un compenso per i suoi servizi. Un secondo tipo di effetto positivo delle clausole di parità è la possibile risoluzione del c.d. rischio dell'*hold up* (o rinuncia all'investimento). Questo si verifica, ad esempio, nel caso in cui il distributore-acquirente debba effettuare investimenti specifici per la distribuzione del bene o del servizio del fornitore; se il distributore non potesse essere sicuro che i suoi concorrenti non beneficerebbero di prezzi di acquisto inferiori rispetto ai suoi, sarebbe indotto ad astenersi dall'effettuare gli investimenti, perché questi risulterebbero evidentemente negativi per il suo bilancio.

¹⁷ Commissione europea, decisione del 12 dicembre 2012, CASE COMP/AT.39847-E-BOOKS

¹⁸ Commissione europea, decisione del 4 maggio 2017, caso AT.40153 – Clausole MFN per gli *e-book* e questioni correlate, se ne veda la sintesi in GUUE C 264/7, del 11.8.2017.

un'autorità giudiziaria sarebbe illegale *per se*, si deve ipotizzare che la disposizione si riferisca ai reclami ad una autorità amministrativa non giudiziaria. Il considerando 39 precisa ulteriormente che gli utenti commerciali potrebbero voler, ad esempio, denunciare diversi tipi di pratiche sleali, quali condizioni di accesso discriminatorie, chiusura ingiustificata dei loro account o motivi poco chiari di eliminazione di prodotti dai listini. Il divieto lascia comunque impregiudicato il diritto degli utenti commerciali e dei *gatekeeper* di stabilire nei loro accordi le condizioni di utilizzo, compresi l'uso di meccanismi legittimi di gestione dei reclami e l'uso di meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie o della giurisdizione di tribunali specifici nel rispetto del pertinente diritto dell'Unione e nazionale.

iv) *Trasparenza sui prezzi dei servizi pubblicitari (art. 5, lett. g)*

Art. 5, lett. g) prevede una specifica disposizione applicabile ai prezzi dei servizi pubblicitari *on-line* che il *gatekeeper* può prestare agli inserzionisti e agli editori. La disposizione stabilisce infatti che i *gatekeepers* devono fornire a inserzionisti ed editori cui erogano servizi pubblicitari, su loro richiesta, informazioni relative al prezzo da loro pagato, nonché 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*.

Il considerando 42 chiarisce che la disposizione è motivata dal fatto che le condizioni alle quali i *gatekeeper* forniscono servizi di pubblicità *on-line* agli utenti commerciali risultano spesso poco trasparenti. Tale opacità del mercato è dovuta all'estrema complessità dell'odierna pubblicità programmatica, che rischia di aggravarsi con la prossima disattivazione dei *cookie* di terze parti. La mancanza di informazioni e conoscenze per inserzionisti ed editori sulle condizioni dei servizi pubblicitari che hanno acquistato, oltre ad essere iniqua nei loro confronti, riduce abusivamente la contendibilità dei servizi del *gatekeeper*, perché diminuisce la loro capacità di passare a fornitori alternativi di servizi pubblicitari *online*. Inoltre, i costi della pubblicità online sono probabilmente più alti di quanto sarebbero in un ambiente di piattaforma più trasparente, ciò è suscettibile di riflettersi sui prezzi che gli utenti finali pagano per molti prodotti e servizi quotidiani che si basano sull'uso della pubblicità online.

v) *Divieto di vendite abbinate (tying practices) (art. 5, lett. c), e) ed f))*

Un'ampia serie di obblighi del DMA fanno riferimento alle cc.dd. pratiche leganti. Queste, com'è ben noto, comprendono quelle strategie commerciali mediante le quali un'impresa condiziona la vendita di un suo prodotto o servizio (prodotto o servizio principale) all'acquisto di un altro prodotto o servizio (il prodotto o servizio abbinato) che deve essere usato o usufruito insieme al primo (ad esempio un computer e uno schermo, oppure una vettura e il servizio di assistenza) ed è offerto dalla stessa impresa ovvero da un'impresa a questa collegata: dunque A vende il suo prodotto (o servizio) X solo se l'acquirente accetta di acquistare anche il bene (o servizio) Y prodotto dalla stessa A o da impresa collegata. Talvolta la pratica legante è motivata dalla volontà di offrire ai clienti prodotti più efficienti sotto il profilo dei costi. Altre volte è imposta dall'interdipendenza tecnologica esistente tra due prodotti: ad esempio, è possibile che, per ragioni tecniche, un software funzioni solamente o più efficacemente su un determinato hardware. In tali casi la pratica presenta natura concorrenziale in quanto idonea a produrre effetti migliorativi del livello di prezzo e/o della qualità del prodotto o del servizio. La pratica legante, però, può essere usata a fini anticoncorrenziali, ad esempio per escludere i concorrenti nel mercato del bene abbinato. Se A è dominante nel mercato del prodotto X, ma non nel mercato del prodotto Y, l'abbinamento effettuato da A dei suoi prodotti per i mercati X e Y comporta un effetto di esclusione dei concorrenti nel mercato di Y, a prescindere dal fatto che i beni di questi ultimi siano peggiori o migliori di quelli di A.

La Commissione distingue le pratiche leganti in *tying* (vendite abbinate) e *bundling* (vendite aggregate)¹⁹. Per “vendite abbinate” si intendono le situazioni in cui i clienti che acquistano il prodotto principale devono acquistare anche il prodotto abbinato dell'impresa dominante. La “vendita aggregata” si riferisce invece al modo in cui i prodotti vengono offerti dall'impresa dominante e al modo in cui essa ne fissa il prezzo. È definita “pura” quando i prodotti vengono venduti soltanto assieme e in proporzioni fisse, ovvero “mista”, laddove i prodotti sono disponibili anche separatamente, ma la somma dei singoli prezzi di vendita è superiore al prezzo aggregato.

Le pratiche leganti applicate dalle grandi imprese digitali sono già state numerose volte ritenute incompatibili con le norme antitrust del trattato. Nel 2007, il Tribunale dell'Unione ha confermato la decisione con la quale la Commissione aveva ritenuto abusiva da parte di Microsoft la subordinazione della fornitura del sistema operativo Windows all'acquisto simultaneo del

¹⁹ Comunicazione della Commissione — Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, GUUE C 45, 24.2.2009, pp. 7–20, ptt. 47 ss.

software Windows Media Player²⁰. Nel 2018²¹ la Commissione ha qualificato come abusiva da parte di Google l'imposizione ai produttori di dispositivi operanti con il sistema Android dell'obbligo di pre-installare le app Google search e Google Chrome come condizione per la concessione della licenza di uso di Play Store, vale a dire del portale di vendita delle *app* di Google che gli utenti ritenevano imprescindibile e si aspettavano di trovare installata sul loro dispositivo²².

Nell'art. 5 del DMA sono contemplati diversi obblighi che mirano a scongiurare forme più o meno evidenti di *tying*. Ad esempio la lett. c) stabilisce che il gatekeeper debba 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; inoltre è fatto obbligo al gatekeeper di permettere agli utenti finali di accedere a contenuti, abbonamenti, componenti o altri elementi e di utilizzarli attraverso i servizi di piattaforma di base del gatekeeper avvalendosi dell'applicazione software di un utente commerciale, se gli utenti finali hanno acquistato tali elementi dall'utente commerciale in questione senza utilizzare i servizi di piattaforma di base del gatekeeper. Ancora, alla lett. e) dell'art. 5 si prevede che il gatekeeper debba astenersi dall'imporre agli utenti commerciali l'utilizzo o l'offerta di un suo servizio di identificazione²³, o l'interoperabilità con lo stesso, nel contesto dei servizi offerti dagli utenti commerciali che si avvalgono dei servizi di piattaforma di base di tale gatekeeper. Infine, ai sensi della lett. f) dell'art. 5, il gatekeeper deve astenersi dall'imporre agli utenti commerciali o agli utenti finali l'abbonamento o l'iscrizione a qualsiasi altro servizio di piattaforma di base identificato a norma dell'articolo 3 o che raggiunge le soglie di cui all'articolo 3, paragrafo 2, lett. b), quale condizione per accedere, registrarsi o iscriversi a uno dei servizi di piattaforma di base del gatekeeper identificato a norma del medesimo articolo.

²⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 17 settembre 2007, *Microsoft e a./Commissione*, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289

²¹ Decisione cit., v. nota n. 1.

²² L'art. 102 vieta espressamente le pratiche leganti alla lett. d) in virtù della quale è vietato subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che per loro natura o secondo gli usi commerciali non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi. Nella sentenza *Microsoft/Commissione*, cit., il Tribunale ha elaborato un *test* di legalità delle pratiche leganti in linea con l'art. 102, lett. d., v. ptt. 842-869.

²³ Ai sensi dell'ar. 2, n. 14 del DMA per servizio di identificazione si intende un servizio ausiliare che consente qualsiasi tipo di verifica degli utenti finali o degli utenti commerciali, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata.

5. Veniamo ora agli obblighi dei gatekeeper previsti dall'art. 6, ossia quelli che possono essere oggetto di ulteriori specifiche. Sebbene siano tutti diretti ad eliminare il rischio di condotte escludenti da parte del gatekeeper, un primo gruppo di essi può essere ricondotto alla categoria generale del divieto di non discriminazione. Si tratta di tre ipotesi qualificabili come segue: i) divieto di appropriazione dei dati dei concorrenti (*data grabbing*) (art. 6, lett. a); ii) divieto di auto-preferenza (*self-preferencing*) (art. 6, lett. d) e iii) divieto di condizioni discriminatorie di accesso all'*app store* (art. 6, lett. k).

i) *Divieto di appropriazione dei dati dei concorrenti (data grabbing) (art. 6, lett. a)*

In alcune circostanze, un gatekeeper può rivestire il doppio ruolo di fornitore di servizi di base della piattaforma a favore di utenti commerciali, nonché di fornitore di servizi in concorrenza con quelli offerti da tali utenti commerciali. In queste circostanze, un gatekeeper potrebbe utilizzare i dati generati dai servizi di base per avvantaggiarsi sui mercati in concorrenza. Per evitare tale distorsione concorrenziale l'art. 6, lett. a) prevede che il gatekeeper debba astenersi dall'utilizzare, in concorrenza con gli utenti commerciali, dati non accessibili al pubblico generati attraverso le attività di tali utenti ovvero forniti da questi o da i loro utenti.

La disposizione intende coprire diverse fattispecie. Ad esempio, è possibile che un gatekeeper fornisca un marketplace o un app store agli utenti commerciali, e allo stesso tempo offra servizi come rivenditore on-line o fornitore di software applicativo in competizione con quegli stessi utenti commerciali. Essa si applica (a maggior ragione) anche al caso in cui i dati non siano generati dall'uso del servizio di base, ma forniti a quest'ultimo dall'utente commerciale. Nel caso poi di servizi di *cloud computing*, l'obbligo dovrebbe estendersi ai dati forniti o generati dagli utenti commerciali del gatekeeper nel contesto del loro uso del servizio di *cloud computing*, o attraverso l'*app store* del gatekeeper²⁴.

²⁴ Pur essendo un obbligo diretto ad evitare l'acquisizione di un illecito vantaggio attraverso la sottrazione di dati, per certi versi potrebbe essere qualificato come una variazione in chiave unilaterale dello scambio di informazioni tra concorrenti vietato dall'art. 101, variazione possibile in ragione delle caratteristiche delle piattaforme digitali. Così come, secondo una consolidata giurisprudenza, le imprese concorrenti non possono scambiarsi informazioni commerciali sensibili ma devono autonomamente determinare la condotta che intendono seguire sul mercato, la piattaforma digitale non può appropriarsi di informazioni commerciali sensibili dei concorrenti al fine di determinare la sua condotta tenendo conto delle stesse invece che affrontare autonomamente i rischi della concorrenza.

La pratica, che può essere definita come di “appropriazione di dati” (*data grabbing*), ha già un precedente nel quadro applicazione dell’art. 102. Nella comunicazione di addebiti inviata nel 2020²⁵, la Commissione afferma che Amazon riveste un doppio ruolo: da un lato, rappresenta un *marketplace* dove venditori terzi possono offrire i loro prodotti direttamente ai consumatori e dall’altro, essa stessa offre prodotti sul suo *marketplace* come rivenditore, in concorrenza dunque con i venditori terzi. Come fornitore di servizi di *marketplace*, Amazon ha accesso a dati commerciali non pubblici dei venditori terzi, quali il numero di unità ordinate e spedite di prodotti, le entrate dei venditori sul *marketplace*, il numero di visite alle offerte dei venditori, i dati relativi alla spedizione, alle prestazioni passate, e altre richieste dei consumatori relative ai prodotti, comprese le garanzie attivate. La Commissione nella sua comunicazione di addebiti ha ritenuto che grandi quantità di dati non pubblici dei venditori terzi confluiscono nelle mani dei soggetti che si occupano delle vendite al dettaglio di Amazon i quali sono in grado di aggregare in maniera automatizzata questi dati e di usarli per calibrare le suddette offerte e per adottare le decisioni strategiche di business. Per esempio, la sottrazione dei dati dei concorrenti permetterebbe ad Amazon di concentrare le sue vendite nei prodotti più venduti e di aggiustare le sue offerte alla luce dei dati. La Commissione prospetta che l’uso di dati non pubblici dei venditori terzi permette ad Amazon di evitare i normali rischi della concorrenza al dettaglio e di sfruttare la sua posizione dominante nel mercato della fornitura di servizi di *marketplace*, con conseguente violazione dell’articolo 102.

ii) Divieto di auto-preferenza (self-preferencing) (art. 6, lett. d).

L’art. 6, lett. d) del DMA obbliga i gatekeepers ad astenersi dal garantire un trattamento più favorevole in termini di posizionamento ai servizi e prodotti da loro stessi offerti (ovvero offerti da terzi che appartengono alla stessa impresa a cui appartiene il gatekeeper) rispetto a servizi o prodotti analoghi di terzi e impone ai gatekeepers di applicare condizioni eque e non discriminatorie a tale posizionamento.

La pratica, che è già nota come *self-preferencing*, rientra evidentemente nella generale classe del divieto di discriminazione; tuttavia presenta una sua specifica categorizzazione giuridica perché presuppone la capacità della piattaforma di classificare o ordinare secondo uno o più criteri da essa stabiliti i prodotti o i servizi delle imprese che operano attraverso i suoi servizi.

²⁵ Cit. alla nota n. 1.

Pertanto, non riguarda tutte le ipotesi in cui un soggetto discrimina un prodotto o servizio dei concorrenti rispetto al proprio, ma solo i casi in cui ciò avviene a mezzo di un *ranking*²⁶.

Numerosi sono i casi in cui tale pratica è stata censurata dalla Commissione sulla base dell'art. 102.

Il primo è costituito dalla decisione del 2017²⁷ in base alla quale si è ritenuto che Google avesse abusato della sua posizione dominante attribuendo sistematicamente un posto preminente al proprio servizio di acquisti comparativi Google Shopping, nel senso che quando un consumatore effettuava una ricerca di un prodotto in relazione alla quale Google Shopping voleva proporre risultati, questi erano visualizzati sempre tra i primi. Correlativamente Google retrocedeva nelle pagine dei risultati della ricerca i servizi di acquisti comparativi dei concorrenti.

Un'analoga pratica di *self-preferencing* è stata rimproverata a Google nella decisione della Commissione del 2019²⁸. A giudizio di quest'ultima, Google, attraverso il suo servizio AdSense for Search, collegava le inserzioni pubblicitarie ai risultati delle ricerche degli utenti, cioè agiva come un intermediario pubblicitario tra inserzionisti e *publishers* interessati a trarre profitto dallo spazio pubblicitario collegato ai suoi contenuti. Secondo la Commissione, Google, mediante le c.d. clausole di "posizionamento premium", imponeva ai *publishers* sia di riservare agli annunci di Google lo spazio più redditizio, sia di prevedere un numero minimo di annunci da essa raccolti. Di conseguenza, ai concorrenti di Google era impedito di inserire i propri messaggi pubblicitari negli spazi maggiormente visibili e cliccati delle pagine di visualizzate sui siti web.

Infine, si può parlare di *self-preferencing* anche per la pratica rimproverata ad Amazon nella comunicazione degli addebiti inviata a tale società nel 2020²⁹. Infatti, la Commissione ha ipotizzato che i criteri stabiliti da Amazon per selezionare il vincitore della c.d. *Buy Box* e per consentire ai venditori di offrire prodotti agli utenti Prime conducessero ad un trattamento preferenziale dell'attività di vendita al dettaglio di Amazon stessa o dei venditori che utilizzavano i suoi servizi di logistica e consegna. La *Buy Box* è esposta in modo prominente sui siti web della piattaforma e permette ai clienti di aggiungere articoli di un rivenditore specifico direttamente nei loro carrelli

²⁶ Per garantire che tale obbligo sia efficace e non possa essere aggirato, dovrebbe applicarsi anche a qualsiasi misura che possa avere un effetto equivalente al trattamento differenziato o preferenziale in classifica. Gli orientamenti adottati a norma dell'articolo 5 del regolamento (UE) 2019/1150 dovrebbero inoltre facilitare l'attuazione e l'applicazione di tale obbligo.

²⁷ Cit. a nota 1.

²⁸ Cit. a nota 1.

²⁹ Cit. a nota 1.

della spesa. Per i venditori di *marketplace* essere scelti come l'offerta che compare nella casella *Buy Box* è cruciale in quanto essa mostra in modo prominente l'offerta di un singolo venditore per un prodotto scelto sui *marketplace* di Amazon, e genera la maggioranza di tutte le vendite.

iii) *Accesso non discriminatorio dei concorrenti alla app store (art. 6, lett. k)*

L'art. 6, lett. k) impone al *gatekeeper* di applicare condizioni generali eque e non discriminatorie per l'accesso degli utenti commerciali ai propri negozi di applicazioni software (*app store*), designati a norma dell'articolo 3 del regolamento.

Il considerando 57 chiarisce che le condizioni generali di accesso dovrebbero essere considerate inique se comportano uno squilibrio dei diritti e degli obblighi imposti agli utenti commerciali o se conferiscono al *gatekeeper* un vantaggio sproporzionato rispetto al servizio da esso prestato a questi ultimi ovvero ancora uno svantaggio per gli utenti commerciali nel fornire servizi identici o simili a quelli dal *gatekeeper*. Lo stesso considerando precisa che per valutare l'eventuale iniquità delle condizioni generali di accesso possono servire come parametro: i) i prezzi praticati o le condizioni imposte per servizi identici o simili da altri fornitori di *app store*; ii) i prezzi praticati o le condizioni imposte dal fornitore di *app store* per altri servizi, connessi o similari, o prestati a favore diversi tipi di utenti finali; iii) i prezzi praticati o le condizioni imposte dal fornitore di *app store* per lo stesso servizio in diverse regioni geografiche; iv) i prezzi praticati o le condizioni imposte dal fornitore di *app store* per lo stesso servizio che il *gatekeeper* offre a se stesso. Ne emerge dunque che l'art. 6, lett. k) declina in relazione al servizio di accesso al *app store* regole concettualmente analoghe elaborate dalla giurisprudenza per i casi di prezzi eccessivi (parametri sub i), ii) e iii))³⁰ e di *margin squeeze* (parametro sub iv))³¹.

³⁰ Per quanto riguarda i prezzi eccessivi la giurisprudenza ha elaborato due *test* che possono alternativamente essere impiegati. Il primo, c.d. *UBC test*, in base al quale si tratta di stabilire se vi sia un'eccessiva sproporzione tra il costo effettivamente sostenuto ed il prezzo effettivamente richiesto e, in caso affermativo, di accertare se sia stato imposto un prezzo non equo, sia in assoluto sia rispetto ai prodotti concorrenti (v. sentenza della Corte di giustizia del 14 febbraio 1978, *United Brands e United Brands Continental/Commissione*, 27/76, EU:C:1978:22, punto 252). Il secondo, il *test Tournier-Lucazeu*, è basato invece su un raffronto su base omogenea dei livelli di prezzi praticati in diversi Stati membri e sull'eventuale accertamento di una sensibile differenza tra gli stessi (v. sentenze della Corte di giustizia del 13 luglio 1989, *Tournier*, 395/87, EU:C:1989:319, punto 38, e del 13 luglio 1989, *Lucazeau e a.*, 110/88, 241/88 e 242/88, EU:C:1989:326, punto 25).

³¹ Quanto al *margin squeeze*, ossia alla compressione dei margini dei concorrenti che un'impresa può effettuare detenendo un componente essenziale per la produzione di un bene o

Anche questa specifica obbligazione trova un riferimento nel quadro dell'applicazione dell'art. 102. Infatti nel 2020 la Commissione ha aperto una istruttoria nei confronti di Apple, su denuncia di un concorrente nel mercato dello streaming musicale (Spotify), in quanto tale società imporrebbe nei suoi accordi con le aziende che desiderano distribuire applicazioni agli utenti di dispositivi Apple: i) l'uso obbligatorio del sistema di acquisti appartenente alla stessa Apple (in-app "IAP") per la distribuzione di contenuti digitali a pagamento, con addebitamento agli sviluppatori di app di una commissione (del 30%) su tutte le quote di abbonamento effettuate tramite IAP; ii) restrizioni sulla capacità degli sviluppatori di informare gli utenti sulle possibilità di acquisto alternative al di fuori delle *app*³² ad esempio sul sito *web* dello sviluppatore dove di solito si trovano a prezzo inferiore.

6. L'art. 6 del DMA contiene altre disposizioni che possono essere raggruppate in base alla loro natura concorrenziale. Si tratta delle disposizioni che contengono il divieto di vendite aggregate (o *bundling*), il diritto alla portabilità dei dati ed infine di quelle che vietano le restrizioni inique all'accesso a dati ed informazioni.

i) *Divieto di vendite aggregate (bundling) (art. 6, lett. b), c), e) ed f).*

Un primo gruppo di disposizioni dell'art. 6 raccoglie obblighi diretti a evitare pratiche di vendite aggregate (*bundling*) ossia, come sopra ricordato, vendite organizzate in modo che i servizi offerti siano usufruibili solo congiuntamente, ovvero anche disgiuntamente ma a condizioni più gravose. Nella norma in esame ciò è fatto mediante il riconoscimento di diritti di libertà di scelta degli utenti sia finali che commerciali. Nella norma infatti si impone al gatekeeper: i) di consentire agli utenti finali di disinstallare qualsiasi applicazione software preinstallata sul loro servizio di base (lett. b)³³; ii) di

di un servizio, la giurisprudenza ha stabilito che esso ha carattere abusivo laddove l'impresa dominante richieda per il componente un prezzo superiore a quello a cui il bene o il servizio completo è venduto ai consumatori finali, ovvero la differenza tra il prezzo finale e il prezzo del componente non è sufficiente a coprire i costi che la stessa impresa dominante incontra per la fornitura del bene o del servizio (v. sentenza della Corte di giustizia del 17 febbraio 2011, *Telia Sonera Sverige* C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83).

³² Mentre Apple permette agli utenti di consumare contenuti come musica, *e-book* e audiolibri acquistati altrove (ad esempio sul sito *web* dello sviluppatore dell'*app*) anche nell'*app*, le sue regole impediscono agli sviluppatori di informare gli utenti su tali possibilità di acquisto, che di solito sono più economiche.

³³ Anche se è fatta salva la possibilità di limitare tale disinstallazione in relazione ad applicazioni software che sono essenziali per il funzionamento del sistema operativo o del dispositivo e che non possono essere offerte tecnicamente da terzi su base autonoma.

consentire l'installazione e l'uso effettivo di applicazioni software o di negozi di applicazioni software (*app store*) di terzi che utilizzano sistemi operativi del gatekeeper o che sono interoperabili con essi, iii) di consentire l'accesso a tali applicazioni software o negozi di applicazioni software con mezzi diversi dai servizi di piattaforma di base di tale gatekeeper³⁴ (lett. c); iv) di astenersi dal limitare a livello tecnico la possibilità per gli utenti finali di passare e di abbonarsi a servizi e applicazioni software diversi, cui hanno accesso avvalendosi del sistema operativo del gatekeeper; ciò vale anche per la scelta del fornitore di accesso a Internet da parte degli utenti finali (lett. e).

Oltre a ciò, la lett. f) dell'art. 6 richiede ai gatekeeper di permettere agli utenti commerciali e ai fornitori di servizi ausiliari (*ancillary services*)³⁵ l'accesso e l'interoperabilità con i medesimi sistemi operativi e i medesimi sistemi hardware e software che sono disponibili o utilizzati dal *gatekeeper* medesimo per la fornitura dei suoi servizi ausiliari. Risulta dal considerando 52 che la disposizione è destinata ad applicarsi laddove i gatekeeper hanno il doppio ruolo di sviluppatori di sistemi operativi e di produttori di dispositivi. In tali circostanze un gatekeeper potrebbe limitare l'accesso ad alcune delle funzionalità del dispositivo (ad esempio la comunicazione a corto raggio e il relativo software), che possono essere necessarie per la prestazione di un servizio ausiliare sia da parte del gatekeeper che da parte di un fornitore terzo. Tale limitazione di accesso è idonea a indebolire gli incentivi all'innovazione da parte dei fornitori dei servizi ausiliari nonché le possibilità di scelta di tali servizi degli utenti finali.

ii) *Portabilità dei dati (art. 6, lett. h)*

Le grandi piattaforme digitali beneficiano dell'accesso a enormi quantità di dati che raccolgono mentre forniscono sia i loro servizi, sia i servizi di terzi che operano sulle piattaforme medesime. Tale circostanza è idonea a favorire le piattaforme in questione rispetto ai concorrenti ed a ridurre le contendibilità della loro posizione di mercato. Una delle soluzioni che possono essere esplorate per mantenere viva la concorrenza è prevedere che gli utenti commerciali e finali possano trasferire i loro dati (e i dati eventualmente

³⁴ In ogni caso al gatekeeper non deve essere impedito di adottare misure proporzionate per assicurare che le applicazioni *software* o gli archivi di applicazioni *software* di terze parti non mettano in pericolo l'integrità dell'*hardware* o del sistema operativo da esso fornito.

³⁵ Per servizi ausiliari si intendono, ai sensi dell'art. 2, n. 14 del DMA, servizi forniti nel contesto dei servizi di piattaforma di base, o insieme a questi ultimi, compresi i servizi di pagamento quali definiti all'articolo 3, punto 4), e i servizi tecnici che supportano la fornitura dei servizi di pagamento, quali definiti all'articolo 3, lettera j), della direttiva (UE) 2015/2366, i servizi di logistica, di identificazione o pubblicitari.

generati da questi ultimi) ad altri fornitori di servizi digitali concorrenti. Facilitare lo *switching* da un fornitore all'altro o il *multi-homing* conduce ad una maggiore scelta per gli utenti commerciali e per gli utenti finali e a un incentivo per tutti gli operatori ad innovare. In quest'ottica l'art. 6, lett. h) del DMA stabilisce che il gatekeeper debba garantire l'effettiva portabilità dei dati generati mediante l'attività di un utente commerciale o utente finale e debba fornire in particolare degli strumenti agli utenti finali per agevolare l'esercizio della portabilità dei dati, in linea con il regolamento (UE) 2016/679 (cit), anche per mezzo della fornitura di un accesso continuo e in tempo reale.

Il riferimento al c.d. regolamento sulla privacy vale in particolare per l'art. 20 di quest'ultimo che prevede il diritto alla portabilità dei dati personali. Ciò implica che l'interessato abbia il diritto di ricevere dal gatekeeper i dati da esso generati e di trasmetterli ad un soggetto terzo in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da un dispositivo automatico. Va comunque sottolineato che, ai sensi del regolamento sulla privacy, il diritto della portabilità non comporta l'obbligo di una effettiva interoperabilità, posto che il considerando n. 68 di tale regolamento chiarisce che la portabilità dei dati personali contemplata dall'art. 20 non implica l'obbligo per i titolari del trattamento di adottare o mantenere sistemi di trattamento tecnicamente compatibili.

iii) Restrizioni inique all'accesso a dati e informazioni (art. 6, lett. g), i) e j))

La questione dell'accesso ai dati detenuti da una piattaforma digitale da parte dei suoi utenti commerciali e/o finali è senz'altro una delle più complesse e controverse. In via di principio la condivisione obbligatoria di un *asset* di un'impresa, non solo viola il diritto di proprietà, ma rischia anche di diminuire significativamente gli incentivi agli investimenti e all'innovazione, dato che i risultati degli stessi possono dover essere spartiti con i concorrenti. Per tali ragioni i giudici europei hanno ammesso che il rifiuto di fornire un bene o un servizio anche se opposto da un'impresa dominante possa costituire un abuso solo alle condizioni molto restrittive definite nella c.d. dottrina delle *essential facilities*³⁶.

³⁶ In base a tale dottrina il rifiuto di fornire è illecito ai sensi dell'art. 102 solo se: i) il bene o servizio di cui è oggetto è indispensabile per la produzione di un altro bene o servizio, ii) costituisce un ostacolo alla comparsa di un prodotto nuovo per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori, iii) non è obiettivamente giustificato e iv) è idoneo ad escludere qualsiasi concorrenza sul mercato derivato. V. in particolare, sentenze della Corte di giustizia del 26 novembre 1998, C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co.*, e del 29 aprile 2004, C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG*, ECLI:EU:C:2004:257.

L'applicazione di questa dottrina alle piattaforme digitali in relazione ai dati da loro posseduti, finalizzata a consentire ad altre imprese di produrre beni o servizi concorrenti o complementari, presenta ulteriori difficoltà rispetto a quelle - già non irrilevanti - che si incontrano nel caso di beni materiali (ad esempio, infrastrutture) o immateriali (IP) in relazione ai quali essa è stata elaborata. Diversamente da tali beni, i dati costituiscono un *asset* eterogeneo e suscettibile di utilizzi differenziati: ad esempio la stringa delle ricerche su internet effettuate da un utente può essere utilizzata per ottenere dati rilevanti per diversi mercati. Infine, l'accesso da parte di terzi ai dati raccolti da un'impresa incrocia quasi inevitabilmente con le regole di tutela della privacy applicabili ai dati personali, in ossequio, oltre che del regolamento n. 2016/679, anche della Carta dei diritti fondamentali.

Il DMA non contempla un diritto di accesso generalizzato ai dati, ma prevede tre obblighi specifici.

Il primo è previsto all'art. 6, lett. g) e prevede che il gatekeeper debba fornire a inserzionisti ed editori, su loro richiesta e a titolo gratuito, l'accesso ai propri strumenti di misurazione delle prestazioni e le informazioni loro necessarie affinché possano effettuare una verifica indipendente dell'offerta di spazio pubblicitario. Tale obbligo è previsto per contrastare il fatto che spesso le condizioni in cui i gatekeeper forniscono servizi pubblicitari *on-line* agli utenti commerciali sono opache e non trasparenti con la conseguente limitata disponibilità di informazioni per gli inserzionisti e gli editori sull'effetto di un determinato annuncio.

Il secondo obbligo, riguarda i dati generati dagli stessi utenti, sia commerciali che finali. Si tratta di una vasta quantità di informazioni che sono preziose dal punto di vista economico. Per garantire che gli utenti commerciali abbiano accesso ai dati pertinenti così generati, l'art. 6, lett. i) prevede l'obbligo del gatekeeper di fornire a titolo gratuito agli utenti commerciali, o a terzi da loro autorizzati, l'accesso efficace a dati aggregati e non aggregati, e di garantire alle stesse condizioni l'uso dei dati che sono forniti o generati nel contesto dell'uso dei servizi di piattaforma di base da parte di tali utenti commerciali nonché degli utenti finali che si avvalgono di prodotti o servizi forniti dagli utenti commerciali. Per quanto riguarda i dati personali il gatekeeper deve fornire accesso solo ai quei dati direttamente connessi con l'uso effettuato dall'utente finale in relazione ai prodotti o servizi offerti dall'utente commerciale mediante il servizio di piattaforma di base e nel caso in cui l'utente finale accetta tale condivisione esprimendo un consenso ai sensi del regolamento sulla privacy.

Infine, l'art. 6, lett. j) contempla un obbligo specifico di accesso ai dati in favore dei fornitori terzi di motori di ricerca. Si tratta dell'obbligo senz'altro

più significativo dal punto di vista della concorrenza. Come ricordato al considerando 56, il valore dei motori di ricerca on-line aumenta all'aumentare del numero totale degli utenti commerciali e finali. I fornitori di motori di ricerca on-line raccolgono e conservano insiemi di dati aggregati contenenti informazioni relative alle ricerche degli utenti e su come questi ultimi hanno interagito con i risultati delle ricerche stesse. I fornitori di servizi di motori di ricerca online raccolgono questi dati sia dalle ricerche effettuate attraverso il proprio motore di ricerca on-line sia dalle ricerche effettuate sulle piattaforme dei loro partner commerciali. L'acquisizione dei gatekeeper di dati di classificazione, interrogazione, clic e visualizzazione costituisce un'importante barriera all'ingresso, che ostacola la contendibilità dei servizi dei motori di ricerca online. La lett. j) prevede che il gatekeeper debba fornire a qualsiasi fornitore terzo di motori di ricerca online, su loro richiesta, l'accesso a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie ai dati di posizionamento, interrogazione, click e visualizzazione in relazione alla ricerca gratuita e a pagamento generata dagli utenti finali sui motori di ricerca online del gatekeeper, previa anonimizzazione per l'interrogazione, click e visualizzazione dei dati che costituiscono dati personali.

7. Come accennato, se analizzato nella prospettiva di cogliere la sua efficacia sulla concorrenzialità dei mercati digitali, il DMA lascia perplessi. Dato che si tratta ancora di una proposta di regolamento alcune modifiche ci sembrano raccomandabili.

La circostanza che taluni obblighi imposti ai gatekeeper siano auto-applicativi ed altri invece possano eventualmente richiedere, per il loro rispetto, di un dialogo con la Commissione non giustifica la suddivisione operata. Si potrebbe ad esempio classificare gli obblighi secondo la tipologia di pratiche che intendono disciplinare e individuare in una norma *ad hoc* quali di questi obblighi siano suscettibili di un intervento di specificazione da parte della Commissione. Ciò consentirebbe di correggere alcune opinabili soluzioni classificatorie. Ad esempio, molti obblighi, contenuti sia nell'art. 5 che nell'art. 6, hanno ad oggetto il divieto di pratiche leganti (art. 5, lett. c), e), f); art. 6, lett. b), c), e), f)), che condividono la stessa natura anticoncorrenziale, sebbene possano essere declinate nella forma della vendita abbinata ovvero della vendita aggregata. Si potrebbe pertanto pensare di collocarle nella stessa norma, probabilmente attraverso disposizioni più complessive e semplificate. Analogo discorso si potrebbe fare per gli obblighi relativi alle pratiche discriminatorie (art. 6, lett. a), d), k)): non sembra vi sia una sostanziale distinzione tra l'appropriazione dei dati dei concorrenti per favorire i propri servizi (lett. a), il posizionamento preferenziale dei propri

servizi nelle pagine dei risultati di una ricerca (lett. d), ovvero l'imposizione di condizioni discriminatorie per l'accesso dei concorrenti all'*app store* (lett. k).

L'analisi svolta consente anche di concludere che la Commissione ha impiegato nel DMA una strumentazione concettualmente convenzionale. Come visto, gran parte degli obblighi previsti nel progetto di regolamento è diretto a proibire pratiche che già ricadono nel campo di applicazione delle norme antitrust, come peraltro dimostrato dal fatto che spesso tali obblighi sono stati modellati sulle fattispecie istruite o in corso di istruzione in applicazione degli artt. 101 e 102. Ciò non toglie che la declinazione sistematica dei principi antitrust nel settore digitale effettuata dal DMA abbia prodotto disposizioni innovative nella loro specificità. Ci si riferisce ad esempio all'obbligo imposto ai gatekeeper di astenersi dal combinare i dati personali ricavati da diversi servizi del gatekeeper stesso e/o di terzi (art. 5, lett. a) che traduce in termini dettagliati il principio della libertà di scelta dei consumatori talvolta evocato, ma spesso solo in termini generici, nella giurisprudenza europea. Ancora è degno di rilievo il diritto alla portabilità dei dati (art. 6, lett. h) che per quanto di evidente natura concorrenziale non trovava precedenti applicativi sulla base degli artt. 101 e 102, ed è stato invece traslato dalla disciplina sulla privacy. Infine, di grande importanza ci sembrano gli obblighi predisposti per garantire l'accesso ai dati da parte dei concorrenti dei gatekeeper (art. 6, lett. g), i), j)), accesso che difficilmente sarebbe possibile solo sulla base della dottrina delle *essential facilities*.

In ogni caso, l'articolazione in dettaglio degli obblighi concorrenziali, la precisazione che in taluni casi è necessario l'intervento delle istituzioni pubbliche (la Commissione) per l'identificazione delle condotte concorrenziali e l'individuazione della figura del gatekeeper sulla base di parametri qualitativi e quantitativi sufficientemente certi spostano il baricentro della applicazione dei principi di concorrenza da *ex post* ad *ex ante*, ossia dalla concorrenza alla regolamentazione. E ci pare questo l'elemento qualificante della proposta di DMA.