

## DMA or not DMA, that is the question

Claudia Massa (Ricercatrice TD-A presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II") – 7 dicembre 2021

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il DMA in breve. – 3. Rilievi critici. – 4. Conclusioni.

1. Il 22 novembre 2021 la Commissione per il mercato interno (di seguito, IMCO) del Parlamento europeo ha adottato con 42 voti a favore, 2 contrari e 1 astensione la sua [posizione sulla proposta di regolamento](#) conosciuta come [Digital Markets Act](#) (DMA). Quest'ultima era stata presentata dalla Commissione europea nel dicembre 2020 assieme a quella del [Digital Services Act](#) (DSA), al fine di aggiornare le norme che regolano i servizi digitali nell'Unione europea. Le due complesse proposte di regolamento hanno due obiettivi principali: quello di creare uno spazio digitale più sicuro in cui i diritti fondamentali di tutti gli utenti siano protetti e quello di stabilire condizioni di parità per promuovere l'innovazione, la crescita e la competitività, sia nel mercato unico europeo che a livello globale.

Più in dettaglio, il DMA è considerabile come lo strumento europeo di lotta alla dominanza delle Big Tech sui mercati digitali e, infatti, riguarda gli squilibri economici, le pratiche commerciali sleali che possono essere messe in atto dalle piattaforme che hanno assunto il ruolo di controllori dell'accesso al mercato digitale (nella terminologia della proposta di regolamento, "gatekeepers") e gli effetti negativi che ne conseguono, come la minore contendibilità dei mercati delle piattaforme. Tale proposta di regolamento contiene, pertanto, norme armonizzate che definiscono e vietano determinate pratiche sleali dei gatekeepers e prevedono un meccanismo di applicazione basato su indagini di mercato.

Il DSA, invece, è incentrato su questioni quali la responsabilità degli intermediari online per i contenuti di terze parti, la sicurezza degli utenti online o gli obblighi asimmetrici in materia di dovere di diligenza per i diversi fornitori di servizi della società dell'informazione, in funzione della natura dei rischi che tali servizi rappresentano per la società. Nel concreto, tale proposta di regolamento contiene una serie di nuovi obblighi armonizzati a livello dell'UE, che si applicheranno a tutti i servizi digitali che collegano i consumatori a beni, servizi o contenuti, e prevede nuove procedure

per una più rapida rimozione dei contenuti illegali e una protezione globale dei diritti fondamentali degli utenti online.

Queste due proposte legislative si inseriscono nell'ambito di un'ampia riforma del digitale iniziata nel 2015 con la pubblicazione della Digital Market Strategy dell'Unione europea. Le tappe salienti di tale riforma sono state segnate dall'entrata in vigore di vari atti di diritto derivato (ad es., il [Regolamento sul Geo-Blocking](#) del 2018, il [Regolamento sui servizi di intermediazione online](#) del 2019, la [Direttiva sul copyright](#) del 2019 e la [Direttiva sulla modernizzazione delle norme sulla tutela dei consumatori](#) del 2019) nonché dalle recenti proposte di revisione di atti esistenti (v. la pubblicazione nel luglio 2021 del [progetto di revisione del Regolamento di esenzione per categoria relativo agli accordi verticali](#), la cui entrata in vigore è programmata per il 1° giugno 2022) e dalla proposta di adozione dei nuovi regolamenti DSA e DMA, appunto.

Tanto premesso, il presente contributo intende focalizzarsi sulla proposta di DMA. Quest'ultima è stata oggetto di numerosissimi emendamenti (rinvenibili [qui](#)) ma, poi, come detto, è stato trovato un accordo da parte dei principali partiti politici del Parlamento europeo, per cui il testo sarà sottoposto al voto della plenaria durante la sessione di dicembre 2021. Se approvato, tale testo diventerà mandato parlamentare per i negoziati con i governi dell'UE, che dovrebbero iniziare sotto la presidenza francese del Consiglio nel primo semestre del 2022.

**2.** Il DMA, come accennato, è volto a contrastare lo strapotere delle Big Tech, ossia le aziende più grandi e dominanti nel settore della tecnologia. Le Big Tech attive in Europa sono conosciute con l'acronimo di "GAFAM" (Google, Apple, Facebook – ora Meta –, Amazon e Microsoft) oppure come "Big Five" o "Tech Giants".

Più in dettaglio, dal punto di vista soggettivo, la disciplina contenuta nel DMA è rivolta soltanto ai grandi fornitori di servizi di piattaforma di base (i.e., i servizi digitali maggiormente utilizzati dagli utenti commerciali e dagli utenti finali, quali quelli di intermediazione online, di social network, di piattaforma per la condivisione di video, di comunicazione elettronica interpersonale, di cloud, di pubblicità, i sistemi operativi, i motori di ricerca e – secondo l'accordo di novembre raggiunto in seno all'IMCO – anche i browser, gli assistenti virtuali e le smart TV) designati come "gatekeepers", ossia come "controllori dell'accesso" ai mercati nel settore digitale (v. artt. 1 e 3). Ai sensi del DMA, non tutti i fornitori di servizi di piattaforma di base sono necessariamente gatekeepers. Infatti, per essere considerati tali,

essi devono avere un impatto significativo sul mercato interno, devono gestire uno o più importanti punti di accesso dei clienti e devono detenere (o deve prevedersi che acquisiranno) una posizione consolidata e duratura nelle loro operazioni (v. art. 3, parr. 1 e 2). A tal proposito, si noti che, a seguito dell'intesa sugli emendamenti di compromesso e del voto del 22 novembre, è stato deciso che per essere considerati gatekeepers, oltre a dover essere presenti in almeno tre paesi dell'UE e ad avere almeno 45 milioni di utenti finali mensili e più di 10.000 utenti aziendali, sarà anche [necessario detenere una quota non di 65 bensì di 80 miliardi di capitalizzazione del mercato.](#) Alla luce di queste regole, potrebbero rientrare nel novero dei gatekeepers non solo le GAFAM ma [anche Booking e, tra qualche anno, Zalando.](#)

Dal punto di vista oggettivo, il DMA contempla due disposizioni (artt. 5 e 6) nelle quali è individuata una lunga serie di obblighi diretti a scongiurare pratiche dei gatekeepers "sleali o che limitano la contendibilità del mercato". In particolare, all'art. 5 sono fissati gli obblighi ritenuti *self-executing*, nel senso che il loro rispetto non richiede ulteriori particolari precisazioni; all'art. 6, invece, sono indicati 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. I sopracitati obblighi, inoltre, possono essere sospesi (art. 8), oggetto di esenzione per motivi di interesse pubblico (art. 9), oppure aggiornati (art. 10).

Infine, dal punto di vista procedurale e sanzionatorio, il DMA prevede che la Commissione possa condurre indagini, accettare impegni (artt. 18-25) e comminare ammende (art. 26). Quanto all'ammontare di queste ultime, si noti che mentre l'originaria proposta di regolamento prevede che esse possano raggiungere al massimo il 10% del fatturato totale del gatekeeper, in sede di votazione in seno all'IMCO si è optato per un ammontare non inferiore al 4% e non superiore al 20% del fatturato mondiale. Inoltre, gli eurodeputati, nella medesima sede, hanno proposto la creazione di un "Gruppo europeo di alto livello di regolatori digitali" per facilitare la cooperazione e il coordinamento tra la Commissione e gli Stati membri nelle loro decisioni di enforcement, fornendo chiarimenti sul ruolo delle autorità nazionali di concorrenza e mantenendo l'applicazione del DMA nelle mani della Commissione.

3. In relazione alla proposta legislativa di DMA il dibattito istituzionale e dottrinale è stato particolarmente acceso, motivo per il quale gli emendamenti proposti sono stati numerosissimi e il raggiungimento di un compromesso non è stato né facile né scontato. Tuttavia, la larga maggioranza con la quale è stato approvato il nuovo testo in seno all'IMCO attesta la forte determinazione del legislatore europeo nel voler dotare il corpus normativo dell'UE di un atto specifico sui mercati digitali in tempi brevi. Anche dallo studio della dottrina emerge qualche nota di scetticismo ma, nel complesso, le considerazioni espresse non sono del tutto negative (P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, in *I Post di AISDUE*, III, n. 2, 25 febbraio 2021; G. MONTI, *The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement*, TILEC Discussion Paper, 22 febbraio 2021; N. PETIT, *The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n. 7, 2021; M. BOTTA, *Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: Uno, Nessuno e Centomila*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n. 7, 2021; A. LAMADRID DE PABLO, N. BAYÓN FERNÁNDEZ, *Why the Proposed DMA Might Be Illegal under Article 114 TFEU, and How to Fix It*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n. 7, 2021; P. LAROUCHE, A. DE STREEL, *The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n. 7, 2021).

Certo è che i dubbi emersi molto spesso attengono alla necessità stessa di dover adottare un atto ad hoc sui mercati digitali, al modo in cui esso dovrebbe essere strutturato, agli obblighi che vi dovrebbero rientrare nonché alle modalità con cui individuare i soggetti ai quali dovrebbe applicarsi la disciplina in esso contenuta. Si tratta, dunque, di dubbi attinenti proprio ai presupposti di base della proposta di regolamento e, anche se si è giunti ad una fase abbastanza avanzata dell'iter legislativo, essi sembrano persistere.

Pertanto, sorge spontaneo chiedersi come mai la proposta di DMA susciti questo tipo di incertezze.

Quanto alle prime due, ossia la necessità di dover adottare un atto ad hoc sui mercati digitali e il modo in cui esso dovrebbe essere strutturato, la risposta potrebbe essere rinvenuta innanzitutto nella genesi del DMA. In effetti, esso nasce in risposta ad una serie di preoccupazioni delle autorità di concorrenza o, meglio, alla luce di esperienze pratiche vissute da tali autorità nel far fronte a condotte

anticoncorrenziali messe in atto dalle Big Tech sui mercati digitali. Così, si è proceduto ad una mera codificazione delle suddette preoccupazioni/esperienze, senza prevedere un'organizzazione razionale, all'interno del testo, degli obblighi imposti, optando soltanto per una suddivisione tra obblighi *self-executing* e non.

Questo modus operandi segna una chiara inversione di tendenza nella politica di concorrenza: il legislatore dell'Unione procede con decisione verso l'adozione di un regime settoriale specifico (per cui l'enforcement non si baserà più esclusivamente sugli articoli 101 e 102 del TFUE e sui loro rispettivi nazionali) e di regolazione ex ante. Tale regime si pone, dunque, a metà strada tra il diritto della concorrenza e le forme tradizionali di regolamentazione economica: infatti, da un lato, codifica le preoccupazioni/esperienze delle autorità di concorrenza; dall'altro, prevede una serie di doveri ex ante senza richiedere una valutazione dell'oggetto o dell'effetto delle pratiche messe in atto (P. IBÁÑEZ COLOMO, *New Times for Competition Policy in Europe: the Challenge of Digital Markets*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n. 7, 2021). Una soluzione di tal fatta ben risponde alla [necessità di adottare un complesso di regole ad hoc](#) per le piattaforme online (necessità dovuta al loro potere e alle caratteristiche economiche dei mercati in cui operano) e favorisce un'azione rapida e decisiva che ben si adatta al ritmo del cambiamento dei mercati online. Tuttavia, tale soluzione richiederebbe più precisione nella definizione di specifiche categorie di obblighi che si intende imporre ai gatekeepers, al fine di assicurare una maggiore certezza giuridica e (presumibilmente) un maggiore livello di compliance da parte delle Big Tech.

Quanto al dubbio inerente agli obblighi che dovrebbero rientrare nel DMA, occorre rilevare che la Commissione ha messo in atto una strategia per rendere l'elenco di tali obblighi potenzialmente illimitato. Infatti, il DMA contempla la possibilità che la Commissione conduca indagini per identificare nuove pratiche sleali o limitanti la contendibilità del mercato e, dunque, oltre agli obblighi già stabiliti sulla base dell'"esperienza maturata [...] nell'applicazione delle norme dell'UE in materia di concorrenza", è previsto che si possa aggiornare e ampliare il novero degli obblighi dei gatekeepers a seguito di una "indagine capillare sulla natura e sull'impatto di pratiche specifiche" e di un "dialogo normativo" con i gatekeepers stessi (considerando n. 33). Una scelta così flessibile potrebbe rivelarsi vincente nel lungo periodo non solo perché fa sì che si possa stare al passo con le evoluzioni del digitale ma anche perché ha l'effetto di contenere, in qualche misura, il potere delle Big Tech.

D'altro canto, però, a causa dell'imponderabilità che produce e della troppa discrezionalità che conferisce alla Commissione, essa [non viene salutata con favore dalle stesse Big Tech](#). Pertanto, la soluzione potrebbe risiedere nel rafforzare e stabilire regole più chiare su quel "dialogo normativo" previsto nei considerando della proposta di DMA che deve instaurarsi tra la Commissione e i gatekeepers prima della definizione di un nuovo obbligo. Tale dialogo, infatti, sembra essere la sola chiave per poter, da un lato, preservare la possibilità che la Commissione ampli all'occorrenza il novero degli obblighi e, dall'altro, assicurare una partecipazione più consapevole delle Big Tech alla definizione degli stessi.

Quanto, infine, ai dubbi circa le modalità con cui individuare i soggetti cui dovrebbe applicarsi la disciplina contenuta nel DMA, essi attengono a questioni più politiche che giuridiche. Infatti, il dibattito verte principalmente sul rischio che le decisioni di designazione di un gatekeeper siano [influenzate dalla politica](#) piuttosto che basate sulle prove relative alla sussistenza dei requisiti stabiliti ai paragrafi 1 e 2 dell'art. 3 (di cui si è dato conto nel secondo paragrafo del presente scritto). I dubbi in merito si rafforzano a fronte di persistenti indecisioni del legislatore europeo attestate, da ultimo, dalle modifiche previste nell'intesa raggiunta in seno all'IMCO (come l'aumento delle soglie del fatturato annuo nello Spazio economico europeo da 6,5 a 8 miliardi di euro e del valore di capitalizzazione del mercato da 65 a 80 miliardi di euro). Tuttavia, la questione diventa anche (di certezza) giuridica se si considera che nella proposta di DMA, all'art. 15, è previsto che la Commissione mantenga un rilevante potere discrezionale che, in sostanza, le permette di prescindere dagli indicatori quantitativi stabiliti dall'art. 3 per la designazione dei gatekeepers e di operare una valutazione qualitativa caso per caso mediante indagini di mercato. È evidente che la previsione di cui all'art. 15 rende il campo di applicazione soggettiva del DMA non definibile a priori e ciò è in contrasto con l'obiettivo tipico della regolazione *ex ante*, ossia quello di rendere fin da subito chiare, prevedibili e trasparenti le regole del gioco, per far sì che non siano messe in atto pratiche illecite. A ciò potrebbe obiettarsi che anche il campo di applicazione oggettiva del DMA è, secondo la proposta di regolamento, modificabile *ex post*, in quanto è previsto che il novero degli obblighi cui i gatekeepers devono sottostare è ampliabile dalla Commissione in un secondo momento. Tuttavia, mentre quest'ultima regola è giustificabile nella misura in cui vi è un'evoluzione digitale in fieri cui dover far fronte, per i requisiti relativi alla definizione dei soggetti cui le regole del DMA devono

applicarsi non vi sono elementi che cambiano nel tempo da dover tenere in considerazione.

4. Alla soglia della plenaria di dicembre 2021 in cui il Parlamento europeo sarà chiamato a votare sulla proposta di DMA, istituzioni e dottrina si interrogano ancora su questioni dirimenti e basilari che rendono tutt'altro che certo l'esito di questa procedura legislativa. Dunque, alla luce delle considerazioni che precedono, continuiamo come Amleto a chiederci: DMA or not DMA, that is the question...