



Ultimi sviluppi della riforma del digitale in Europa: il *Digital Markets Act* tra costituzionalismo europeo e concorrenza

Claudia Massa*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Setting the scene*: la riforma del digitale in Europa. – 2.1. Le azioni di contrasto allo strapotere delle Big Tech in Europa e nel resto del mondo. – 3. Il DMA tra costituzionalismo europeo... – 4. ...e concorrenza. – 5. Conclusioni.

1. Riformare il digitale rappresenta una sfida accolta in varie parti del modo ma piuttosto difficile da superare, in quanto è necessario stare al passo con la tecnologia, proteggere i diritti fondamentali, salvaguardare l’innovazione non frenandola e stabilire condizioni di parità per le imprese che operano sul mercato.

Il progetto di riforma del digitale europeo ha avuto avvio nel 2015 e ha portato all’adozione di vari atti di diritto derivato, nonché alla proposizione da parte della Commissione, alla fine del 2020, dell’adozione di due complessi regolamenti, il *Digital Services Act*¹ (di

* Ricercatrice di Diritto dell’Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Napoli “Federico II”.

¹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE, COM/2020/825 final.

seguito, “DSA”) e il *Digital Markets Act*² (di seguito, “DMA”), che sono attualmente al centro del dibattito dottrinale e istituzionale³.

Queste iniziative legislative si inseriscono nel peculiare contesto di quello che potrebbe essere definito “costituzionalismo europeo”⁴. Con questa locuzione, ai fini della presente trattazione, si intenderà quell’insieme di principi e di valori propri del diritto dell’Unione, il cui scopo primario è garantire la libertà dei singoli e l’esercizio dei loro diritti. Tale forma di costituzionalismo ha dei contenuti *sui generis*, che discendono dalla peculiarità e originalità dell’ordinamento dell’Unione, e si fonda sui valori comuni a quelli degli Stati membri, quali quelli della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, in una società

² Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali) COM/2020/842 final.

³ Il DMA, in particolare, è stato oggetto di numerosi emendamenti (rinvenibili al seguente link: www.europarl.europa.eu/committees/it/imco/documents/latest-documents). In data 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 (disponibile al seguente link: www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20211118IPR17636/digital-markets-act-ending-unfair-practices-of-big-online-platforms). Il Consiglio, invece, ha approvato la sua posizione il 25 novembre 2021 (v. www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2021/11/25/regulating-big-tech-council-agrees-on-enhancing-competition-in-the-digital-sphere/). Il testo è stato, poi, sottoposto al voto della plenaria del Parlamento europeo durante la sessione di dicembre 2021 ed è stato approvato con 642 voti a favore, 8 contrari e 46 estensioni. Pertanto, i negoziati con i governi dell’UE per la definizione del DMA saranno aperti nel primo semestre del 2022 sotto la presidenza francese del Consiglio.

⁴ Non vi è né una definizione univoca di “costituzionalismo europeo” né unanimità di vedute in dottrina in merito all’esistenza stessa di un “costituzionalismo europeo”. Sul punto, cfr. *ex multis*, L. F. PACE, *La natura giuridica dell’Unione europea: teorie a confronto, l’Unione ai tempi della pandemia*, Bari, 2021, pp. 11-13; K. TUORI, S. SANKARI, *The many Constitutions of Europe*, London, 2016; M. POIARES MADURO, *Three Claims of constitutional Pluralism*, in M. AVBELJ, J. KOMÁREK (eds.) *Constitutional pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, 2012; N. WALKER, *Re-framing EU Constitutionalism*, in N. WALKER, J.L. DUNOFF, J.P. TRACHTMAN (eds.), *Ruling the world*, Oxford, 2009; A. VON BOGDANDY, *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2009; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, London, 2005; M. POIARES MADURO, *Europe and the Constitution: What if this is as Good as it Gets?*, in J.H.H. WEILER, M. WIND (eds.), *European constitutionalism beyond the State*, Cambridge, 2003; J. WEILER, *The Constitution of Europe: ‘Do the new Clothes have an Emperor?’ and other Essays on Euro-pean Integration*, Cambridge, 1999.

caratterizzata, tra l'altro, dal pluralismo, dalla non discriminazione e dalla solidarietà (art. 2 TUE).

Dopo brevi cenni sulla riforma del digitale in Europa, il presente articolo si concentrerà sulle azioni di contrasto allo strapotere delle Big Tech messe in atto in Europa e nel resto del mondo. Oggetto di più attenta analisi sarà la proposta legislativa di DMA, ossia lo strumento europeo di lotta ai comportamenti illeciti delle Big Tech sui mercati digitali, del quale saranno approfonditi i profili attinenti alla tutela dei diritti fondamentali e alla tutela della concorrenza, al fine di dimostrare che tale atto risulta essere animato da una politica di concorrenza diversa rispetto al passato, sotto il duplice profilo degli obiettivi da perseguire e degli strumenti da utilizzare. Infatti, tale politica sembra sia prendere in maggiore considerazione i valori e i principi fondamentali sui quali l'Unione si fonda, anziché limitarsi a perseguire l'obiettivo della crescita economica, sia puntare ad un'azione più rapida tale da adattarsi al ritmo del cambiamento dei mercati online.

2. La riforma del digitale in Europa affonda le sue radici nel 2015, quando la *Digital Market Strategy* dell'Unione europea proponeva di rimuovere le barriere online e di facilitare le vendite online transfrontaliere. Le tappe salienti di tale riforma sono state segnate dall'entrata in vigore di vari atti di diritto derivato nonché dalle recenti proposte di revisione di atti esistenti e di introduzione di nuovi regolamenti.

Il primo atto di diritto derivato ad essere stato adottato è stato il regolamento sul Geo-Blocking del 2018⁵, con il quale sono state introdotte regole volte ad impedire i blocchi geografici ingiustificati e le forme di discriminazione territoriale diretta e indiretta. Il secondo atto entrato in vigore è stato il Regolamento sui servizi di

⁵ Regolamento (UE) 2018/302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 febbraio 2018, recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno e che modifica i regolamenti (CE) n. 2006/2004 e (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, GU L 60I del 2.3.2018, pp. 1–15.

intermediazione online del 2019⁶, volto ad assicurare maggiore trasparenza per le imprese che utilizzano piattaforme online e con un focus su marketplace, servizi di applicazioni software, servizi di social media e motori di ricerca online. Sono state, poi, adottate due direttive: la direttiva sul copyright del 2019⁷, con la quale si è garantito un maggiore accesso transfrontaliero ai contenuti online e sono state previste licenze più semplici per le trasmissioni online, e la direttiva sulla modernizzazione delle norme sulla tutela dei consumatori del 2019⁸, volta ad assicurare più trasparenza sui mercati online ed a prevedere gli stessi diritti dei consumatori per il digitale “gratuito”.

Quanto alla revisione di atti di diritto secondario esistenti, assume rilevanza la pubblicazione nel luglio 2021 del progetto di revisione del regolamento di esenzione per categoria relativo agli accordi verticali⁹, la cui entrata in vigore è programmata per il 1° giugno 2022. Il progetto di revisione si pone l’obiettivo di adattare la disciplina delle intese verticali (ossia, gli accordi tra i fornitori di beni e servizi ed i loro distributori) agli sviluppi del mercato, con particolare attenzione all’e-commerce e alle piattaforme online che, nell’ultimo decennio, hanno rivoluzionato il modo di operare delle imprese.

Infine, la Commissione europea ha proposto l’adozione di due complessi regolamenti per aggiornare le norme che regolano i servizi digitali nell’Unione europea: il DSA e il DMA. Questi atti hanno due obiettivi principali: quello di creare uno spazio digitale più sicuro in cui i diritti fondamentali di tutti gli utenti dei servizi digitali siano protetti

⁶ Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online, PE/56/2019/REV/1, GU L 186 dell’ 11.7.2019, pp. 57–79.

⁷ Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d’autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE, PE/51/2019/REV/1, GU L 130 del 17.5.2019, pp. 92–125.

⁸ Direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell’Unione relative alla protezione dei consumatori, PE/83/2019/REV/1, GU L 328 del 18.12.2019, pp. 7–28.

⁹ Regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione, del 20 aprile 2010, relativo all’applicazione dell’articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell’Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, GU L 102 del 23.4.2010, pp. 1–7.

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 particolare, il DSA 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.

Invece, il DMA può essere considerato 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 (c.d. “*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.

2.1. Oltre che in Europa, riforme del digitale sono state messe in atto anche in varie altre parti del mondo. Ciò che accomuna la riforma europea e tutte le altre è la particolare attenzione che è stata rivolta alle azioni di contrasto allo strapotere delle Big Tech, ossia le aziende più grandi e dominanti nel settore della tecnologia. Queste ultime possono essere divise in tre gruppi: le “GAFAM” (Google, Apple, Facebook – ora Meta –, Amazon e Microsoft, conosciute anche come “Big Five” o “Tech Giants”) operanti nel settore della tecnologia dell'informazione e attive in tutto il mondo, soprattutto in Europa e negli Stati Uniti; le “BATX” (Baidu, Alibaba, Tencent e Xiaomi), giganti operanti in Cina; le “NATU” (Netflix, Airbnb, Tesla e Uber), protagoniste indiscusse della *digital disruption* degli ultimi anni, in quanto nuove tecnologie da

cui è originato il cambiamento di determinate attività e dei precedenti modelli di business¹⁰.

Per evitare i comportamenti anticoncorrenziali delle Big Tech e per restituire equità e contendibilità ai mercati digitali, nei vari Paesi, sono stati appena adottati o sono attualmente in discussione vari strumenti: in alcuni ordinamenti sono state previste riforme legislative, in altri sono stati istituiti organismi di regolazione *ad hoc*, in altri ancora si è optato per l'introduzione di strumenti di regolazione *ex ante* degli obblighi a cui le Big Tech devono sottostare.

In particolare, l'azione di contrasto alle Big Tech negli Stati Uniti è partita dall'iniziativa di un gruppo bipartisan della *U.S. House of Representatives* ed è confluita nella presentazione di cinque nuovi disegni di legge¹¹ in tema antitrust (attualmente in discussione), il cui scopo è quello di impedire il protrarsi di condotte anticoncorrenziali da parte delle GAFAM¹². Il primo disegno di legge vieta alle piattaforme di possedere società sussidiarie che operano sulla loro stessa piattaforma, nell'ipotesi in cui tali società vadano a competere con altre aziende. In tal caso, le Big Tech saranno costrette a vendere detti *asset* al fine di ripristinare la neutralità della piattaforma e la sana concorrenza. Il secondo disegno di legge rende illegale, nella maggior parte dei casi, prevedere che la società dia preferenza ai propri prodotti all'interno della propria piattaforma, e prevede anche, in caso di violazione, una pesante sanzione pari al 30% delle entrate nazionali dell'azienda interessata. Il terzo disegno di legge richiede alle piattaforme di astenersi dal porre in essere qualsiasi fusione, salvo che non si possa dimostrare che la società acquisita non è in concorrenza con alcun prodotto o servizio del mercato in cui opera la piattaforma. Il

¹⁰ Netflix ha introdotto un nuovo servizio di streaming, Airbnb è diventato il leader degli *homestay*, Tesla ha introdotto l'auto elettrica e Uber ha creato un'applicazione capace di collegare utenti e autisti e non solo.

¹¹ "Ending Platform Monopolies Act", "American Choice and Innovation Online Act", "Platform Competition and Opportunity Act", "Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching (ACCESS) Act", "Merger Filing Fee Modernization Act". A questi cinque disegni di legge se ne affianca un sesto, lo "State Antitrust Enforcement Venue Act" sulla competenza giurisdizionale.

¹² Cfr. www.agendadigitale.eu/mercati-digitali/big-tech-ecco-la-stretta-antitrust-negli-usa-le-conseguenze-e-i-prossimi-passi/;
<https://www.politico.com/news/2021/06/09/house-democrats-announce-tech-bills-492703>

quarto disegno di legge richiede alle piattaforme di permettere agli utenti di trasferire i propri dati, nel caso in cui lo desiderino, altrove, anche verso la piattaforma di un'azienda concorrente. Da ultimo, il quinto disegno di legge aumenta gli obblighi di valutazione delle grandi società posti in capo al Dipartimento di Giustizia ed alla *Federal Trade Commission*, al fine di garantire che le fusioni poste in essere siano legali.

In Cina, invece, sono state pubblicate le Linee Guida Anti-Monopolio per la Platform Economy, con le quali si chiarisce come verrà applicata la Legge Anti-Monopolio alle potenziali pratiche anticoncorrenziali delle piattaforme online¹³.

Riforme normative sono state attuate anche in Giappone¹⁴, dove dal 1° febbraio 2021 è entrata in vigore una nuova legge per la regolamentazione delle piattaforme digitali chiamata “DP Act”. Inoltre, sin dal 2019, nello stesso Paese opera un organismo di regolazione *ad hoc* denominato “Digital Headquarters” per la concorrenza del mercato digitale.

Per quanto riguarda il Regno Unito, ad aprile 2021 è stata annunciata la costituzione della nuova *Digital Markets Unit* (DMU), che consiste in un organismo di regolazione destinato ad affrontare le questioni relative alla concorrenza e alla gestione dei dati nei mercati digitali e che farà parte della *Competition and Markets Authority* (“CMA”)¹⁵.

In Australia, diversamente, si è optato per l'introduzione di una regolazione *ex ante*, con indicazione delle condotte anticompetitive

¹³ Cfr. A. SVETLICINII, *China to discipline online platforms with antitrust enforcement?*, 2021, reperibile al seguente link: [competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/02/17/china-to-discipline-online-platforms-with-antitrust-enforcement/](https://www.competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/02/17/china-to-discipline-online-platforms-with-antitrust-enforcement/); <https://www.iflr.com/article/b1r3bt1z7g1771/primer-chinas-new-anti-monopoly-rules-for-tech-companies>

¹⁴ Cfr. www.competitionpolicyinternational.com/recent-developments-in-competition-law-and-policy-in-the-digital-economy-in-japan/; <https://www.mondaq.com/antitrust-eu-competition-/1024456/japanese-legislature-passes-act-to-regulate-big-tech-platforms>

¹⁵ Cfr. [/www.gov.uk/government/publications/non-statutory-digital-markets-unit-terms-of-reference](https://www.gov.uk/government/publications/non-statutory-digital-markets-unit-terms-of-reference); <https://www.agendadigitale.eu/mercati-digitali/big-tech-e-antitrust-in-uk-arriva-la-digital-markets-unit-ruolo-e-obiettivi/>

delle Big Tech vietate¹⁶, sulla scia di quanto già fatto nel campo dell'elettricità e delle telecomunicazioni.

L'Unione europea, dal canto suo, nell'ambito della riforma del digitale tratteggiata nel precedente paragrafo, ha proposto l'adozione del DMA, al fine di combattere le pratiche sleali messe in atto dai più grandi fornitori di servizi digitali di piattaforma di base, i *gatekeepers*, e di fronteggiare il problema della mancanza di contendibilità nei mercati digitali, il quale crea inefficienze in termini di prezzi più alti, qualità inferiore, minore scelta e minore innovazione, a scapito dei consumatori europei.

La proposta di regolamento si caratterizza per due aspetti: si tratta di una normativa settoriale e si presenta come uno strumento di regolazione *ex ante*.

Il DMA, infatti, contiene una serie di regole applicabili soltanto ai *gatekeepers*, ossia i fornitori di servizi di piattaforma di base (i.e. i servizi digitali maggiormente utilizzati dagli utenti commerciali e dagli utenti finali) quali: i) servizi di intermediazione online (compresi, ad esempio, i mercati, i negozi di applicazioni software e i servizi di intermediazione online in altri settori come la mobilità, i trasporti o l'energia); ii) motori di ricerca online; iii) servizi di social network online; iv) servizi di piattaforma per la condivisione di video; v) servizi di comunicazione elettronica interpersonale indipendente dal numero; vi) sistemi operativi; vii) servizi cloud e viii) servizi di pubblicità¹⁷. Il fatto che un servizio digitale si configuri come servizio di piattaforma di base non significa che ogni suo fornitore presenti problemi di contendibilità e pratiche sleali. Tali problemi insorgono piuttosto in modo particolarmente evidente quando il servizio di piattaforma di base è gestito da un *gatekeeper*. Le imprese possono essere considerate *gatekeepers*¹⁸ se: i) hanno un impatto significativo sul mercato interno; ii) gestiscono uno o più importanti punti di accesso dei clienti e iii)

¹⁶ Cfr. www.afr.com/technology/big-tech-faces-tough-new-laws-under-accc-plan-20210905-p58p0r

¹⁷ Sulla base dell'accordo del 22 novembre 2021 raggiunto in seno all'IMCO, dovrebbero essere ricompresi anche i browser, gli assistenti virtuali e le smart TV.

¹⁸ Si noti che l'art. 3 dell'originaria proposta della Commissione recita: "Un fornitore di servizi di piattaforma di base è designato come *gatekeeper* se (...)" mentre il testo approvato dall'IMCO riporta "*An undertaking* (corsivo aggiunto) shall be designated as *gatekeeper* if ...)"]".

detengono una posizione consolidata e duratura nelle loro operazioni o si prevede che la acquisiranno¹⁹. La loro qualità di *gatekeeper* può essere stabilita in riferimento a indicatori quantitativi appropriati e chiaramente circoscritti, che possano servire come presunzioni confutabili per stabilire se un fornitore specifico si configura come *gatekeeper*, oppure può essere stabilita in base ad una valutazione qualitativa caso per caso mediante un'indagine di mercato.

Inoltre, la proposta di regolamento si presenta come uno strumento di regolazione *ex ante* in quanto contiene un elenco di specifici obblighi concorrenziali per i *gatekeepers* diretti a scongiurare pratiche sleali o che limitano la contendibilità del mercato²⁰. In particolare, gli artt. 5 e 6 della proposta di regolamento contengono un totale di diciotto tipi di prescrizioni che possono essere divise in due gruppi: nell'art. 5 sono fissati gli obblighi ritenuti *self-executing*, nel senso che il loro rispetto non richiede ulteriori particolari precisazioni, mentre nell'art. 6 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.

Dunque, è possibile affermare che tale proposta di normativa settoriale appare come un ibrido tra il diritto della concorrenza e le

¹⁹ A tal proposito, si noti che il testo approvato dall'IMCO il 22 novembre 2021 prevede che, per essere considerati *gatekeepers*, oltre a dover essere presenti in almeno tre paesi dell'UE, ad avere almeno 45 milioni di utenti finali mensili e più di 10.000 utenti aziendali, sarà anche necessario detenere una quota di 80 miliardi di capitalizzazione del mercato (e non di 65 miliardi come proposto originariamente dalla Commissione). Pertanto, oltre alle GAFAM, potrebbero rientrare nel novero dei *gatekeepers* anche Booking e, tra qualche anno, Zalando.

²⁰ Sulla scelta del tipo di regolazione, cfr. P. LAROCHE, 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, pp. 543-548; P. IBÁÑEZ COLOMO, *The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n. 7, 2021, pp. 566-569. Per una disamina delle singole disposizioni del DMA, cfr. 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, Focus "Servizi e piattaforme digitali", disponibile su www.aisdue.eu.

forme tradizionali di regolamentazione economica. Infatti, da un lato, sembra assumere le vesti di una codificazione di una serie di preoccupazioni rilevate dalle autorità di concorrenza, dall'altro, prevede una serie di doveri *ex ante* senza richiedere una valutazione dell'oggetto o dell'effetto delle pratiche sottostanti.

Infine, occorre sottolineare che parallelamente alla proposta di DMA fatta a livello europeo vi è stato uno Stato membro che ha autonomamente preso iniziativa contro gli abusi delle Big Tech. Si tratta della Germania, che nel gennaio 2021 ha approvato in parlamento il X emendamento alla *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB, legge tedesca sulla concorrenza), introducendo una nuova sezione del GWB, la 19(a)²¹. A norma di quest'ultima, il *Bundeskartellamt* può proibire diversi comportamenti da parte di imprese di "importanza fondamentale in diversi mercati" (i.e. conglomerati digitali) senza la necessità di provare una violazione del diritto della concorrenza²². La sezione 19(a) del GWB ha in comune una serie di profili con le proposte del DMA della Commissione e del DMU britannico, e può essere considerata come un esempio della nuova regolamentazione settoriale delle piattaforme digitali che sta emergendo in Europa²³. A tal proposito occorre, però, notare che la Commissione ha segnalato che una frammentazione normativa nei vari Stati membri potrebbe compromettere seriamente il funzionamento del mercato unico dei servizi digitali e dei mercati digitali in generale, per cui ha ravvisato la necessità di mettere in atto un'armonizzazione a livello dell'UE della materia in questione, in considerazione della natura intrinsecamente transfrontaliera dei servizi di piattaforma di base forniti dai *gatekeepers*²⁴. È per questo motivo che per il DMA si è optato per una proposta di regolamento, atto direttamente applicabile

²¹ Sul punto, cfr. J. U. FRANCK, M. PEITZ, *Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n. 7, 2021, pp. 513-528.

²² Una versione inglese del X emendamento è reperibile al seguente link: www.dkart.de/wp-content/uploads/2021/01/GWB-2021-01-14-engl.pdf

²³ Per un confronto tra le tre proposte di regolazione, cfr. 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, pp. 500-512.

²⁴ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), COM/2020/842 final.

negli Stati membri, e per l'articolo 114 TFUE come base giuridica dello stesso²⁵.

3. C'è da chiedersi quali siano i motivi che hanno spinto l'Unione ad agire contro le Big Tech nonché a proporre l'adozione del DMA.

Negli ultimi anni stiamo assistendo ad un vero e proprio fallimento del costituzionalismo occidentale a fronte dell'affermazione dell'economia dei big data. Ormai è ben noto che le Big Tech utilizzano la tecnologia per acquisire sempre più dati che escono dalla sfera di proprietà di chi li genera ed entrano in quella di chi li sfrutta. Questi dati trasformano l'essere umano in un prodotto e riescono persino ad indurlo al consumo e a modificare il suo comportamento, erodendo il suo libero arbitrio. Da qui la necessità di vagliare attentamente le implicazioni di privacy e di contrastare i monopoli delle Big Tech, per salvaguardare la nostra struttura democratica e personale. L'Unione europea, per far fronte alla prima di queste due necessità, ha adottato il regolamento GDPR²⁶, mentre per rispondere alla seconda ha proposto l'adozione del DMA.

Al centro della proposta di DMA vi sono i valori europei e la tutela dei diritti fondamentali. Infatti, a parere di chi scrive, è possibile individuare due obiettivi che le nuove norme in essa contenute intendono perseguire: da un lato, quello di proteggere in modo più efficace i consumatori e i loro diritti fondamentali online, in special modo la loro libertà di scelta; dall'altro, quello di rendere i mercati digitali più equi e più aperti per tutti e, dunque, di assicurare la libertà di impresa di cui all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Per raggiungere questi obiettivi, la Commissione ha innanzitutto formulato una proposta che prevede una regolazione *ex ante*. L'aver scelto uno strumento di tal fatta piuttosto che uno strumento di

²⁵ Per un commento sulla scelta della base giuridica, cfr. 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, pp. 576-589.

²⁶ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), GU L 119 del 4.5.2016, pp. 1-88.

enforcement è già di per sé indicativo del fatto che l'Unione voglia assicurare, indipendentemente dalla commissione di illeciti anticoncorrenziali, l'esistenza di un ambiente equo e contendibile, in cui siano rispettati i diritti fondamentali di tutte le imprese e di tutti i consumatori. Uno strumento di *enforcement*, per definizione, avrebbe posticipato il momento di tutela ad una fase successiva rispetto a quella della commissione dell'illecito da parte di una Big Tech, per cui gli obiettivi che esso avrebbe potuto perseguire sarebbero stati soltanto quello di ristabilire la concorrenzialità del mercato ingiungendo l'interruzione della pratica illecita, se del caso, quello di punire l'*infringer* imponendo una sanzione, ed eventualmente quello di risarcire il danno, in un'ottica più spiccatamente economica che di tutela del diritto alla partecipazione ad un mercato fortemente competitivo.

Inoltre, per raggiungere il primo obiettivo di cui si è detto, ossia quello di proteggere i consumatori e la loro libertà di scelta, nel DMA si è cercato di adattare alcuni principi antitrust all'ambito e alle esigenze del digitale²⁷.

Ad esempio, all'art. 5, lett. a) della proposta è stato previsto l'obbligo per i *gatekeepers* di astenersi dal combinare i dati personali ricavati da diversi servizi dello stesso *gatekeeper* e/o di terzi e dall'accesso con registrazione degli utenti finali ad altri servizi del *gatekeeper*, a meno che non sia stata presentata all'utente finale una scelta specifica in merito e che quest'ultimo non abbia prestato il proprio consenso ai sensi del regolamento GDPR. È chiaro che questa disposizione tende a limitare lo sfruttamento del consumatore e a dare ai consumatori una scelta reale. Inoltre, il sistema di *opt-in* previsto contribuisce a limitare la profilazione dei dati (c.d. "*deep profiling*"), ponendo un limite indiretto allo sfruttamento dei consumatori per la pubblicità mirata (c.d. "*targeted advertising*") e per i prezzi personalizzati (c.d. "*personalised pricing*").

Ancora, l'art. 5, lett. f) vieta ai *gatekeepers* la pratica del *tying* consistente nel legare un servizio della piattaforma di base ad un altro,

²⁷ Sul ruolo del diritto della concorrenza nei mercati digitali, cfr. P. IBÁÑEZ COLOMO, *What can competition law achieve in digital markets? An analysis of the reforms proposed*, disponibile su SSRN al seguente link: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3723188.

per cui non sarà possibile imporre agli utenti commerciali o agli utenti finali l'abbonamento o l'iscrizione a qualsiasi servizio della piattaforma di base quale condizione per accedere, registrarsi o iscriversi ad un altro dei servizi di piattaforma di base del *gatekeeper*. Ad esempio, un fornitore di un *app store* non può condizionare l'accesso al servizio all'uso del suo motore di ricerca. Anche in questo caso la disposizione serve a promuovere la libertà di scelta.

Anche l'art. 6, par. 1, lett. b) serve lo stesso obiettivo, in quanto obbliga il *gatekeeper* a consentire agli utenti finali di disinstallare qualsiasi applicazione software preinstallata sul proprio servizio di piattaforma di base, fatta salva la possibilità per il *gatekeeper* di limitare tale disinstallazione in relazione alle applicazioni software essenziali per il funzionamento del sistema operativo o del dispositivo e la cui fornitura come applicazioni software autonome (*standalone*) di terzi è impossibile a livello tecnico.

Infine, anche l'art. 6, par. 1, lett. e) garantisce la libertà di scelta in quanto richiede che i *gatekeepers* eliminino le restrizioni tecniche che impediscono ad un utente finale di passare e di abbonarsi a servizi e applicazioni software diversi da quelli originariamente autorizzati dalla piattaforma. Per esempio, un utente di un sistema operativo deve essere libero di passare ad altri word processors (i.e. programmi di videoscrittura quale Microsoft Word) se il sistema operativo permette l'uso dei word processors.

Per raggiungere, invece, il secondo obiettivo di cui si è detto, ossia quello di assicurare la libertà di impresa di cui all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il DMA contiene varie previsioni.

Innanzitutto, anche in questo caso viene in rilievo l'art. 5, lett a) recante il divieto di combinazione dei dati personali, in quanto un altro obiettivo di questa disposizione è quello di migliorare le condizioni di contendibilità per le nuove imprese entranti (c.d. "*new comers*") in un determinato servizio di piattaforma di base e nei mercati ad esso adiacenti.

Inoltre, l'art. 5, lett. b) prevede che i *gatekeepers* devono consentire agli utenti commerciali di offrire gli stessi prodotti o servizi agli utenti finali attraverso servizi di intermediazione online di terzi a prezzi o condizioni diverse da quelle offerte attraverso i servizi di

intermediazione online del *gatekeeper*. Dunque, questa disposizione, limitando la capacità dei *gatekeeper* di imporre restrizioni agli utenti commerciali, assicura la libertà di impresa di questi ultimi, in quanto facilita le condizioni di ingresso ad altri servizi di intermediazione online che competono con le piattaforme di distribuzione di un *gatekeeper* (per esempio, gli *app stores*, le piattaforme di intermediazione e i sistemi operativi).

Ancora, l'art. 5, lett. c) richiede che i *gatekeepers* permettano 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*. Tale pratica è nota come “*side loading*” e spesso è rilevante nel contesto degli *app stores*. La disposizione aggiunge anche che i *gatekeepers* devono consentire l'uso sulla loro piattaforma dei servizi acquistati fuori da essa da parte degli utenti finali. Questa precisazione è fondamentale perché altrimenti gli utenti finali non potrebbero mai servizi al di fuori della piattaforma. Dunque, questa disposizione tutela la libertà d'impresa nel senso che permette agli utenti commerciali di utilizzare diversi canali per vendere i loro servizi e, allo stesso tempo, ha anche l'effetto di dare più scelta ai consumatori quando fanno acquisti online.

Dall'analisi degli esempi appena forniti, emerge chiaramente che le disposizioni del DMA sono finalizzate principalmente alla tutela dei diritti fondamentali dei consumatori e delle imprese piuttosto che alla crescita economica. Questo approccio delle istituzioni è molto diverso rispetto a quello precedente, più preoccupato di evitare veri o presunti effetti negativi su innovazione ed investimenti che non del rischio di impatti di lungo periodo sulla libertà di scelta del consumatore e sulla libertà di impresa delle *new comers*. Probabilmente lo spartiacque che ha fatto sentire forte l'esigenza di riesaminare l'efficacia della strumentazione antitrust esistente e di valutare eventuali misure *ex ante* come il DMA, è stato il caso Cambridge Analytica del 2016²⁸, nonostante esso abbia avuto un rilievo essenzialmente politico e

²⁸ Per un approfondimento su questo caso, v. E. MENIETTI, *Il caso Cambridge Analytica, spiegato bene*, disponibile al seguente link: www.ilpost.it/2018/03/19/facebook-cambridge-analytica/

circoscritto soltanto ad una piattaforma (Facebook). Il caso, com'è noto, era relativo alla raccolta fraudolenta di dati personali di milioni di account, poi utilizzati a fini di propaganda politica, oltre che per campagne di marketing mirate. Nell'immediato esso pose preoccupazioni più in materia di privacy e di libertà dei cittadini di formarsi un'opinione non manipolata in occasione delle tornate elettorali piuttosto che dal punto di vista antitrust. Successivamente, però, venivano avviati diversi studi che indicavano in quali circostanze fosse possibile o raccomandabile un intervento di natura regolamentare. Da qui traggono origine le principali proposte di regolamentazione e il nuovo approccio delle istituzioni più incentrato sulla tutela dei diritti fondamentali al fine di rispondere alla rivoluzione digitale e contrastare il potere assunto dalle piattaforme tecnologiche.

In effetti, a parere di chi scrive, con il DMA sembra esserci un ritorno ai fondamenti della dottrina ordoliberalista²⁹, la quale era stata un po' abbandonata a seguito della crisi economica del 2008 ma i cui principi (quali la libertà commerciale, la competitività, il divieto di aiuti di Stato, il pareggio di bilancio) tanto hanno influito sul diritto dell'economia europea³⁰. Questa dottrina si oppone alla visione classica del *laissez-faire* e si fonda sulla convinzione che non è possibile sviluppare un buon ordine economico naturale tramite il solo libero mercato. Lo stigma della dottrina ordoliberalista può essere sintetizzato come segue: regolare il mercato in modo tale da renderlo effettivamente libero. Ed è proprio questo che fa il DMA: regola il comportamento che devono assumere le Big Tech in modo tale da rendere il mercato digitale libero, libero per le imprese che possono effettivamente esercitare la loro libertà di impresa e libero per i consumatori che possono scegliere se condividere i propri dati personali, se abbonarsi ad un servizio, quali

²⁹ Per un approfondimento sulla dottrina ordoliberalista, v. M. DOLD, T. KRIEGER (eds.), *Ordoliberalism and European Economic Policy*, Routledge, 2021; J. HIEN, C. JOERGES (eds.), *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, Bloomsbury, 2017.

³⁰ Cfr. L. F. PACE, *Il principio dell'indipendenza della banca centrale e la stabilità dei prezzi come obiettivo della politica monetaria: quale influenza dell'ordoliberalismo in Germania e nell'Unione Europea?*, in *Moneta e Credito*, vol. 72, n. 288, 2019, pp. 349-364. Si pensi anche all'influenza esercitata dalla scuola ordoliberalista di Friburgo e, in particolare, dal Prof. Ernst-Joachim Mestmäcker, consulente speciale della Commissione dal 1960 al 1970, sull'interpretazione dei principi di cui agli artt. 81 e 82 TCE. Sul punto, v. L. F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, 2005, pp. 100-102.

applicazioni software utilizzare, etc. Come nell'ordoliberalismo lo Stato interviene esclusivamente per rendere il mercato meno anarchico e per evitare il pericolo che, senza alcuna regolamentazione, possano emergere e formarsi monopoli o oligopoli, così il DMA interviene per stabilire le regole volte a creare un mercato equo e contendibile e per combattere i monopoli delle Big Tech.

In conclusione, grazie al DMA il costituzionalismo europeo riprende vigore rispetto agli ultimi anni e viene assicurata una maggiore libertà sul mercato in virtù di un approccio che sembra essere ispirato alla dottrina ordolibera, con l'effetto che la tutela dei diritti fondamentali di consumatori e imprese tornano al centro dell'attenzione, scavalcando l'obiettivo della crescita economica.

4. Viene naturale porsi anche i seguenti interrogativi: perché regolare il comportamento delle Big Tech sul mercato è importante ai fini della tutela della concorrenza? Perché è necessario uno specifico atto a tale scopo?

Per rispondere a tali quesiti è opportuno partire da due presupposti di carattere generale. Il primo è che la concorrenza è un mezzo, non un fine. Il fine è quello di garantire il buon funzionamento dell'attività economica e condizioni ottimali di benessere del consumatore, mentre la concorrenza è un mezzo necessario laddove ci siano risorse limitate e si debba garantire l'accesso ad esse. Diceva, infatti, Adam Smith che la concorrenza è una gara per conquistare le risorse limitate³¹. Regolare questa gara è il compito del diritto, qualsiasi sia l'ambito a cui si riferisce, ovunque le risorse siano limitate, perché, se non lo fossero, non ci sarebbe una gara e, pertanto, non ci sarebbe bisogno del diritto. Si perviene, così, al secondo presupposto: la concorrenza richiede regole. Ronald Coase, economista britannico, scrisse che "se c'è qualcosa che si avvicina alla concorrenza perfetta, essa richiede normalmente un complesso sistema di norme e regolamenti"³² e questo sistema complesso di norme e regolamenti si chiama mercato. Il

³¹ G.J. STIGLER, *Perfect Competition, Historically Contemplated*, in *Journal of Political Economy*, vol. 65, no. 1, 1957, p. 1.

³² R. COASE, *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 2006, p. 49.

mercato, dunque, non è una formazione spontanea ma un’istituzione a cui la forma è data dalla disciplina normativa.

Nel caso al vaglio nel presente scritto, nel contesto dei servizi di piattaforma di base (quali i servizi di intermediazione online, i motori di ricerca, i servizi di social network, i servizi di piattaforma per la condivisione di video, i servizi di comunicazione elettronica interpersonale, i sistemi operativi, i servizi *cloud* e i servizi di pubblicità), quelle che sono state definite “risorse” possono essere identificate nei punti di accesso per gli utenti commerciali verso i loro clienti e viceversa, ed esse appaiono effettivamente limitate perché poche grandi piattaforme digitali (i.e. le Big Tech) le detengono. Per questo motivo, una “gara” per conquistare tali risorse limitate – o quantomeno per avervi accesso – esiste realmente e, dunque, c’è bisogno del diritto per regolarla. Il diritto in questione è contenuto nel DMA.

Queste premesse servono a porre le basi per una valutazione sulla qualità ed efficacia del DMA e sulla necessità di adottarlo. A ben vedere, alcuni esponenti della dottrina – seppur nell’ambito di considerazioni complessivamente positive della proposta legislativa – l’hanno indirettamente criticato, vuoi per la sovrapposibilità delle fattispecie in esso regolate alle previsioni di cui all’art. 102 del TFUE³³, vuoi perché incompleto³⁴, vuoi perché troppo complesso, vuoi perché mal strutturato³⁵. In effetti, tali problematiche – sulle quali non si tornerà nel presente scritto in quanto già ampiamente vagliate – sono del tutto evidenti. Tuttavia, vi sono alcuni argomenti che spingono a sostenere che oggi la tutela della concorrenza potrebbe beneficiare enormemente di un atto quale il DMA, sebbene esso necessiti di qualche aggiustamento.

³³ P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, *supra*; G. MONTI, *The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement*, TILEC Discussion Paper, 22 febbraio 2021, pp. 14-17.

³⁴ G. MONTI, *The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement*, *supra*, pp. 11-14, il quale sottolinea che dovrebbero essere previste norme di richiamo al private enforcement.

³⁵ 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, p. 540; G. MONTI, *The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement*, *supra*, pp. 2-3.

Per quanto riguarda la qualità ed efficacia del DMA, occorre innanzitutto rilevare che un tale atto – che appare come *lex specialis* rispetto all’art. 102 del TFUE o, meglio, come un’applicazione rafforzata e, per certi versi, semplificata dello stesso articolo – crea allo stesso tempo maggiore certezza giuridica e maggiore effetto deterrente per le Big Tech. Queste ultime conoscono *a priori* quali sono gli obblighi specifici a cui devono sottostare, hanno la possibilità di comunicare con la Commissione per discutere dell’efficacia delle misure che intendono attuare al fine di non incorrere in illeciti³⁶, sanno che vi è un’istituzione (i. e. la Commissione) altamente consapevole di quali sono le più comuni pratiche anticoncorrenziali messe in atto sui mercati digitali, pronta ad agire e che ha a disposizione uno strumento *ad hoc* sul quale basare rapidamente la propria azione. Sul punto, è stato rilevato che anche le autorità nazionali potrebbero svolgere un ruolo chiave in quanto si trovano in una posizione migliore per ricevere i reclami o per prestare assistenza nella progettazione dei rimedi o nel monitoraggio della conformità *ex post*³⁷. Tuttavia, tali autorità nazionali o diventerebbero dei meri punti di contatto tra i denunciatori e la Commissione, dovendosi semplicemente occupare della trasmissione dei fascicoli a Bruxelles, o dovrebbero essere autorizzate ad applicare direttamente il DMA. Nella proposta di DMA si è optato per una centralizzazione dell’*enforcement* nelle mani della sola Commissione, ritenuta la sede più opportuna³⁸ in considerazione del fatto che quasi il 24% del commercio online totale in Europa è transfrontaliero e si stima che entro il 2025 i mercati online rappresenteranno il 65% delle vendite online transfrontaliere in Europa³⁹. Inoltre, il raggio d’azione e i modelli di business dei *gatekeepers* sono sovranazionali e molto spesso di

³⁶ Art. 7, par. 7 del DMA.

³⁷ G. MONTI, *The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement*, *supra*, p. 6; C. CARUGATI, *The Role of National Authorities in the Digital Markets Act*, 20 ottobre 2021, disponibile su SSRN al seguente link: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3947037.

³⁸ Sul punto, cfr. G. MONTI, *The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement*, *supra*, pp. 4-5; F. CHIRICO, *Digital Markets Act: A Regulatory Perspective*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n. 7, 2021, pp. 498-499; P. LAROCHE, 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, pp. 558-560.

³⁹ V. Impact assessment del DMA, paragrafo 103.

natura globale e diversi servizi transfrontalieri delle piattaforme di base sono gestiti dagli stessi *gatekeepers* in tutta l'UE.

Quanto all'effetto deterrente del DMA di cui si è detto, preme far notare che esso potrebbe addirittura essere rafforzato tramite una modifica della proposta legislativa. Infatti, una maggiore deterrenza e, di conseguenza, il mantenimento di una concorrenza più effettiva nell'UE potrebbero ottenersi affiancando al *public enforcement* il *private enforcement*. Nella proposta legislativa mancano completamente disposizioni in merito. Al contrario, a parere di chi scrive, sarebbe necessario introdurre disposizioni che facilitino la proposizione di azioni di risarcimento del danno. È chiaro che i danni subiti dalle vittime di una violazione del DMA sono certamente di modesta entità rispetto ai ricavi che le Big Tech riescono ad ottenere, per cui il pericolo di essere esposti ad azioni risarcitorie più facilmente proponibili da parte dei clienti, sebbene numerosi, contribuirebbe soltanto in limitata misura a scoraggiare i *gatekeepers* dall'assumere comportamenti incompatibili con gli obblighi previsti. Tuttavia, è innegabile che l'introduzione di previsioni di tal fatta avrebbe vari effetti positivi, anche in termini di completezza del sistema (andandosi ad aggiungere in via complementare al *public enforcement*) e di tutela del singolo. Inoltre, occorre rilevare che il DMA appare come un terreno particolarmente fertile per il *private enforcement* in quanto il suo impianto generale risulta già compatibile con eventuali previsioni in materia. Innanzitutto, è evidente che mentre i *gatekeepers* sono nella posizione migliore per internalizzare gli obblighi previsti nel DMA ed adattare le loro pratiche commerciali al fine di garantire la conformità ad essi, i loro clienti sono nella posizione migliore per verificare se c'è stata un'inosservanza degli stessi⁴⁰. Poi, spetta alla Commissione designare i *gatekeepers*, per cui chiunque volesse proporre un'azione di risarcimento del danno non si troverebbe davanti alla difficoltà di dover definire il mercato rilevante e la posizione dominante. Ancora, gli obblighi di cui all'art. 5 del DMA sono *self-executing*, dunque chiunque ritenga che questi non siano stati rispettati può ricorrere dinanzi ai tribunali nazionali. Gli obblighi di cui all'art. 6 del DMA, invece, sono

⁴⁰ G. MONTI, *The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement*, *supra*, p. 12.

suscettibili di ulteriori specificazioni che la Commissione indica in una sua decisione – frutto di un accordo *ex ante* con il *gatekeeper* sulle misure che quest'ultimo dovrà attuare – e, in caso di violazione di tale decisione, quest'ultima potrebbe essere preziosa per la proposizione di un'azione di risarcimento del danno, assurgendo a parametro di legalità del comportamento del *gatekeeper* e facilitando, così, la prova della commissione dell'illecito. Infine, occorre sottolineare che la previsione all'interno del DMA di regole che facilitino la proposizione di azioni di risarcimento del danno sarebbe in linea non solo con varie sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea (come *Francoovich* o *Courage*)⁴¹ ma anche con altri atti di diritto dell'UE che prevedono un *enforcement* nelle mani di attori privati che agiscono in qualità di “*private attorneys general*” (i.e. una sorta di pubblico ministero nel diritto statunitense). Si pensi, ad esempio, alle regole introdotte con la c.d. “direttiva Danni”⁴² nel contesto dell'*antitrust enforcement*, quali quella relativa alla vincolatività delle decisioni definitive adottate dalle Autorità nazionali garanti della concorrenza e dai giudici del ricorso ai

⁴¹ Sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Andrea Francoovich e altri c. Repubblica italiana*, EU:C:1991:428, nella quale la Corte ha precisato che i singoli possono far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti sanciti dalle norme comunitarie e ha osservato che la piena efficacia delle norme comunitarie e la piena tutela dei diritti da esse riconosciuti sarebbero messe a repentaglio se i singoli individui non potessero ottenere un risarcimento in caso di lesione dei loro diritti a causa di una violazione delle norme comunitarie imputabile ad uno Stato membro. Questo stesso approccio è stato utilizzato, poi, nella sentenza del 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan e Bernard Crehan c. Courage Ltd e altri*, EU:C:2001:465, punto 27, in cui la Corte ha affermato che: “Un siffatto diritto [al risarcimento del danno] rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulati, idonei a restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità”.

⁴² Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, GU L 349 del 5.12.2014, pp. 1–19.

fini delle azioni *follow-on*⁴³ oppure quelle relative all'accesso alle prove⁴⁴.

Passando alla questione relativa alla necessità di adottare un atto come il DMA, occorre notare che, date le peculiarità del settore, ci sono tre necessità a cui occorre far fronte e a cui il DMA sembra dare una risposta abbastanza soddisfacente, pur necessitando – anche su questo versante – di alcuni aggiustamenti.

Innanzitutto, c'è bisogno di un atto che superi quelle che sono state percepite come le principali debolezze dell'uso del diritto della concorrenza nei mercati digitali, cioè la lentezza con cui procedono i casi antitrust e la mancanza di incisività dei rimedi imponibili. A tal proposito, il pregio della proposta legislativa risiede nel consistere in una regolazione *ex ante* (come rilevato nei paragrafi precedenti), il che permette di anticipare la tutela ad un momento precedente rispetto a quello della commissione degli illeciti da parte delle Big Tech.

⁴³ Ibidem, art. 9. Sul punto, cfr. *ex multis*, M. SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, 2014; R. NAZZINI, *The Binding effect of decisions by Competition Authorities in the European Union*, in *Italian Antitrust Review*, vol. 2, 2015; B. NASCIBENE, *La vincolatività del provvedimento di condanna dell'Autorità garante successivamente alla direttiva sul private enforcement (Direttiva 2014/104/UE)*, 14/11/2016, disponibile al seguente link: rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/2017/01/Relazione-14.11.2016.pdf; C. MASSA, *The effects of decisions adopted by competition authorities in the framework of Directive 2014/104/EU: criticalities and future prospects*, in R. MASTROIANNI, A. ARENA (a cura di), *60 years of EU competition law: stocktaking and future prospects*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 113-128.

⁴⁴ Direttiva 2014/104/UE, *supra*, artt. dal 5 all'8. Sul punto, cfr. *ex multis*, S. BASTIANON, *La tutela dei privati e l'accesso alle informazioni riservate: recenti sviluppi*, in G. TESAURO, *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013; C. FRATEA, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea – Profili europei, internazionalprivatistici e interni*, Napoli, 2015, p. 47-62; C. LO SURDO, *Programmi di leniency, accesso e divulgazione nel giudizio civile alla luce della Direttiva sul danno antitrust*, disponibile al seguente link: www.osservatorioantitrust.eu/it/programmi-di-leniency-accesso-e-divulgazione-nel-giudizio-civile-alla-luce-della-recente-direttiva-sul-danno-antitrust/; M. TRIMARCHI, *La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza nella direttiva sull'antitrust private enforcement (direttiva 2014/104/UE)*, in *AIDA*, 2015; C. MASSA, *The disclosure of leniency Statements and other Evidence under directive 2014/104/EU: an Undue Prominence of Public Enforcement?*, in *Market and Competition Law Review*, vol. II, n. 1, 2018, p. 149-169.

Allo stesso tempo, c'è bisogno di un atto che si adatti alla mutevole realtà del mondo online e il DMA prevede la possibilità che la Commissione conduca indagini per identificare nuove pratiche sleali o limitanti la contendibilità del mercato, il che fa sì che si possa stare al passo con le evoluzioni del digitale. Infatti, oltre agli obblighi già stabiliti sulla base dell'“esperienza maturata (...) nell'applicazione delle norme dell'UE in materia di concorrenza”⁴⁵, il DMA prevede la possibilità di aggiornare e ampliare il novero degli obblighi dei *gatekeepers* a seguito di una “indagine capillare sulla natura e sull'impatto di pratiche specifiche”⁴⁶ e di un “dialogo normativo”⁴⁷ con i *gatekeepers* stessi. Si denota, dunque, una certa lungimiranza del legislatore europeo nel tentativo di creare un ambiente normativo in cui il potere del *gatekeeper* sia abbastanza contenuto.

Infine, è fondamentale regolare in maniera più sistematica il comportamento delle Big Tech sul mercato e grazie al DMA si può senz'altro ottenere un buon grado di sistematicità della regolazione. Tuttavia, è proprio a tal fine che sarebbero auspicabili alcuni aggiustamenti della proposta legislativa in quanto, come già rilevato in dottrina, l'elencazione degli obblighi per i *gatekeepers* in esso contenuta appare confusionaria, con numerose prescrizioni “estremamente eterogenee e tra loro dissimili”⁴⁸. A parere di chi scrive, l'esistenza di un atto *ad hoc* sui mercati digitali è senza dubbio un valore in sé per il diritto della concorrenza UE ma questo atto potrebbe essere meglio strutturato, magari prevedendo una suddivisione più razionale degli obblighi, con un'organizzazione in gruppi distinti sulla base degli obiettivi perseguiti, che non siano semplicemente quelli generici dell'equità e della contendibilità che ispirano l'intero atto di riforma del digitale ma che siano più puntuali (ad esempio, la promozione dell'accesso ai dati, l'agevolazione della scelta dei consumatori, la promozione della trasparenza, etc.).

⁴⁵ Considerando n. 33 della proposta di DMA.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Così P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, *supra*, p. 33.

5. Vari Stati di diversi continenti sono oggi alle prese con le riforme del digitale. Ciò che accomuna tutte queste riforme è la particolare attenzione rivolta ad una delle problematiche più complesse cui dover far fronte: quella dello strapotere delle Big Tech e dei loro comportamenti anticoncorrenziali. Vari sono gli strumenti utilizzati per restituire equità e contendibilità ai mercati digitali: in alcuni ordinamenti sono state previste riforme legislative (ad esempio, negli USA, in Cina e in Germania), in altri sono stati istituiti organismi di regolazione *ad hoc* (ad esempio, in Giappone e nel Regno Unito), in altri ancora si è optato per l'introduzione di strumenti di regolazione *ex ante* degli obblighi a cui le Big Tech devono sottostare (ad esempio, nell'Unione europea e in Australia).

Il legislatore dell'Unione europea ha proposto l'adozione di un regolamento, il DMA, contenente norme armonizzate che definiscono alcuni obblighi volti a scongiurare determinate pratiche sleali dei *gatekeepers* e prevedono un meccanismo di applicazione basato su indagini di mercato. La proposta di regolamento si caratterizza per essere una normativa settoriale (in quanto applicabile soltanto ai *gatekeepers*, ossia i fornitori di servizi di piattaforma di base) e si presenta come uno strumento di regolazione *ex ante*, che impone obblighi che le Big Tech devono rispettare, senza richiedere una valutazione dell'oggetto o dell'effetto delle pratiche sottostanti.

È possibile individuare due principali obiettivi del DMA: quello di proteggere in modo più efficace i consumatori e i loro diritti fondamentali online, in special modo la loro libertà di scelta, e quello di rendere i mercati digitali più equi e più aperti per tutti e, dunque, di assicurare la libertà di impresa di cui all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La centralità della tutela di questi diritti fondamentali all'interno del DMA emerge da numerose previsioni: da un lato, ve ne sono alcune che assicurano che i consumatori non siano sfruttati, che i loro dati non siano profilati, che non gli siano applicate pratiche abusive di *tying* tra un servizio della piattaforma di base e un altro, che gli sia data la possibilità di scegliere di quali applicazioni software avvalersi, etc.; dall'altro, ve ne sono altre volte a facilitare l'ingresso delle *new comers* in un determinato servizio di piattaforma di base o nei mercati ad esso adiacenti o in un servizio di intermediazione online concorrente alle piattaforme di distribuzione di

un *gatekeeper*, a ostacolare pratiche come il *side loading*, etc. Dunque, è possibile affermare che l'approccio del legislatore europeo nel DMA sembra essere ispirato ai principi della dottrina ordoliberal, il cui stigma è che occorre regolare il mercato in modo tale da renderlo effettivamente libero. In effetti, è proprio questo il compito del DMA, ossia regolare il comportamento che devono assumere le Big Tech in modo tale da rendere il mercato digitale libero, sia per le imprese che per i consumatori.

Anche dal punto di vista della tutela della concorrenza il DMA assume un certo rilievo, soprattutto perché riesce a creare una maggiore certezza giuridica (introducendo un quadro giuridico specifico, conoscibile *a priori* e che assicura la possibilità di confronto con la Commissione) e un maggiore effetto deterrente per le Big Tech. In relazione a quest'ultimo aspetto, nel presente scritto è stato rilevato che una maggiore deterrenza e, di conseguenza, il mantenimento di una concorrenza più effettiva nell'UE potrebbero ottenersi affiancando al *public enforcement* il *private enforcement*. D'altronde, le previsioni del DMA sarebbero perfettamente compatibili con un sistema di tal fatta, in quanto le loro caratteristiche e gli strumenti che esse introducono le rendono già di per sé inclini a facilitare la proposizione di azioni di risarcimento del danno. Inoltre, il DMA riesce anche a fronteggiare le principali debolezze dell'uso del diritto della concorrenza nei mercati digitali (ossia la lentezza con cui procedono i casi antitrust e la mancanza di incisività dei rimedi imponibili), configurandosi come uno strumento di regolazione *ex ante*, ad adattarsi alla mutevole realtà del mondo online, contenendo previsioni che permettono alla Commissione di identificare nuove pratiche sleali, e a regolare in maniera più sistematica il comportamento delle Big Tech sul mercato, anche se sarebbe auspicabile una maggiore razionalità nella categorizzazione degli obblighi previsti.

In conclusione, il DMA consente al costituzionalismo europeo di riprendere vigore rispetto agli ultimi anni in quanto assicura una più efficace tutela dei diritti fondamentali e una maggiore libertà sul mercato, in virtù di un approccio che sembra essere ispirato alla dottrina ordoliberal e che non ha più come unico obiettivo la sola crescita economica. Al tempo stesso, la tutela della concorrenza sui mercati digitali risulta rinforzata, sebbene a tal fine appaiano necessarie alcune

modifiche della proposta legislativa, come, ad esempio, l'introduzione di regole volte a facilitare la proposizione di azioni private di risarcimento del danno e la riorganizzazione più razionale degli obblighi previsti.