



## *L'enforcement del Digital Markets Act:* perché anche i giudici nazionali dovrebbero avere un ruolo fondamentale

**Cristina Schepisi\***

SOMMARIO: 1. La proposta della Commissione e il silenzio sul ruolo dei giudici nazionali. - 2. Le ragioni per un *private enforcement* del *Digital Markets Act*. - 3. Le disposizioni del *Digital Markets Act* invocabili dinanzi ai giudici nazionali. - 4. Azioni *stand alone*, rischio di frammentazione del mercato e di decisioni confliggenti. - 5. *Digital Markets Act*, autonomia procedurale e principi generali: quali regole?

1. La procedura legislativa per l'adozione del *Digital Markets Act* è attualmente in pieno svolgimento. Sia il Consiglio che il Parlamento si sono espressi formulando una serie di emendamenti ed integrazioni al testo originario della Commissione. Riguardo all'architettura istituzionale una grande attenzione è certamente rivolta alla possibilità di un ruolo più incisivo delle autorità nazionali a fronte del deciso accentramento dell'*enforcement* nelle mani della Commissione.

Se il dibattito e le proposte di modifica e integrazione formulate da più parti sono largamente concentrate sul contenuto dei nuovi obblighi

---

\* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Napoli Parthenope.

imposti ai *gatekeepers*, sul rapporto tra il *Digital Markets Act* e le regole sulla concorrenza del TFUE e sul futuro assetto della struttura di *governance*, appare invece ancora poco chiaro ed esplorato il ruolo che potrebbero svolgere i giudici nazionali e dunque lo spazio previsto per il *private enforcement*.

Per la verità, la proposta della Commissione, presentata il 15 dicembre 2020<sup>1</sup>, tace completamente sul punto. L'unico riferimento ai giudici nazionali compare solo (e informalmente) nell'ambito delle varie Q&A pubblicate dalla stessa Commissione nella pagina web dedicata al *Digital Markets Act*: “*The Digital Markets Act is a Regulation, containing precise obligations and prohibitions for the gatekeepers in scope, which can be enforced directly in national courts. This will facilitate direct actions for damages by those harmed by the conduct of non-complying gatekeepers*”<sup>2</sup>.

Una maggiore attenzione sembra invece essere emersa durante l'iter della procedura legislativa ancora in corso<sup>3</sup>. La versione emendata dal Parlamento europeo (15 dicembre 2021<sup>4</sup>) introduce un nuovo considerando (77-*bis*) il quale riconosce che “I tribunali nazionali svolgeranno un ruolo importante nell'applicazione del presente regolamento e dovrebbero essere autorizzati a chiedere alla

---

<sup>1</sup> [eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=IT)

<sup>2</sup> [ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA\\_20\\_2349](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_20_2349)

<sup>3</sup> Auspica un maggior coinvolgimento del giudice nazionale anche il documento del 22 giugno 2021 “*Joint paper of the heads of the national competition authorities of the European Union. How national competition agencies can strengthen the DMA*”, secondo cui: “Anyone - be they an individual, including consumers and undertakings, or a public authority - can benefit from the remedies implemented and claim compensation before national courts for the harm caused to them. This strengthens the practical and deterrent effect of the decisions issued by competition agencies” (punto 12); e “Finally, in view of the direct effect of the regulation on national legal orders, national courts will also play a key role in enforcing the DMA. In this respect, it is important to ensure a strong connection between the public and private enforcement systems of the DMA” (punto 26); “European national competition authorities believe that the way forward to ensure an effective and quick implementation of the DMA should be threefold: (i) the primary application of the DMA by DG COMP at the European Commission, (ii) a complementary possibility of enforcement of the DMA by national competition authorities<sup>10</sup> and (iii) *the establishment of a mechanism for close coordination and cooperation between these agencies, as well as with national courts implementing both the DMA and EU (and national) competition law*” (punto 19).

<sup>4</sup> [europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0499\\_EN.html](https://europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0499_EN.html)

Commissione di inviare loro informazioni o pareri su questioni relative all'applicazione del presente regolamento. Nel contempo, la Commissione dovrebbe poter presentare osservazioni orali o scritte agli organi giurisdizionali degli Stati membri". Nella bozza dell'art. 5 vengono inoltre inserite anche le *giurisdizioni nazionali* tra le autorità pubbliche dinanzi alle quali agli utenti commerciali non può essere precluso *direttamente o indirettamente*, di sollevare questioni relative alle pratiche dei *gatekeeper* o di vedere limitata tale possibilità.

Non molto in realtà, mentre un po' più esaustiva è una disposizione (art. 32-ter<sup>5</sup>) inserita dal Consiglio nel documento adottato il 16 novembre 2021<sup>6</sup>. Anche tale norma si limita tuttavia ad introdurre un meccanismo di coordinamento tra la Commissione e i giudici nazionali simile a quello previsto nell'ambito del diritto della concorrenza.

A prescindere da quello che sarà il contenuto finale del *Digital Markets Act* e dall'inserimento di norme *ad hoc* sul ruolo delle giurisdizioni nazionali, appare comunque utile svolgere qualche brevissima riflessione su un profilo che è solo apparentemente residuale e che nonostante la scarsa o minore attenzione rivolta dal legislatore

---

<sup>5</sup> Articolo 32-ter *Cooperazione con le giurisdizioni nazionali*. 1. Nei procedimenti relativi all'applicazione del presente regolamento, le giurisdizioni nazionali possono chiedere alla Commissione di trasmettere loro le informazioni in suo possesso o il suo parere su questioni riguardanti l'applicazione del presente regolamento. 2. Gli Stati membri inoltrano alla Commissione copia di tutte le sentenze scritte emesse dalle giurisdizioni nazionali sull'applicazione del presente regolamento. Tale copia è trasmessa senza indugio dopo che il testo integrale della sentenza scritta è stato notificato alle parti. 3. Ove necessario ai fini dell'applicazione coerente del presente regolamento, la Commissione può, agendo di propria iniziativa, presentare osservazioni scritte alle giurisdizioni nazionali. Previa autorizzazione della giurisdizione in questione, la Commissione può inoltre formulare osservazioni orali. 4. Ai soli fini della preparazione delle sue osservazioni, la Commissione può chiedere alla giurisdizione nazionale in questione di trasmetterle o di fare in modo che le vengano trasmessi i documenti necessari alla valutazione del caso. 5. Le giurisdizioni nazionali non formulano decisioni che siano in contrasto con una decisione adottata dalla Commissione a norma del presente regolamento. Esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati a norma del presente regolamento. A tal fine la giurisdizione nazionale può valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da essa avviati. Ciò lascia impregiudicata la capacità delle giurisdizioni nazionali di chiedere una pronuncia pregiudiziale a norma dell'articolo 267 TFUE.

<sup>6</sup> Orientamento generale del Consiglio, reperibile all'indirizzo [data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13801-2021-INIT/it/pdf](https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13801-2021-INIT/it/pdf)

europeo e dalla dottrina<sup>7</sup>, acquisterà certamente col tempo maggiore risonanza.

2. Due sono le principali ragioni per le quali è innegabile che anche il *private enforcement* possa (o debba) svolgere un ruolo di un certo rilievo nell'applicazione del *Digital Markets Act*.

La prima – e abbastanza scontata – è che laddove siano imposti obblighi puntuali ed incondizionati in capo a determinati operatori privati e la violazione di tali obblighi sia suscettibile di ledere altrui diritti, i soggetti che si ritengano lesi devono poter ricorrere dinanzi ai giudici nazionali a tutela dei loro interessi<sup>8</sup>. E, dunque, il fatto che l'atto in questione, nell'introdurre tali obblighi preveda espressamente un sistema di *public enforcement* e/o non menzioni a sufficienza il ruolo del giudice nazionale non ha di per sé rilevanza, essendo sufficiente che una specifica norma violata sia, per la sua conformazione, direttamente azionabile in giudizio. Il diritto di avvalersi dei rimedi giurisdizionali previsti nell'ambito di un singolo ordinamento è infatti, come noto, un principio generale (e fondamentale) dell'Unione e prescinde da un esplicito riferimento al *private enforcement* contenuto in una norma primaria o in un atto derivato.

---

<sup>7</sup> Cfr. M. KOMNINOS, *The DMA and private enforcement – Yes but with moderation!*, in *Chilling Competition*; A. P. KOMNINOS, *The DMA Proposal and the Court of Justice: All eyes in Luxembourg*, in *Kluwer Competition Law Blog*, May 3, 2021; ID., *The Digital Market Act and Private enforcement: Proposals for an Optimal System of Enforcement*, in E. M. FOX, (ed.), *Liber Amicorum, Antitrust Ambassador to the World* (Concurrences, 2021); R. PODSZUN, *Private enforcement and Gatekeeper Regulation: Strengthening the Rights of Private Parties in the Digital Market Act*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, p. 1 ss. Per parziali riferimenti anche tali questioni, cfr. anche C. MASSA, *Ultimi sviluppi della riforma del digitale in Europa: il Digital Markets Act tra costituzionalismo europeo e concorrenza*, in *I Post di AISDUE*, III (2021), aisdue.eu Sezione “Atti convegni AISDUE”, n. 7, 29 dicembre 2021; G. BRUZZONE, *Verso il Digital Markets Act: obiettivi, strumenti e architettura istituzionale*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, n. 2, 2021, p. 323; G. MONTI, *The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement*, TILEC Discussion Paper DP 2021-004.

<sup>8</sup> Sentenze della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*; del 27 marzo 1974, causa 127/73, *BRT*; del 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage & Crehan*; del 13 luglio 2006, cause riunite C-295/04 e C-298/04, *Manfredi*; dell'11 dicembre 1973, causa 120/73, *Lorenz*; dell'11 luglio 1996, causa C-39/94, *Syndicat français de l'Express International (SFEI)* e a.

Vale solo la pena di ricordare che non costituirebbe evidentemente un ostacolo, al riconoscimento di un ruolo del giudice nazionale l'esistenza, in un determinato ambito settoriale, di una competenza accentrata in capo alla Commissione, ben potendo coesistere entrambi i ruoli, seppur per diversi profili e con le dovute limitazioni. La competenza esclusiva di cui godeva la Commissione, nel sistema *ante reg.* (UE) n. 1/2003, in materia di esenzioni ai sensi dell'art. 101, par. 3 TFUE, non impediva ad esempio, al giudice nazionale di valutare la contrarietà di un accordo tra imprese alla luce del primo paragrafo dello stesso art. 101; così come, nell'ambito del sistema di controllo degli aiuti di Stato, la competenza esclusiva della Commissione sulla valutazione di compatibilità (art. 107, parr. 2 e 3, TFUE), non preclude allo stesso giudice nazionale di qualificare una determinata misura statale come aiuto, dichiarare illegittimo il provvedimento nazionale che lo ha istituito, ordinare il recupero dell'aiuto o il risarcimento del danno e disporre misure cautelari. Si consideri, infine che i giudici nazionali hanno il potere di applicare direttamente i regolamenti di esenzione fondati sull'art. 101, par. 3 TFUE o sull'art. 107, par. 3 TFUE.

La seconda ragione è più pragmatica. Guardando al limitrofo settore della concorrenza, è indubbio come il *private enforcement* abbia assunto nel tempo un ruolo sempre più decisivo per assicurare l'effettività delle regole di concorrenza poste dal Trattato. Non a caso è la stessa Commissione, oltre alla Corte di giustizia<sup>9</sup>, ad aver progressivamente insistito sul rafforzamento dei poteri dei giudici nazionali in tutti i settori della concorrenza, anche per la funzione di deterrenza che le azioni dei privati (siano essi consumatori o competitors) possono svolgere riguardo a comportamenti anti-concorrenziali delle imprese<sup>10</sup>. Le azioni *stand alone* contribuiscono inoltre all'emersione di condotte illecite che potrebbero ancora non essere state sottoposte al vaglio della Commissione o delle autorità

---

<sup>9</sup> *Ex multis*, sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage*.

<sup>10</sup> Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE; Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, C/2021/5372.

nazionali. E vale la pena di notare che è proprio in tali casi che il giudice nazionale può adottare prontamente misure cautelari ed inibire in via d'urgenza una data condotta sul mercato.

La complementarità tra il *public* e il *private enforcement* è del resto ribadita sempre più frequentemente nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Entrambi i sistemi sono “funzionali al perseguimento dell’interesse pubblico a un’effettiva e libera concorrenza nel mercato unico”<sup>11</sup>. Lungi dall’essere due sistemi separati essi costituiscono invece “parti composite di un insieme”<sup>12</sup>, e sono tra loro comunicanti, con l’ulteriore conseguenza che concetti, principi e regole applicate in un settore possono all’occorrenza produrre eventualmente effetti anche nell’altro<sup>13</sup>. Valga per tutti la nozione di impresa a fini sanzionatori e risarcitori, o i termini di prescrizione o ancora il calcolo degli interessi.

Va da sé, infine, che se la Corte ha avuto l’occasione di precisare caratteristiche, raggio d’azione, modalità, impatto dell’uno e dell’altro sistema di *enforcement* o di rafforzare principi, o, ancora di estenderne

---

<sup>11</sup> Sentenze della Corte di giustizia del 14 marzo 2019, causa C-724/17, *Skanska* e del 21 gennaio 2021, causa C-308/19, *Consiliul Concurenței c. Whiteland Import Export SRL*.

<sup>12</sup> Come, ad esempio, sintetizzato dall’AG Whal nelle sue conclusioni nella causa *Skanska*, causa C-724/17 (punto 80), “il public enforcement e il private enforcement sono complementari e costituiscono parti composite di un insieme”. Il concetto è stato ulteriormente ricordato e ribadito nella giurisprudenza successiva e, in particolare dall’AG Pitruzzella nelle sue conclusioni al caso *Consiliul Concurenței* (3 settembre 2020, causa C-308/19, *Consiliul Concurenței c. Whiteland Import Export SRL*) che sottolinea che il coordinamento tra le modalità di *enforcement* “si pone l’obiettivo di stimolare una interazione virtuosa, in modo da perseguire lo scopo comune dell’applicazione effettiva del diritto della concorrenza” e che “il diritto di chiunque di richiedere il risarcimento del danno derivante da una condotta anticompetitiva “rafforza [...] il carattere operativo delle regole di concorrenza dell’Unione [...] contribuendo in tal modo al mantenimento di un’effettiva concorrenza nell’Unione europea”. Sulla stessa posizione il *Joint paper of the heads of the national competition authorities of the European Union*, cit., secondo cui “The accumulated experience of the enforcement mechanisms put in place for competition law should in this context benefit the DMA and serve as a meaningful example, with in particular the setting-up of the ECN, an existing system of cooperation with national courts, some well-established case law on the private enforcement of competition law and Directive 2014/104 harmonizing certain rules governing actions for damages for competition law infringements” (punto 26).

<sup>13</sup> Sul punto ci si permette di rinviare a C. SCHEPISI, *Public e private enforcement nel settore antitrust e degli aiuti di Stato: convergenze, divergenze e circolarità di principi nel dialogo tra i giudici e la Corte di giustizia*, in rivista.eurojus.it, n. 2, 2021, p. 126 ss.

la portata dall'uno all'altro settore, è proprio grazie alla progressiva affermazione del *private enforcement*. Le pronunce della Corte sono infatti in gran parte frutto dei rinvii pregiudiziali, sempre più numerosi, sollevati ai sensi dell'art. 267 TFUE dai giudici nazionali chiamati a risolvere un numero crescente di controversie tra soggetti privati per la violazione della normativa antitrust dell'Unione.

3. La condizione necessaria (e sufficiente) affinché il regolamento sul DMA (o qualche sua specifica norma) sia *enforceable* dinanzi ad un giudice nazionale è evidentemente che ne sia riconosciuta l'efficacia diretta. Il che non è tuttavia un dato scontato. Se per un verso, il regolamento è per definizione un atto direttamente applicabile, per altro occorre ricordare che tale requisito non implica automaticamente che le norme in esso contenute siano tutte immediatamente dotate di efficacia diretta<sup>14</sup>. Resta infatti fermo che tale requisito discende comunque dall'essere, la singola norma, precisa (nel contenuto del diritto o dell'obbligo) ed incondizionata. Numerosi sono i casi nei quali il regolamento potrebbe avere necessità di misure di integrazione, esecuzione, accompagnamento<sup>15</sup>. Inoltre, e questo è senz'altro il caso del DMA, sono ovviamente sprovviste di efficacia diretta le disposizioni che regolano il procedimento dinanzi alla Commissione, o che attribuiscono ad essa un margine di discrezionalità. Tali norme non creano alcun obbligo o diritto a carico di soggetti nazionali pubblici o privati.

Non è dunque certamente dotato di efficacia diretta l'art. 3, riguardo alla qualificazione come *gatekeepers* di determinati fornitori di servizi di piattaforma. Il potere di designazione spetta infatti in via esclusiva alla Commissione previa notifica, da parte dello stesso fornitore, del raggiungimento delle soglie indicate nel par. 2 dell'art. 3, o, in mancanza di tale notifica, all'esito di una valutazione di ulteriori requisiti. La designazione ha pertanto efficacia costitutiva. La mancata notifica e, in ogni caso la mancata designazione di un fornitore di base

---

<sup>14</sup> Cfr. *ex multis*, L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2020, p. 291; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2017, pp. 171 e 172.

<sup>15</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2008, causa C-132/05, *Commissione c. Germania*; dell'11 febbraio 2001, causa C-403/98, *Monte Arcosu*.

come *gatekeeper* non sarebbe pertanto azionabile dinanzi ad un giudice nazionale che non può accertare se siano o meno soddisfatti i requisiti di cui al par. 1, lett. da a) a c). Per le medesime ragioni è inoltre ovviamente da escludere che il giudice nazionale possa rivolgersi alla Corte di giustizia in via pregiudiziale per ottenere chiarimenti sull'interpretazione dell'art. 3.

Sprovviste di tale carattere sono anche le norme di cui all'art. 8 (sospensione degli obblighi) e 9 (esenzioni)<sup>16</sup>. Entrambe attribuiscono alla Commissione un margine di discrezionalità, inconciliabile con i requisiti della precisione e incondizionatezza.

Diverso discorso potrebbe invece riguardare gli artt. 5 e 6, inseriti nel Capo III "*Pratiche dei gatekeepers che sono sleali o che limitano la contendibilità*". In caso di violazione di tali norme il potere sanzionatorio è accentrato in capo alla Commissione, ma la loro formulazione non esclude affatto che anche i giudici nazionali ne possano accertare il mancato rispetto al fine di trarne le conseguenze in termini di tutela dei diritti dei soggetti privati. Il discorso è ovviamente più semplice per quanto riguarda l'art. 5. Tale disposizione contiene infatti una serie dettagliata di obblighi che i *gatekeepers* sono tenuti a rispettare ed è redatte in maniera certamente precisa e incondizionata.

Anche l'art. 6 introduce un certo numero di obblighi nei confronti del *gatekeeper*, tuttavia l'art. 7 prevede che la Commissione possa intervenire per specificare ulteriormente le misure che il *gatekeeper* dovrebbe adottare per garantire il rispetto degli obblighi indicati, laddove quelle già adottate risultino inefficaci. Tale elemento potrebbe, da un lato, essere significativo dell'assenza di effetti diretti<sup>17</sup>. Per contro va notato che il potere della Commissione (che è comunque una facoltà) non riguarda la precisazione del contenuto degli obblighi, che invece appare puntuale, e non condizionato ad ulteriori valutazioni, ma

---

<sup>16</sup> Analogamente a quanto avveniva in applicazione del Reg. n. 17/62 che attribuiva alla Commissione la competenza esclusiva di concedere ai sensi del previgente art. 85, poi 81 TCE le esenzioni individuali (che infatti avevano efficacia costitutiva e non dichiarativa).

<sup>17</sup> Più critici invece, R. PODSZUN, P. BONGARTZ, S. LANGENSTEIN, *Proposals on how to improve the Digital Markets Act* (February 18, 2021): Policy paper in preparation of the information session on the Digital Markets Act in the European Parliament's Committee on Internal Market and Consumer Protection (IMCO) on 19 February 2021 e R. PODSZUN, *Private enforcement and Gatekeeper Regulation*, cit.



appunto solo la determinazione delle “misure” che consentirebbero più efficacemente un loro rispetto. Il fatto che il *gatekeeper* possa sollecitare l'apertura di un procedimento affinché la Commissione determini se le misure siano efficaci o meno e possa altresì “presentare, assieme alla sua domanda, una richiesta motivata per spiegare in particolare i motivi per cui le misure che intende attuare o ha attuato siano efficaci ai fini del conseguimento dell'obiettivo del pertinente obbligo nelle circostanze specifiche”, non priva gli obblighi di cui all'art. 6 del loro carattere cogente né ne modifica il contenuto<sup>18</sup>.

Un giudice non potrebbe certamente, senza sostituirsi alla Commissione, valutare se le misure siano o meno efficaci né suggerire quelle più appropriate, ma la redazione della norma dell'art. 6 parrebbe comunque consentirgli di accertare se gli obblighi (e non le modalità) siano stati rispettati o violati per poi trarne le necessarie conseguenze in termini di tutela di terzi soggetti, a meno che non sia già pendente un procedimento aperto dalla Commissione. In tal caso sarebbe opportuna la sospensione del giudizio in sede nazionale<sup>19</sup>. Qualora così non fosse, la norma potrebbe in ogni caso acquisire efficacia diretta dopo che la Commissione abbia eventualmente precisato il contenuto delle misure da adottare<sup>20</sup>.

Ovviamente nessuna violazione potrebbe essere imputabile ad un soggetto che non sia stato ancora designato come *gatekeeper* ai sensi dell'art. 3, o che abbia tale qualifica da meno di 6 mesi, posto che il regolamento consente di fatto a quest'ultimo di adeguare i propri servizi entro tale termine al fine di rispettare i (nuovi) obblighi<sup>21</sup>. Gli artt. 5 e 6 acquisterebbero pertanto efficacia diretta solo alla scadenza dei 6 mesi dalla designazione.

---

<sup>18</sup> In senso conforme anche A. P. KOMNINOS, *The Digital Market Act and Private enforcement: Proposals for an Optimal System of Enforcement*, cit.

<sup>19</sup> V. anche sentenza della Corte di giustizia del 28 febbraio 1991, causa C-234/89 *Delimitis*, a proposito della possibilità per il giudice nazionale di sospendere il procedimento per l'accertamento della violazione dell'art. 101, par. 1 TFUE, nel caso di pendenza o avvio da parte della Commissione del procedimento per valutare la concessione di un'esenzione ex art. 101, par. 3 TFUE.

<sup>20</sup> Cfr. R. PODSZUN, *Private enforcement and Gatekeeper Regulation*, cit.

<sup>21</sup> Il *gatekeeper* garantisce l'osservanza degli obblighi sanciti dagli artt. 5 e 6 entro 6 mesi dall'inserimento di un servizio di piattaforma di base nell'elenco di cui al paragrafo 7.

4. È indubitabile che un sistema diffuso di *private enforcement* comporterebbe un rischio di frammentazione nell'applicazione del DMA. Soggetti che operano generalmente in più mercati nazionali potrebbero essere sottoposti a procedimenti giurisdizionali con esiti discordanti tra loro o rischierebbero di veder paralizzata la propria attività in uno Stato membro e non nell'altro.

A fronte di tale pericolo parte della dottrina<sup>22</sup> ritiene più opportuno che l'intervento del giudice nazionale possa essere limitato alle azioni *follow-on* e dunque solo dopo che la Commissione abbia adottato una decisione che accerti la violazione da parte del *gatekeeper* degli obblighi di cui agli artt. 5 e 6. Una delimitazione di questo tipo dovrebbe (e potrebbe) essere espressamente prevista dal nuovo regolamento.

Un ruolo *ex post* del giudice nazionale lascerebbe di fatto spazio prevalentemente alle azioni risarcitorie che tuttavia rappresenterebbero un aspetto centrale del *private enforcement*. Militerebbe a favore di un ruolo limitato dei giudici anche l'esigenza di evitare la formazione di giudicati confliggenti con le decisioni della Commissione. Analogamente a quanto accaduto nel settore della concorrenza, i giudici potrebbero invece godere di poteri più diffusi dopo un certo numero di anni, una volta che si siano affermati e consolidati un buon numero di principi giurisprudenziali.

Va subito osservato che la proposta formulata in sede di Consiglio (nuovo art. 32-ter) non sembra escludere un ruolo del giudice sia nelle azioni *follow on* che *stand alone*. Le giurisdizioni nazionali, infatti oltre a non formulare “decisioni che siano in contrasto con una *decisione adottata* dalla Commissione” devono inoltre “evitare decisioni in contrasto con una *decisione contemplata* dalla Commissione in procedimenti da essa avviati a norma del presente regolamento”. E, prosegue la norma “A tal fine la giurisdizione nazionale può valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da essa avviati”. Tale disposizione presuppone evidentemente l'esistenza di procedimenti paralleli dinanzi alla Commissione e ai giudici nazionali. Anche la possibilità, sempre indicata dallo stesso art. 32-ter, che la Commissione

---

<sup>22</sup> Cfr. A. P. KOMNINOS, *The Digital Market Act and Private enforcement: Proposals for an Optimal System of Enforcement*, cit.

intervenga nel corso del giudizio nazionale, o del giudice di chiedere pareri e informazioni, è certamente funzionale ad evitare la formazione di giudicati contrastanti e dunque sembrerebbero presupporre che il giudice possa anche essere immediatamente chiamato a decidere su azioni *stand alone*.

Qualora una disposizione di questo tenore fosse ripresa anche nel testo finale andrebbe accolta con favore. Una soluzione che limitasse il *private enforcement* alle sole azioni *follow-on* si scontrerebbe infatti con le seguenti obiezioni.

La prima è che così operando, il potere di adottare misure cautelari sarebbe accentrato nelle sole mani della Commissione. Poiché la Commissione non sarebbe obbligata ad aprire, anche su segnalazione di terzi, un procedimento nell'ambito del quale eventualmente poi adottare un provvedimento d'urgenza, un concorrente che volesse tutelarsi da un rischio di un danno grave e irreparabile resterebbe nell'incertezza non solo di un esito favorevole ma, a monte, dello stesso avvio e chiusura di un procedimento, e dunque dell'adozione di un provvedimento che eventualmente possa essere impugnato in caso di diniego<sup>23</sup>. Considerata la centralità della tutela cautelare – anche per il diritto dell'Unione - il *vulnus* di tutela giurisdizionale effettiva sarebbe innegabile.

---

<sup>23</sup> Si veda in ogni caso l'emendamento suggerito dal Parlamento europeo circa l'introduzione di una nuova lettera (b *bis*) all'art. articolo 17 – comma 2 –per consentire alla Commissione di adottare misure cautelari nel corso delle indagini di mercato su nuovi servizi o nuove pratiche. La Commissione potrebbe dunque adottare tali misure anche al di fuori dell'apertura di un procedimento (combinato disposto artt. 18, 22 e 25). Un nuovo considerando (65-*bis*) illustrerebbe più nel dettaglio le modalità per l'adozione delle misure : “*La Commissione ha il diritto di imporre misure cautelari se esiste il rischio di un danno grave e immediato per gli utenti commerciali o gli utenti finali dei gatekeeper Le misure provvisorie possono costituire uno strumento importante per garantire che, durante l'indagine, la violazione oggetto di accertamenti non causi danni gravi e immediati per gli utenti commerciali o gli utenti finali dei gatekeeper. Nei casi di urgenza, laddove il rischio di danno grave e immediato per gli utenti commerciali o gli utenti finali dei gatekeeper possa derivare da nuove pratiche che potrebbero compromettere la contendibilità dei servizi di piattaforma di base, la Commissione dovrebbe avere la facoltà di imporre misure provvisorie stabilendo obblighi temporanei per il gatekeeper interessato. Tali misure temporanee dovrebbero limitarsi a quanto necessario e giustificato. Esse dovrebbero applicarsi fino al momento della conclusione dell'indagine di mercato e dell'emissione della corrispondente decisione finale della Commissione a norma dell'articolo*”.

Il rischio di frammentazione del mercato dovrebbe dunque in questo caso ritenersi recessivo dinanzi all'esigenza di offrire una tutela immediata e urgente ad operatori privati.

Tutela giurisdizionale effettiva e buon funzionamento del mercato non sono peraltro antitetiche. Sappiamo bene infatti che un sistema giurisdizionale efficace ingenera fiducia negli operatori commerciali e produce, come già rilevato, un effetto di deterrenza per comportamenti illeciti o scorretti sul mercato. Un limitato rischio di frammentazione del mercato potrebbe dunque costituire un modesto 'prezzo' da pagare per bilanciare i vari interessi in gioco e 'controbilanciare' al contempo un *public enforcement* accentrato nelle mani della Commissione - peraltro spesso restia (per lo meno nel settore della concorrenza) ad agire in via cautelare - anche in considerazione del fatto che le autorità nazionali sarebbero invece sprovviste di tale potere.

Continuando a ragionare in termini di policy si consideri, infine, quello che è lo scopo della regolazione *ex ante*: assicurare la contendibilità del mercato e di prevenire l'adozione di condotte nocive da parte di soggetti, *i gatekeepers*. E la velocità con la quale si muovono i mercati digitali è uno dei fattori che rendono poco efficiente un controllo (solo) *ex post*, in funzione rimediale e sanzionatoria. Tale controllo è, sì, in parte devoluto alle regole sulla concorrenza, ma è stato tuttavia necessariamente previsto anche nell'ambito del DMA. Ebbene, laddove i soggetti designati infrangano gli obblighi imposti dal DMA, anche l'accertamento di tali violazioni dovrebbe – per le medesime esigenze di “immediatezza” - essere il più rapido possibile. “Relegare” i giudici ad un ruolo solo nella “fase risarcitoria” potrebbe dunque essere anche controproducente per quelle che sono le specifiche finalità del nuovo strumento regolatorio: intervenire quanto più possibile *ex ante* ma garantire velocità anche nel controllo *ex post* in caso di violazioni<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> È ben vero che tale argomento potrebbe essere specularmente speso anche a favore del riconoscimento di un ruolo più centrale nell'*enforcement* per le Autorità nazionali. Si veda infatti il *Joint paper of the heads of the national competition authorities of the European Union* che sottolinea l'esigenza di un *enforcement* rapido ed immediato per sponsorizzare un ruolo più centrale delle autorità nazionali (ma anche dei giudici): “European national competition authorities believe that the way forward to *ensure an effective and quick implementation* of the DMA should be threefold: (i) the primary application of the DMA by DG COMP at the European Commission, (ii) a

La seconda obiezione è che la soluzione di attendere la formazione di principi giurisprudenziali, che consentano ai giudici nazionali di muoversi più consapevolmente nel caso di azioni di *follow on*, sarebbe un po' come un 'cane che si morde la coda'. Sappiamo bene infatti che la maggioranza delle pronunce rese dalla Corte di giustizia deriva proprio dai quesiti pregiudiziali sollevati dai giudici nazionali e che, a loro volta, il numero dei rinvii pregiudiziali dipende evidentemente dalla quantità di controversie che i giudici sono chiamati a dirimere in sede nazionale. Inoltre, data la specifica natura dell'art. 267 TFUE (che costituisce il meccanismo di collaborazione per eccellenza tra la Corte di giustizia e il giudice nazionale), è banale ricordare che è principalmente in tale ambito che la Corte svolge il suo ruolo principe di interprete, mentre la formazione o il consolidamento di principi giurisprudenziali nel contesto di un'azione di annullamento è più residuale. Dall'esperienza che si può trarre dal settore della concorrenza, i giudici pur avendo da lunga data il potere di applicare direttamente le norme dell'art. 101 e 102 TFUE, hanno inizialmente sollevato pochissimi rinvii pregiudiziali, e il motivo principale era il numero particolarmente esiguo di cause promosse nel settore della concorrenza, a sua volta motivato dalla scarsa diffusione di una cultura antitrust, e dall'accentramento dell'*enforcement* nelle mani della Commissione, in una fase iniziale, seguito da un decentramento che nelle sue fasi iniziali si è per lo più concentrato nelle mani delle autorità nazionali mentre ha stentato a riflettersi su un più capillare sistema di private *enforcement*.

I tempi sono ovviamente diversi. Ma come potrebbero i giudici nazionali sperare in una rapida formazione di una giurisprudenza se venisse loro precluso di intervenire, in una fase iniziale del

---

complementary possibility of enforcement of the DMA by national competition authorities and (iii) *the establishment of a mechanism for close coordination and cooperation between these agencies, as well as with national courts implementing both the DMA and EU (and national) competition law [...]* in the absence thereof, there are multiple risks, including unreasonable inefficiencies due to underutilization of existing resources, thus causing an enforcement bottleneck, *significant delays*" (punti 19 e 20). Tuttavia, oltre a non voler entrare in questa sede in tale delicato aspetto, la riflessione appena svolta non rappresenta in ogni caso la ragione principale sulla quale giustificare un ruolo incisivo dei giudici nazionali, rimanendo invece prevalente quella di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva.

funzionamento del *Digital Markets Act*, nelle azioni *stand alone*? I quesiti sollevati sarebbero quantitativamente molto meno; inoltre, poiché verrebbero formulati nel contesto di azioni *follow on*, l'affermazione di principi utili a guidare i giudici nelle azioni *stand-alone* sarebbe parziale. Molte delle domande potrebbero ad esempio concentrarsi più sull'interpretazione e validità delle decisioni adottate dalla Commissione che accerta una violazione da parte di un *gatekeepers* e meno sull'interpretazione delle norme del DMA, ed evidentemente non sui poteri del giudice in pendenza di un procedimento avviato dalla Commissione.

L'ultima obiezione è che pur in assenza di disposizioni specifiche del *Digital Markets Act* – certamente auspicabili - un paventato rischio di conflitto tra giudicati è evitabile anche in forza dei principi generali. Non a caso la bozza dell'art. 32-ter, proposta dal Consiglio, è formulato sulla falsariga di analoghi principi già esistenti sia a livello giurisprudenziale che nel diritto derivato. Similmente a quanto previsto in ambito concorrenziale, il giudice nazionale sarebbe vincolato dalla decisione con la quale la Commissione designa il *gatekeeper* o abbia già accertato la violazione degli obblighi imposti. In pendenza di un procedimento avviato dalla Commissione, diretto all'accertamento di una violazione degli artt. 5-6, o finalizzato all'adozione di una decisione *ex art. 7*, il giudice, al fine di evitare il rischio di giudicati contrastanti, avrebbe la possibilità di (o dovrebbe opportunamente) sospendere il giudizio nazionale. Del resto, anche l'art. 16 del reg. n. 1/2003, al quale evidentemente si ispira la proposta del nuovo art. 32-ter, è a sua volta espressione di principi giurisprudenziali di antica data<sup>25</sup>.

Il caso *Masterfoods*<sup>26</sup> suggerirebbe inoltre di sospendere il procedimento anche nel caso in cui il *gatekeeper* abbia impugnato la decisione della Commissione dinanzi al Tribunale di Lussemburgo. In pendenza di un giudizio di annullamento, la sospensione del giudizio in sede nazionale potrebbe trovare inoltre giustificazione nell'attivazione del meccanismo del rinvio pregiudiziale, ovviamente di validità qualora anche il giudice nutra taluni dubbi sulla legittimità dell'atto e intenda direttamente sottoporli alla Corte di giustizia.

---

<sup>25</sup> Sentenze *Delimitis* e *Masterfoods*, cit.

<sup>26</sup> Sentenza *Masterfoods*, cit.

Va precisato – sempre in applicazione dei principi giurisprudenziali consolidati – che qualora il *gatekeeper* non abbia promosso un'azione di annullamento nei termini previsti dall'art. 263 TFUE, anche il rinvio pregiudiziale (di validità) da parte del giudice nazionale sarebbe precluso<sup>27</sup>.

5. Le ragioni per riconoscere anche al *private enforcement* un ruolo centrale nell'applicazione e controllo del *Digital Markets Act* sono dunque molteplici. Benché esistano consolidati principi generali che potrebbero essere d'ausilio al giudice nazionale, soprattutto nei rapporti con la Commissione, è tuttavia auspicabile l'inserimento di disposizioni *ad hoc*. La codificazione di principi giurisprudenziali in atti di diritto secondario, accompagnata da ulteriori previsioni di dettaglio, ha certamente contribuito all'acquisizione da parte dei giudici nazionali (ad es. nel settore della concorrenza e degli aiuti di Stato) di una maggiore consapevolezza dei meccanismi procedurali e degli strumenti utilizzabili, anche già a disposizione nell'ambito del proprio ordinamento nazionale. L'art. 32-ter proposto dal Consiglio andrebbe in questa direzione confermando alcuni meccanismi di coordinamento già collaudati (richiesta di informazioni, intervento come *amicus curiae*, trasmissione delle sentenze, ecc.).

Una disposizione *ad hoc* di questo tipo non sarebbe ovviamente sufficiente a regolare tutti i rapporti tra il giudice e la Commissione. Una comunicazione successiva della Commissione potrebbe fornire maggiori indicazioni, come avvenuto nei settori della concorrenza e degli aiuti di Stato.

Resterebbe evidentemente fuori il profilo della disciplina processuale applicabile, la quale, in assenza di una disciplina di fonte europea, è quella prevista dai rispettivi ordinamenti nazionali, conformemente al principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri.

Ovviamente l'autonomia procedurali incontra i due ben noti limiti dell'equivalenza e dell'effettività. Il rispetto dell' "effettività" comporterebbe la disapplicazione della norma processuale che renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile la tutela dei diritti

---

<sup>27</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1994, causa C-188/92, *TWD*.

invocati in giudizio. La norma andrebbe valutata in base al ruolo che essa assume nell'ambito del sistema processuale generale.

Il principio di equivalenza richiederebbe di estendere, anche ad eventuali controversie giudiziali relative al *Digital Markets Act*, l'applicazione delle norme processuali eventualmente più favorevoli e utilizzabili nel contesto di analoghe azioni fondate sul diritto nazionale. Tale principio potrebbe dunque operare in quegli ordinamenti dove sono state (o saranno) introdotte norme "che vietano altre forme di comportamento unilaterale nella misura in cui sono applicate a imprese diverse dai gatekeeper o equivalgono a imporre obblighi aggiuntivi ai gatekeeper". Va per contro osservato che tali norme sarebbero ammesse solo nei limiti in cui la loro finalità non sia quella dell' 'equità e contendibilità' dei mercati<sup>28</sup>. Agli Stati membri è infatti precluso 'duplicare' il DMA a livello nazionale e ulteriori obblighi o divieti potrebbero dunque essere aggiunti solo nel contesto delle legislazioni nazionali sulla concorrenza. Il principio di equivalenza richiede tuttavia che le azioni fondate sul diritto nazionale siano analoghe e non (evidentemente) identiche.

Più dubbia invece la possibilità di applicare direttamente a tali azioni la disciplina prevista dalla direttiva n. 104/2014 sul risarcimento del danno in materia di concorrenza<sup>29</sup>. anche se va osservato che una serie di disposizioni inserite nella direttiva rispecchiano principi giurisprudenziali noti e consolidati e che potrebbero essere estesi ad azioni risarcitorie fondate sul *Digital Markets Act*. Tra questi, solo a titolo di esempio, il potere del giudice di ordinare l'esibizione di prove

---

<sup>28</sup> Art. 1 del *Digital Markets Act*.

<sup>29</sup> 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.



a terzi<sup>30</sup> o la decorrenza della prescrizione dal momento dell'effettiva conoscenza dell'illecito<sup>31</sup>.

Nulla in ogni caso vieterebbe al giudice, investito di una questione risarcitoria che verta sulla violazione del *Digital Markets Act* e contestualmente dell'art. 102 TFUE (laddove vi sia, per ipotesi, identità di autore e condotta) di avvalersi teoricamente di altre disposizioni della direttiva n. 104/2014.

Le future evoluzioni dell'iter legislativo chiariranno certamente alcuni dei punti emersi nel dibattito in corso. Per il resto occorrerà invece attendere la formazione di principi giurisprudenziali, grazie anche alla solerzia dei giudici nazionali che solleveranno rinvii pregiudiziali alla Corte. Il ruolo delle parti private – e

---

<sup>30</sup> V. sentenza della Corte di giustizia del 7 settembre 2006, causa C-526/04, *Laboratoires Boiron*. Nella specie si discuteva dell'impossibilità per il ricorrente di dimostrare, in sede giudiziale, l'esistenza di una sovra compensazione a favore di un'impresa che offriva un servizio di interesse economico generale. Ebbene, il suddetto principio – espresso dalla giurisprudenza e poi richiamato nella Comunicazione sull'applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali - è esattamente il medesimo al quale fa riferimento proprio l'art. 5 della direttiva 104/2014, nell'ulteriore – e distinto - contesto di un'azione risarcitoria per violazione degli artt. 101 e 102 TFUE (e ulteriormente riprodotto nell'art. 3 del decreto di attuazione). Per una illustrazione più ampia di tali considerazioni ci si permette di rinviare a C. SCHEPISI, *Risarcimento danno antitrust e attuazione della direttiva 104/2014: possibili effetti anche sugli aiuti di Stato?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 4, 2017.

<sup>31</sup> V. l'art. 10 della direttiva, recepito dall'art. 8 della legge. Il termine di prescrizione è fissato in cinque anni. Tale termine non inizia tuttavia a decorrere “prima che la violazione del diritto della concorrenza sia cessata e prima che l'attore sia a conoscenza o si possa ragionevolmente presumere che sia a conoscenza di tutti i seguenti elementi: a) della condotta e del fatto che tale condotta costituisce una violazione del diritto della concorrenza; b) del fatto che la violazione del diritto della concorrenza gli ha cagionato un danno; c) dell'identità dell'autore della violazione”. Il principio rispecchia quanto affermato dalla sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 2006, cause riunite C-295/04 e 298/04, *Manfredi e a.*, ed a seguito di tale sentenza è stato più volte ribadito, nel nostro ordinamento (e ancor prima dell'attuazione della direttiva) anche da Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305 e Cass. 6 dicembre 2011, n. 26188. Per ulteriori spunti si rinvia *ex multis* a P. MANZINI (a cura di) *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, Torino, 2017; R. MASTROIANNI, A. ARENA (a cura di) *60 Years of EU Competition Law Stocktaking and Future Prospects*, Napoli, 2017; L. F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Padova, 2020; F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIBENE (a cura di), *Il Private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009; C. FRATEA, *Il Private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2015.

conseguentemente dei giudici - si è rivelato fondamentale nella costruzione di un sistema di *enforcement*.

A chiusura di tali brevi osservazioni non va tuttavia dimenticato il ruolo che, auspicabilmente, i soggetti privati potrebbero svolgere anche nell'ambito del *public enforcement*, e cioè dei procedimenti avviati dalla Commissione, così come avvenuto nel settore della concorrenza. E anche riguardo a tale profilo numerosi sono gli scenari che restano ancora aperti.