



GIANLUCA CONTALDI*

IL DMA (*DIGITAL MARKETS ACT*) TRA TUTELA DELLA CONCORRENZA E PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

SOMMARIO: 1. La proposta della Commissione europea di regolamentazione delle piattaforme digitali del 15 dicembre 2020. – 2. Le caratteristiche dei mercati digitali. – 3. Le difficoltà di applicazione delle norme antitrust ai mercati digitali. – 4. Gli obblighi incombenti alle piattaforme dominanti secondo il *Digital Markets Act* (DMA). – 5. Il rapporto intercorrente tra il *Digital Markets Act*, il diritto antitrust ed il regolamento sulla protezione dei dati personali. – 6. Conclusioni. Assenza di sovrapposizioni e di *bis in idem* nel rapporto tra normativa antitrust, GDPR e DMA.

1. La proposta della Commissione europea di regolamentazione delle piattaforme digitali del 15 dicembre 2020.

In data 15 dicembre 2020, la Commissione europea ha presentato due proposte normative di regolamentazione delle piattaforme online. Dette proposte appaiono, per la verità, riduttive rispetto ai progetti inizialmente diffusi. Secondo l'idea originaria, infatti, la Commissione mirava ad articolare una proposta normativa strutturata in tre pilastri. Il primo concerneva la regolamentazione dei servizi digitali (il *Digital Services Act*, DSA)¹; il secondo conteneva una disciplina dei mercati digitali (il *Digital Markets Act*, DMA)²; il terzo (il c.d. *New Competition Tool*)³ avrebbe consentito di munire le autorità antitrust di uno strumento di azione rapida, maggiormente rispondente alle caratteristiche dei mercati digitali⁴.

Di fatto, la creazione del nuovo strumento anticoncorrenziale è successivamente venuta meno, cosicché la proposta della Commissione è attualmente composta soltanto dei

* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Macerata.

¹ Commissione europea, 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, Bruxelles, 15.12.2020, COM(2020) 825 final, 2020/0361(COD).

² Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), Bruxelles, 15.12.2020, COM(2020) 842 final, 2020/0374(COD).

³ La Commissione europea, in data 2 luglio 2020, lanciò una consultazione pubblica per valutare l'impatto della nuova legislazione. V. *Impact Assessment for a Possible New Competition Tool*, reperibile online al sito https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/index_en.html.

⁴ Sulle quali v., *infra*, par. 2.

primi due strumenti normativi sopra menzionati⁵.

La base giuridica utilizzata è rappresentata, per entrambe le proposte, dall'art. 114 TFUE: questa scelta, seppure coerente gli altri atti legislativi adottati fino a questo momento nella implementazione del mercato unico digitale, appare forse non del tutto opportuna, stante la stretta interrelazione del secondo atto (il citato *Digital Markets Act*) con il funzionamento della concorrenza nel mercato interno. In questo contesto, forse, una base giuridica più idonea poteva essere rappresentata dall'art. 104, TFUE, che, come è noto, consente al legislatore dell'Unione europea di adottare disposizioni normative per la specificazione dei divieti contenuti negli articoli 101 e 102 TFUE. In realtà, la scelta di fare ricorso all'art. 114, concernente l'armonizzazione delle legislazioni nazionali, è probabilmente già indicativa della volontà del legislatore di affiancare la normativa antitrust, ma non di sostituirsi alla stessa, come cercheremo di chiarire nel corso di questo scritto.

Volendo sintetizzare il contenuto della proposta dalla Commissione, il primo degli atti normativi, il citato *Digital Services Act*, si caratterizza per la predisposizione di una disciplina specifica della responsabilità delle piattaforme per l'elaborazione e la diffusione dei contenuti digitali. Lo scopo di questa proposta consiste, pertanto, nell'introdurre un meccanismo di responsabilizzazione delle piattaforme per i contenuti digitali che vengono postati dagli utenti⁶. Il cuore del DSA è verosimilmente rappresentato dagli articoli 3, 4 e 8 che stabiliscono, da un lato, un'esenzione di responsabilità delle piattaforme per il contenuto delle notizie che vengono pubblicate sui *social networks*, ma, dall'altro, impongono una serie di obblighi aggiuntivi, quali, in particolare, quello di attivarsi non appena ricevono la comunicazione che sulla piattaforma è presente un contenuto illecito, affinché promuovano dei meccanismi di audit indipendenti⁷ e, se del caso, rimuovano la relativa informazione.

Fino a quando la disciplina del DSA non verrà introdotta, le piattaforme rimarranno sostanzialmente libere di disciplinare autonomamente i profili degli utenti e di stabilire le modalità di espressione e di manifestazione del pensiero. In questo contesto le società che gestiscono le piattaforme possono liberamente decidere quali sono i contenuti leciti (possono, conseguentemente, decidere di bandire taluni argomenti o determinate immagini), a quali utenti riconoscere diritto di parola e a quali negarlo⁸. Il punto fondamentale è che le piattaforme *online* ed i *social network* costituiscono, ormai, un mezzo di manifestazione del pensiero, con la conseguenza che non si può – se non a rischio di una grave compressione

⁵ Non sono noti i motivi per i quali la Commissione ha ritenuto superflua l'introduzione di un nuovo meccanismo di *enforcement* della normativa antitrust. Si può, pertanto, solo ipotizzare che la scelta sia stata determinata dal peculiare rapporto intercorrente tra la nuova proposta normativa e la disciplina esistente nel Trattato, come cercheremo di chiarire nel prosieguo del lavoro (v. *infra*, par. 5-6).

⁶ V. G. CAGGIANO, *La proposta di Digital Service Act per la regolazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto dell'Unione europea*, reperibile online al sito <https://www.aisdue.eu/giandonato-caggiano-la-proposta-di-digital-service-act-per-la-regolazione-dei-servizi-e-delle-piattaforme-online-nel-diritto-dellunione-europea/>

⁷ Taluni social network hanno già introdotto, in via autonoma, un meccanismo similare (ad es. *Facebook*). Tale sistema appare indubbiamente più rispettoso dei diritti fondamentali rispetto a quello della censura imposta autonomamente dalla società che controlla la piattaforma, dal momento che consente all'interessato di presentare le proprie difese e, in genere, rimette la decisione finale, circa l'applicabilità della sanzione, a soggetti indipendenti dalla società titolare del *network*.

⁸ I modelli concretamente impiegati fino a questo momento, in tale attività di autoregolamentazione, sono alquanto variegati. Essi vanno dall'autocensura, finalizzata alla rimozione dei contenuti considerati illeciti, fino a modelli sanzionatori veri e propri, quali la chiusura dei profili social di determinati utenti, congiuntamente con l'irrogazione del divieto di riaprire un *account* su una determinata piattaforma. Queste sono, in via esemplificativa, le decisioni adottate da *Twitter* nei confronti dell'allora Presidente Trump, a seguito degli eventi che hanno caratterizzato l'occupazione di Capitol Hill il 6 gennaio 2021.

della libertà di espressione – lasciare a società private, necessariamente guidate da logiche capitalistiche, il potere di decidere chi ha il diritto di parola⁹. Una regolamentazione europea della materia appare quindi opportuna, dal momento che mira ad evitare che ogni network stabilisca autonomamente le modalità di esercizio del diritto di espressione dei propri iscritti.

Diversa è invece la finalità del *Digital Markets Act*. Questo secondo atto si propone di intervenire nel funzionamento dei mercati digitali, stabilendo una serie di obblighi in capo alle imprese che si pongono come punti di riferimento centrali nel disciplinare l'accesso al mercato.

I mercati digitali, infatti, presentano una particolare struttura commerciale, che ne ha, finora, reso problematica una loro regolamentazione attraverso i tradizionali strumenti antitrust. Lo scopo del DMA è quello di contenere la posizione dominante delle grandi piattaforme *online* (eminentemente le multinazionali statunitensi, abitualmente identificate con l'acronimo di GAF¹⁰) e favorire un sistema economico nel quale anche le imprese europee, di minori dimensioni e di ridotto potere di mercato, possono partecipare al mercato dei dati. Ovvero, detto in altri termini, di creare un sistema nel quale possa prosperare una sorta di sovranità digitale europea¹¹.

Al fine di chiarire meglio il contesto nel quale si inserisce il DMA, è preliminarmente opportuno descrivere i caratteri principali dell'economia dei dati e cercare di dare conto, seppure per sommi capi, delle ragioni per le quali le tradizionali disposizioni *antitrust* previste dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea risultano, sovente, insufficienti a reprimere gli abusi concorrenziali in tale particolare settore economico.

2. Le caratteristiche dei mercati digitali.

La *digital economy* rappresenta il comparto produttivo più dinamico negli ultimi anni. Tale particolare ambito commerciale ha, infatti, registrato i maggiori tassi di crescita a livello mondiale e le multinazionali operanti nel settore hanno dimostrato di possedere una capacità di capitalizzazione eccezionalmente estesa. I proventi del settore non sono arretrati neppure negli anni della crisi finanziaria internazionale¹² e sono addirittura cresciuti, a seguito dell'aumento della domanda di impiego di piattaforme online, durante la pandemia da

⁹ In questo senso depone anche una certa prassi internazionale, secondo la quale il diritto di accesso ad internet sarebbe un diritto fondamentale autonomo, che trova fondamento nell'art. 19 del Patto dei diritti politici e nell'art. 15, par. 1, lett. b), del Patto sui diritti economici e sociali. A conferma di questa linea interpretativa, è poi opportuno segnalare che tale diritto appare in via di progressiva espansione all'interno delle Costituzioni moderne (v. T.E. FROSINI, *Liberté égalité internet*, 2a ed., Napoli, 2019, p. 49 ss., spec. 67 ss.; G.M. RUOTOLO, *Scritti di diritto internazionale ed europeo dei dati*, Bari, 2020, p. 240 s.).

¹⁰ L'acronimo sta per *Google, Apple, Facebook, Amazon* (appunto: GAF^A). In realtà, dal punto di vista concorrenziale, queste quattro piattaforme (alle quali, alle volte, si aggiunge anche *Microsoft*, nel qual caso, l'acronimo diviene GAFAM) presentano modelli di *business* fortemente differenziati (v., in generale, S. GALLOWAY, *The Four. The Hidden DNA of Amazon, Apple, Facebook and Google*, USA, 2018), che possono essere accomunati solo per il fatto di sfruttare commercialmente i dati degli utenti.

¹¹ G.M. RUOTOLO, *Le proposte di disciplina di digital services e digital markets della Commissione del 15 dicembre 2020*, in *DPCE on line*, 2020/4.

¹² V. lo *Special Report: the Data Economy*, in *The Economist*, February 22-28th 2020, p. 40 ss.

COVID-19¹³. I bilanci delle società operanti nel settore ammontano, ormai, a svariati miliardi di euro e possono equipararsi al PIL di paesi di media grandezza. Le assunzioni di personale, sia per lavori qualificati, quali la progettazione del software e la creazione degli algoritmi, sia per impieghi di basso livello (magazziniere, trasportatore, intermediario), ogni volta che una multinazionale operante nel settore decide di aprire un nuovo stabilimento, si contano in diverse migliaia di unità.

Il principio di base dell'economia digitale è apparentemente semplice e consiste nello sfruttamento dei dati degli utenti al fine di profilare con la maggiore precisione possibile le offerte di servizi e prodotti commerciali¹⁴. Più esattamente, esso consiste nell'elaborazione dei dati forniti dagli utenti attraverso sistemi algoritmici e di intelligenza artificiale. Tale processo presuppone, innanzitutto, l'anonimizzazione del dato (almeno fino al giorno in cui non venga inventata una tecnologia talmente innovativa da consentire di risalire dal dato anonimo all'utente che lo ha generato) e, successivamente, l'elaborazione delle masse di dati con lo scopo di individuare le preferenze commerciali degli utenti, ma anche le eventuali appartenenze a gruppi politici, religiosi, ecc. Ciò che rileva dal punto di vista economico, pertanto, sono non tanto i dati personali, quanto piuttosto l'accumulazione e la loro successiva elaborazione attraverso strumenti algoritmici. Una volta compiuto questo processo, le masse di dati vengono normalmente cedute a produttori, società di *marketing*, partiti politici, gruppi di influenza, i quali vi fanno ricorso per indirizzare proposte mirate in funzione ai profili degli utenti. D'altro canto, i sistemi di intelligenza artificiale sono ormai divenuti così sofisticati che consentono non solo di individuare le preferenze dei consumatori, ma finanche di anticiparle e, in qualche modo, di indirizzarle¹⁵: così, come del pari, si riesce talvolta a prevedere l'esito di determinate tornate elettorali, l'evoluzione dei flussi migratori, l'espansione territoriale delle pandemie¹⁶.

Le caratteristiche dei mercati digitali vengono abitualmente riassunte in tre elementi: l'esistenza di forti effetti di *network* e di *lock-in*; la presenza di rilevanti economie di scala; la conseguente esistenza di consistenti barriere all'entrata¹⁷. Gli effetti di *network* consistono nel

¹³ I profitti delle cinque maggiori società operanti nel settore sarebbero aumentati del 43% nel corso dell'ultimo trimestre del 2020 ed i ricavi complessivi nel corso dell'anno supererebbero i mille miliardi di euro (così E. LIVINI, *I cinque giganti dell'hi-tech sono la terza potenza mondiale*, in *La Repubblica*, del 4.2.2021, p. 24).

¹⁴ H. THOMÉ, *Data: the Fuel of the Third Industrial Revolution*, in Fondation Robert Schuman, *European Issues*, 25th February 2020, reperibile online al sito <https://www.robert-schuman.eu/en/european-issues/0548-data-the-fuel-of-the-third-industrial-revolution>.

¹⁵ In concreto gli spazi pubblicitari vengono venduti all'asta, tramite sistemi informatici con effetto immediato (c.d. *Real time bidding*, RTB) tra i potenziali inserzionisti, in funzione dell'interesse suscitato dalle caratteristiche del singolo utente. V. G. PROIETTI, *La pubblicità nell'era delle nuove tecnologie*, in G. ALPA (a cura di), *diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, p. 161 ss.

¹⁶ V., in generale, S. QUINTARELLI, *Capitalismo immateriale. Le tecnologie digitali e il nuovo conflitto sociale*, Torino, 2019; A. VESPIGNANI, *L'algoritmo e l'oracolo. Come la scienza predice il futuro e ci aiuta a cambiarlo*, Milano, 2019.

¹⁷ Le caratteristiche dei mercati digitali sono accuratamente descritte in vari rapporti e indagini da parte delle autorità antitrust e delle commissioni legislative competenti: per l'Unione europea, v. J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era, Final Report*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2019, reperibile online al sito: ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf; per la Francia e la Germania, v. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, *Competition Law and Data*, 2016, reperibile online al sito: www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.html; per l'Italia, v. AGCM, AGCOM, GARANTE PROTEZIONE DATI PERSONALI, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, Roma, 2019, reperibile online al sito: www.garanteprivacy.it/documents/10160/0/Indagine+conoscitiva+sui+Big+Data.pdf/58490808-c024-bf04-7e4e-e953b3d38a9a?version=1.0; per il Regno Unito, v. J. FURMAN e a., *Unlocking Digital Competition -*

fatto che più persone usano una determinata piattaforma, più aumenta l'attrattiva per coloro che ivi offrono determinati servizi commerciali. Al contempo, l'incremento del numero degli iscritti determina, a propria volta, un aumento del "costo" per gli utenti di spostarsi su una piattaforma diversa. In estrema sintesi, se tutti i miei amici si trovano su *Facebook*, io non sono indotto a muovermi sulla piattaforma di un concorrente, se non posso al contempo portare con me tutti i miei contatti.

A tali elementi strutturali, si aggiunge il fatto che la costruzione delle piattaforme online, caratterizzate da potenti elaboratori e da un esteso spazio di archiviazione, presuppone la creazione e la messa in opera di strutture informatiche sofisticate e costose. Tale assetto induce sovente le imprese di maggiori dimensioni a contare su economie di scala, secondo le quali, una volta costituita l'infrastruttura, il numero degli utenti può aumentare potenzialmente all'infinito, senza che questo determini, a propria volta, incrementi rilevanti dei costi variabili.

Sotto questo profilo, il rilievo dell'investimento iniziale induce una sorta di barriera naturale all'ingresso dei concorrenti, perché occorrono ingenti spese per creare l'infrastruttura e per consentire alla stessa di arrivare ad un livello di utenti sufficientemente ampio da disporre di una massa di dati abbastanza estesa da rendere il loro sfruttamento economicamente vantaggioso.

In questo contesto, talune piattaforme si pongono come veri e propri *gatekeepers*, nel senso che stabiliscono esse stesse le condizioni per accedere a quel particolare mercato. Detta situazione tende a verificarsi con maggiore frequenza per le piattaforme c.d. "ecosistema"¹⁸, le quali consentono, da un lato, agli utenti di effettuare ricerche e di svolgere altre attività online; ma dall'altro operano a propria volta come operatori commerciali. La peculiarità è, pertanto, rappresentata dal fatto che dette piattaforme funzionano sia come piazze di mercato per operatori terzi, sia come negozi virtuali per offrire, al contempo, taluni prodotti autonomamente sviluppati. Tale assetto induce sovente chi occupa le posizioni apicali (in termini di quote di mercato) ad abusarne, praticando, di fatto, condizioni poco trasparenti, nei rapporti con gli operatori commerciali che ivi offrono i propri prodotti; oppure, utilizzando la stessa piattaforma per promuovere i prodotti confezionati dal gestore del sistema sfruttando, al contempo, i dati generati anche dall'attività degli altri operatori.

Si ritiene sovente che tale peculiare struttura del mercato, caratterizzata dall'esistenza di pochi operatori in posizione dominante (in genere, tanti monopoli quanti sono i mercati esistenti) abbia determinato una minore innovazione tecnologica nel settore digitale: vi è, infatti, la diffusa sensazione negli investitori, che non convenga spendere somme per sostenere una nuova impresa che offre un modello di business alternativo rispetto ad un operatore che possiede una rilevante quota di mercato in uno specifico sistema digitale, perché l'investimento rischia di essere troppo impegnativo prima che lo stesso produca

Report of the Digital Competition Expert Panel, London, 2019, reperibile al sito assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf; negli Stati Uniti, v. F. FUKUYAMA, B. RICHMAN, A. GOEL, R. R. KATZ, A. DOUGLAS MELAMED, M. SCHAAKE, *Report of The Working Group On Platform Scale*, Stanford University, 2020, reperibile al sito https://pacscenter.stanford.edu/wp-content/uploads/2020/11/platform_scale_whitepaper_-cpc-pacs.pdf; v., sempre con riferimento al sistema statunitense, il rapporto della SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, *Investigation of Competition in Digital Markets*, reperibile al sito https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519.

¹⁸ V. A. CANEPA, *I mercanti dell'era digitale. Un contributo allo studio delle piattaforme*, Torino, 2020, p. 39 ss.

qualche frutto¹⁹. D'altro canto, nel momento in cui viene creata un'impresa che, per la tipologia di *software* utilizzato o perché ha inventato un sistema di intelligenza artificiale particolarmente efficiente, rischia di porsi come concorrente di una determinata piattaforma, accade, con relativa frequenza, che la *start-up* venga rilevata dalla piattaforma dominante, sia per eliminarla (c.d. *killer acquisitions*), sia per acquisirne la tecnologia ed integrarla all'interno del proprio sistema digitale: in tal modo la piattaforma dominante riesce ad aumentare il numero e la tipologia dei servizi offerti e, corrispondentemente, ad incrementare la quantità di dati disponibili²⁰. Queste acquisizioni sfuggono, in genere, al controllo delle autorità preposte, perché, di fatto, la quota di mercato ed il valore economico della società oggetto di incorporazione non è, in genere, tale da determinare il superamento della soglia di attenzione da parte delle autorità antitrust²¹.

Sotto altro profilo, poi, la stessa presenza di piattaforme dominanti, che possiedono quote rilevanti del mercato, finisce per determinare un declino dei settori produttivi tradizionali, quali, ad esempio, quelli della piccola distribuzione o della pubblicità sui media tradizionali (giornali, radio, televisione), la quale risulta evidentemente meno efficace, non potendo essa raggiungere in tempo reale gli utenti potenzialmente interessati. In questo contesto, non solo l'esistenza delle piattaforme ecosistema ha determinato una minore innovazione nel settore digitale, ma ha anche indotto gli operatori economici a rivedere le proprie strategie di mercato e a ridurre gli investimenti nei settori tradizionali²².

3. Le difficoltà di applicazione delle norme antitrust ai mercati digitali.

Il *Digital Markets Act* si inserisce nel contesto sopra descritto. In sostanza, esso si propone di sopperire ad una diffusa difficoltà di applicare le disposizioni antitrust ai mercati digitali. Ciò si verifica per una pluralità di circostanze.

Innanzitutto per il fatto che le disposizioni antitrust, essendo state concepite in passato, non sono generalmente strutturate per affrontare il funzionamento della *digital economy*. Un primo evidente ostacolo discende dalla circostanza che i servizi, nell'economia digitale, sono offerti con modalità gratuite. Gli utenti delle piattaforme, per accedere ad un determinato social network o per potere effettuare determinate ricerche sui motori appositi, usano, quale moneta di scambio, i propri dati personali²³. Secondo le rilevazioni effettuate dalla Commissione europea e dalle autorità garanti della concorrenza nazionali, gli utenti non sarebbero affatto disposti a pagare un prezzo per potere usufruire di un motore di ricerca efficiente ovvero per aprire un sito personale su un determinato social network; anzi, essi sono in genere contenti se l'algoritmo, selezionando automaticamente gli argomenti più vicini ai rispettivi profili, consente loro di individuare rapidamente le proprie preferenze, senza ulteriori perdite di tempo.

¹⁹ V. il rapporto della SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, *Investigation of Competition in Digital Markets*, cit., p. 46-48.

²⁰ V. J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era, Final Report*, cit., p. 110 ss.; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, *Competition Law and Data*, cit., p. 16 s.

²¹ V. A. CANEPA, *I mercanti dell'era digitale*, cit., p. 103 ss.

²² V. il rapporto della SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, *Investigation of Competition in Digital Markets*, cit., p. 57 ss.

²³ V. G.A.M. BELLOMO, "There Ain't No Such Thing as a Free Lunch". Una riflessione sui meccanismi di mercato dell'economia digitale e sull'effettività delle tutele esistenti, in *Conc. merc.*, 2016, p. 205 ss.

La concorrenza tra le imprese operanti nel settore non avviene pertanto sui prezzi, come si verifica generalmente nei mercati tradizionali, nei quali le imprese cercano di offrire i medesimi beni ad un prezzo inferiore, quanto piuttosto sui servizi offerti all'utente, in modo da acquisire il maggior numero di dati ed elaborare in maniera quanto più possibile precisa le preferenze degli utenti (c.d. profilazione)²⁴. In questo contesto, viene necessariamente meno uno degli abituali strumenti di misurazione della concorrenza, quale è il prezzo del prodotto o del servizio. È infatti evidente come taluni meccanismi di calcolo abitualmente impiegati per rilevare l'esistenza di un illecito anticoncorrenziale, quale ad esempio lo *SSNIPP test*²⁵, non possano funzionare adeguatamente²⁶.

D'altro canto, neppure nelle ipotesi nelle quali il prezzo diventa un elemento del rapporto contrattuale, le autorità sulla concorrenza possono fare su di esso affidamento per valutare l'esistenza di illeciti. La concertazione sul prezzo non dimostra necessariamente l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, dal momento che la stessa determinazione del prezzo di offerta è sovente frutto di un'operazione algoritmica, priva, in quanto tale, dell'elemento di concertazione che necessariamente contraddistingue gli accordi restrittivi della concorrenza²⁷. Del pari, risultano sovente frutto di determinazioni algoritmiche i c.d. prezzi determinati sulla base delle caratteristiche del potenziale compratore, come avviene di norma per i beni artistici che rappresentano opere uniche. In questo ambito, infatti, l'algoritmo consente di determinare, con un certo grado di precisione, quale sia il prezzo che un determinato utente è disposto a pagare, sulla base delle proprie scelte pregresse, della disponibilità di risorse economiche ovvero in funzione della tipologia di lavoro e della sua abitazione e localizzazione geografica (vi è chiaramente una distinzione tra colui che abita in zone periferiche e chi vive nel centro di una grande città). Anche in questo caso, tuttavia, risulta problematico rilevare l'esistenza di illeciti concorrenziali: in definitiva, l'introduzione di strumenti che consentono di predeterminare i prezzi sostanzialmente *ad personam* appare un'operazione non dissimile da quella che si verifica nella

²⁴ V. P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, reperibile online al sito <https://www.aisdue.eu/pietro-manzini-equita-e-contendibilita-nei-mercati-digitali-la-proposta-di-digital-market-act/>, p. 31.

²⁵ L'acronimo SSNIPP sta per *Small but Significant Non-transitory Increase in Price*. In pratica si ipotizza che un determinato prodotto sia commercializzato da un'unica impresa. In questa situazione di monopolio l'impresa può teoricamente aumentare i prezzi quanto vuole o, almeno, fino a che i consumatori non decidano di non acquistare più quel determinato prodotto e di spostare le proprie preferenze su un prodotto succedaneo, seppure non identico. In altri termini, se il prezzo del prodotto "A" aumenta, ci si chiede fino a che punto esso possa aumentare senza che il consumatore abituale decida di spostarsi sul prodotto "B", che è funzionalmente equivalente al primo, benché esso non presenti le medesime caratteristiche qualitative e non determini, conseguentemente, la stessa soddisfazione. La sostituibilità va naturalmente verificata in concreto. A tal fine, le autorità antitrust tengono conto di una serie di elementi quali il prezzo medio, le caratteristiche proprie di ogni prodotto, le condizioni di rivendita e/o la necessità di disporre della consulenza di un tecnico esperto del ramo (Corte di giustizia, 9 novembre 1983, *Michelin I*, causa C-322/81, Raccolta, 3461), i comportamenti e il profilo degli utenti, le preferenze dei consumatori verso prodotti di alto di gamma ovvero verso beni di impiego quotidiano (la vendita di un profumo di lusso è chiaramente distinta dalla rivendita di profumi a basso costo (v. la decisione della Commissione *YSL Parfumes*, 16 dicembre 1991, GU L-12 del 18 gennaio 1992); la commercializzazione di una penna elegante è diversa da quella delle penne a sfera (v. Tribunale, 14 luglio 1994, *Parker Pen*, causa T-77/92).

²⁶ V. M.E. STUCKE, A.P. GRUNES, *Big Data and Competition Policy*, Oxford, 2016, p. 122 s.; S. MANNONI, G. STAZI, *Is Competition a click away? Sfida al monopolio nell'era digitale*, Napoli, 2018, p. 32 s.

²⁷ V. M. MAGGIOLINO, *Big Data e prezzi personalizzati*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, p. 95 ss.; ID., *I big data e il diritto antitrust*, Milano, 2018, p. 281 ss.; V. AGCM, AGCOM, GARANTE PROTEZIONE DATI PERSONALI, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, cit., p. 113.

libera contrattazione; come tale essa risulta difficilmente sanzionabile da parte delle autorità antitrust.

D'altro canto, anche la determinazione del mercato rilevante appare un'operazione problematica. Infatti, il mercato geografico, proprio per l'assenza di confini che caratterizza il *world wide web*, risulta di difficile individuazione: il mercato rilevante, rispetto alle piattaforme più diffuse, finisce, di fatto, per coincidere con il mondo intero²⁸. Tale difficoltà definitoria è poi incrementata per la circostanza che, sovente, le piattaforme dominanti sono spesso imprese che operano su più mercati (c.d. "multiversante") ovvero come gestori di una pluralità di attività commerciali²⁹. In questo contesto, anche la definizione del mercato del prodotto finisce per essere un'operazione altamente problematica³⁰.

Da ultimo, pure la determinazione di una posizione dominante solleva interrogativi di difficile soluzione. Dato che i mercati digitali sono fortemente dinamici, una determinata quota di mercato potrebbe non essere effettivamente rappresentativa di un'effettiva posizione di dominio, nel caso in cui un'altra impresa inventi un algoritmo che sia in condizione di svolgere le stesse operazioni in maniera più efficiente o nel caso in cui un'altra impresa offra un servizio nuovo, capace di incontrare un maggiore riscontro da parte degli utenti³¹. Così è, ad esempio, avvenuto per taluni *network* tradizionali, quali Instagram e YouTube, a seguito dell'avvento di Tik Tok, che consente agli utenti di produrre e diffondere video di breve durata, evidentemente ritenuti di maggiore impatto sul pubblico.

In questo contesto i tradizionali rimedi del diritto antitrust, della nullità delle intese o della sanzione dell'abuso di posizione dominante, che normalmente intervengono solo *ex post*, allorché l'illecito si è già verificato, appaiono per molti versi inadatti. Sia perché essi non consentono di risolvere il problema dell'esistenza di posizioni oligopolistiche in un determinato momento, sia perché i rimedi intervengono in maniera tardiva: solo una volta che l'algoritmo ha già determinato il prezzo o nel momento in cui una determinata piattaforma dominante ha già utilizzato i dati degli utenti per promuovere i propri prodotti a scapito di quelli dei concorrenti. Tanto più che le stesse sanzioni che vengono erogate nel diritto antitrust, difficilmente producono gli effetti auspicati, perché non possono certo produrre l'effetto di modificare i gusti degli utenti. È, d'altro canto, azzardato ipotizzare che si possano mutare le preferenze dei consumatori, una volta che questi siano abituati all'uso di una determinata piattaforma o di un dato *social network*.

Neppure i rimedi più innovativi, quali quelli correntemente utilizzati nei mercati caratterizzati dall'innovazione tecnologica, risultano funzionali. Da parte di taluni autori, si è infatti pensato che, per facilitare l'accesso al mercato dei nuovi operatori, si potrebbero costringere le piattaforme dominanti a condividere i dati in proprio possesso, attraverso il

²⁸ V. F. VESSIA, *Big data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2018, p. 1064 ss.

²⁹ In via esemplificativa, Amazon opera come intermediario tra consumatori e commercianti per la vendita dei prodotti, come produttore e venditore della propria linea di prodotti, come venditore di pubblicità, come piattaforma per la diffusione di film e serie tv, come gestore di un ampio repertorio musicale, come piattaforma alla quale si può ricorrere come spazio di archiviazione di dati. Sulla base di un'indagine, sembra che il mercato dei prodotti offerti sulla piattaforma, da *core business* dell'azienda di Bezos, rappresenti ormai solo un'attività marginale rispetto al volume di affari ricavabile dagli altri settori commerciali.

³⁰ V., in questo senso, V. BAGNOLI, *The Big Data Relevant Market*, in *Conc. merc.*, 2016, p. 73 ss.

³¹ Nota è l'affermazione, che viene correntemente addebitata al Ceo di Google, Eric Schmidt: "Competition is just one click away", in audizione davanti al Senato statunitense, Subcommittee on antitrust, competition and consumer rights, riferendosi al fatto che *Google* non era l'unico motore di ricerca disponibile (la notizia è tuttora riportata dal sito <https://www.nbcbayarea.com/news/national-international/schmidt-on-antitrust-competition-is-one-click-away/1901637/>).

ricorso alla nota dottrina delle *essential facilities*³². Sembra tuttavia difficile configurare i dati alla stregua di *asset* insostituibili, perché è sempre possibile produrne all'infinito, semplicemente tracciando l'ulteriore attività degli utenti del web ovvero ricorrendo a fonti alternative. D'altro canto, i dati stessi sono facilmente spostabili, sia da parte del gestore della piattaforma, sia da parte dello stesso utente che li ha prodotti, che ha sempre il diritto di accedervi e di portarli con sé su una diversa piattaforma³³. E comunque un siffatto rimedio strutturale si rivelerebbe nella maggior parte dei casi scarsamente efficiente perché, nel momento in cui dovesse intervenire l'ordine dell'autorità, i dati stessi sarebbero ormai inattuali, in quanto superati dall'attività sopravvenuta³⁴. In altri termini, i dati sono caratterizzati da un determinato valore che muta in maniera considerevole in rapporto alla loro istantaneità e alla loro quantità. Qualunque rimedio che intervenga in un momento successivo e che abbia lo scopo di diffondere la conoscenza che discende dal loro possesso pregresso (riferito, cioè, ad un momento trascorso nel tempo) risulta di norma inefficace rispetto all'obiettivo di consentire l'accesso al mercato a nuovi operatori.

4. Gli obblighi incombenti alle piattaforme dominanti secondo il *Digital Markets Act (DMA)*.

Nello specifico contesto sopra descritto si colloca il citato *Digital Markets Act*. Il legislatore europeo, evidentemente consapevole della scarsa efficacia dei rimedi antitrust nei mercati digitali, con questa proposta normativa, mira ad anticipare l'effetto delle misure restrittive, predisponendo un'apposita regolamentazione applicabile *ex-ante*³⁵. Sotto questo profilo, verosimilmente, si spiega perché la base giuridica prescelta è rappresentata dall'art. 114 TFUE: perché la Commissione, più che intervenire sugli obblighi già esistenti, mira ad introdurre una nuova regolamentazione della materia. In altri termini, si percepisce la diffusa sensazione che, date le peculiarità dei mercati digitali, la “speciale responsabilità” che generalmente incombe alle imprese dominanti, sia, di fatto, un criterio insufficiente a garantire un effettivo pluralismo del mercato³⁶. L'idea di fondo del legislatore europeo

³² V., in questo senso, N. DESSARD, *EU Competition Policy in the Big Data Industry. Merger Review and Application of the essential Facility Doctrine*, Beau Bassin, 2018, p. 35 ss.

³³ V. art. 20, reg. 2016/679 (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), in *GU L* 119, 4.5.2016, p. 1–88) e art. 6, reg. 2018/1807 (Regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea, in *GU L* 303, 28.11.2018, p. 59–68).

³⁴ V. F. VESSIA, *Big data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive*, cit., note 61-62 e testo relativo.

³⁵ Già in una lettera datata 4 febbraio 2020, i Governi tedesco, francese, italiano e polacco chiedevano alla Commissaria europea alla concorrenza di predisporre una regolamentazione specifica per le piattaforme di grandi dimensioni: “We believe that the Commission should identify systemic actors against objective criteria taking into account specificities of digital markets, such as emergence of digital platforms with paramount importance for competition, that should be subject to specific scrutiny and, in relevant, to a specific regulatory framework” (la lettera è tuttora consultabile sul sito: <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2020/02/Letter-to-Vestager.pdf>).

³⁶ Il criterio della “speciale responsabilità” è stato introdotto dalla Corte di giustizia per valutare la responsabilità dell'impresa dominante, la quale, proprio per la posizione, si troverebbe investita dall'obbligo di preservare una concorrenza efficiente sul mercato rilevante e di non porre in essere comportamenti suscettibili di nuocere alla struttura stessa del mercato (Corte di giustizia, 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin*, cit., punto 57). In altri termini, l'idea di fondo è che esista una concorrenza “normale”, che è ovviamente ammessa; ed una competizione che è, al contrario, basata su mezzi anticoncorrenziali (Corte di giustizia, 13 febbraio 1979, causa

sembra quindi individuabile nella *ratio* di porre taluni obblighi aggiuntivi, in modo di anticipare, per quanto possibile, l'effetto della normativa antitrust ed evitare l'insorgenza stessa di situazioni anticoncorrenziali.

Le disposizioni principali del DMA sono, infatti, gli articoli 5 e 6, che impongono talune obbligazioni supplementari a quelle piattaforme particolarmente rilevanti nel rispettivo settore economico, denominate, appunto, “*gatekeepers*”. Esse vengono individuate – per effetto di una decisione della Commissione, a seguito di autodichiarazione ovvero di indagini – sulla base di taluni elementi oggettivi, astrattamente idonei a stabilire l'esistenza di una quota rilevante di mercato, in termini di fatturato e di utenti attivi su una data piattaforma³⁷.

Le previsioni principali sembrano stabilire una serie alquanto eterogenea di obblighi (ben diciotto), rispetto ai quali non è agevole individuare un filo conduttore. La distinzione principale concerne gli obblighi autonomamente applicabili (art. 5), da quelli applicabili a seguito di eventuale specificazione, da disporsi caso per caso, a cura della Commissione (art. 6).

I principali tra gli obblighi del primo tipo riguardano gli abusi abitualmente commessi in questo settore economico dalle piattaforme digitali di grandi dimensioni. Al riguardo, tali obblighi possono suddividersi in due gruppi distinti³⁸. Nel primo di questi, si possono includere tutti gli abusi di *sfruttamento*, sia degli utenti, sia degli operatori commerciali. In tale ambito, gli obblighi più rilevanti appaiono quello di astenersi dal combinare i dati ricavati dai principali servizi della piattaforma con quelli desumibili da altri servizi offerti dalla medesima impresa; precludere la possibilità agli utilizzatori commerciali di offrire gli stessi prodotti e servizi ai consumatori finali a prezzi e condizioni diversi da quelli ottenibili sulla piattaforma; restringere il potere degli operatori commerciali che fanno ricorso alla piattaforma di rivolgersi all'autorità giudiziaria; escludere l'obbligo per gli operatori commerciali di

85/76, *Hoffman-La Roche*, cit., punto 91). La concorrenza normale sarebbe quella fondata solo sui meriti. In altri termini, se la condotta tenuta dall'operatore dominante è espressione di strumenti che ogni impresa generalmente utilizza per guadagnare potere di mercato, quindi di una maggiore efficienza organizzativa, di una qualità superiore del servizio offerto, di una più proficua capacità di innovazione e, in generale, ogni altra migliore prestazione dovuta ai meriti commerciali dell'impresa, tale condotta deve ritenersi pienamente compatibile con il mantenimento di un sistema concorrenziale di mercato e, di conseguenza, lecita. Viceversa, la condotta è abusiva - e quindi vietata - se essa ha quale unico effetto di impedire l'accesso al mercato o di produrre l'estromissione dei concorrenti dal medesimo, senza tradursi in una migliore *performance* dell'offerta dell'impresa dominante (v. Corte di giustizia, 3 luglio 1991, causa C-62/86, *AKZO*, Raccolta, I-3359, punto 70; Id., 2 aprile 2009, causa C-202/07 P, *France Télécom*, Raccolta, I-2369, punto 106; Id., 6 dicembre 2012, causa C-457/10 P, *AstraZeneca AB*, ECLI:EU:C:2012:770, punti 75-76).

³⁷ Art. 3, DMA: “1. Un fornitore di servizi di piattaforma di base è designato come gatekeeper se: a) ha un impatto significativo sul mercato interno; b) gestisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (gateway) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; c) detiene una posizione consolidata e duratura nell'ambito delle proprie attività o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro. 2. Si presume che un fornitore di servizi di piattaforma di base soddisfi: a) il requisito di cui al paragrafo 1, lettera a), se l'impresa cui appartiene raggiunge un fatturato annuo nel SEE pari o superiore a 6,5 miliardi di EUR negli ultimi tre esercizi finanziari, o se la capitalizzazione di mercato media o il valore equo di mercato equivalente dell'impresa cui appartiene era quanto meno pari a 65 miliardi di EUR nell'ultimo esercizio finanziario, e se esso fornisce un servizio di piattaforma di base in almeno tre Stati membri; b) il requisito di cui al paragrafo 1, lettera b), se fornisce un servizio di piattaforma di base che annovera nell'ultimo esercizio finanziario più di 45 milioni di utenti finali attivi mensilmente, stabiliti o situati nell'Unione, e oltre 10 000 utenti commerciali attivi annualmente stabiliti nell'Unione; ai fini del primo comma, con utenti finali attivi mensilmente si fa riferimento al numero medio di utenti finali attivi mensilmente nel corso della maggior parte dell'ultimo esercizio finanziario; c) il requisito di cui al paragrafo 1, lettera c), se le soglie di cui alla lettera b) sono state raggiunte in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari”.

³⁸ V. P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali*, cit., p. 40.

registrarsi alla piattaforma e di obbligarli ad offrire i propri beni e servizi in via esclusiva tramite quella piattaforma.

Nella seconda tipologia rientrano, invece, le pratiche c.d. leganti, tra le quali si possono ricomprendere, le clausole di cui all'articolo 5, lett. e), f), concernenti, rispettivamente, il divieto per il *gatekeeper* di costringere gli operatori commerciali ad utilizzare un servizio o un identificativo della piattaforma di base (non si possono, pertanto, discriminare tali operatori, in base alla circostanza che essi facciano o meno uso della logistica del medesimo *gatekeeper* per consegnare i beni agli utenti finali) ovvero di costringere gli operatori commerciali o gli utenti finali a registrarsi o a fare uso di un altro servizio del *gatekeeper*, come presupposto per essere presenti sulla piattaforma di base.

L'art. 6, del DMA, stabilisce, inoltre, taluni obblighi supplementari. Tale seconda disposizione precisa che questi obblighi sono suscettibili di essere ulteriormente specificati da parte della Commissione ovvero dell'autorità antitrust competente. A differenza delle ipotesi previste dalla prima disposizione, l'art. 6 contempla solo condotte *escludenti*.

In realtà, nonostante il titolo della previsione, che per l'appunto sembra affermare che occorra, ai fini della loro applicazione, una specificazione ulteriore ("Obblighi dei *gatekeeper* che potranno essere oggetto di ulteriori specifiche"), talune previsioni sembrano autonomamente applicabili, senza necessità di ulteriori interventi. Tra questi, un certo rilievo presenta l'obbligo del *gatekeeper* di astenersi dall'utilizzare, in concorrenza con gli operatori commerciali che fanno accesso alla medesima piattaforma, dati non accessibili al pubblico generati attraverso le attività dei predetti utenti commerciali: sembra ovvio che un particolare abuso di una piattaforma multiversante possa consistere, per l'appunto, nell'utilizzare i dati generati dall'attività di coloro che fanno ad essa ricorso per offrire in vendita i propri prodotti, quale strumento per fare concorrenza ai medesimi operatori (prassi abitualmente denominata del *data grabbing*: art. 6, lett. a).

Del pari, non sembra richiedere ulteriore specificazione l'obbligo incombente al *gatekeeper* di consentire agli utenti finali di disinstallare qualsiasi applicazione software preinstallata sul proprio servizio di piattaforma di base (art. 6, lett. b); ovvero di astenersi dal garantire un trattamento più favorevole in termini di posizionamento ai servizi e prodotti offerti dal *gatekeeper* stesso o da terzi che appartengono alla stessa impresa rispetto a servizi o prodotti analoghi di terzi e applica condizioni eque e non discriminatorie a tale posizionamento (c.d. *self preferencing*: art. 6, lett. d); o, infine, di garantire la portabilità dei dati generati mediante l'attività di un utente commerciale o utente finale (art. 6, lett. f).

5. Il rapporto intercorrente tra il Digital Markets Act, il diritto antitrust ed il regolamento sulla protezione dei dati personali.

Ad un'analisi più attenta, talune delle previsioni menzionate nel precedente paragrafo si configurano verosimilmente come specificazioni di obblighi incombenti alle imprese che risultano già desumibili da altre normative europee di carattere generale. Da questo punto di vista, si ha, infatti, l'impressione che il legislatore europeo abbia solo indicato quali obblighi *preventivi* quelle che, in realtà, rappresentano abituali violazioni della concorrenza ovvero del regolamento sulla tutela dei dati personali.

Tra i motivi che si potrebbero identificare come specificazioni di obblighi già ricavabili dalla normativa antitrust si possono chiaramente includere talune ipotesi ricomprese negli articoli 5 e 6 sopra citati.

Tale connessione è particolarmente evidente allorché si tratta di obblighi evidentemente desunti da precedenti desumibili dalla giurisprudenza ovvero dalla prassi della Commissione europea. In tale ambito possono verosimilmente ricomprendersi: *i*) l'obbligo incombente al *Gatekeeper* di non confondere i dati propri con quelli ricavabili da altre attività offerte dal medesimo soggetto (art. 5, lett. *a*, del *Digital Markets Act*)³⁹; *ii*) l'obbligo di consentire ai terzi di offrire gli stessi prodotti a condizioni diverse da quelle previste dal *gatekeeper* (art. 5, lett. *b*, della proposta DMA)⁴⁰; *iii*) il divieto di creare dei legami tra i vari servizi offerti dall'operatore (art. 5, lett. *f*, della proposta: c.d. *tying clauses*)⁴¹; *iv*) l'obbligo del *gatekeeper* di permettere agli utenti finali di disinstallare il software preinstallato per accedere alla piattaforma (art. 6, lett. *b*, della proposta)⁴²; *v*) il divieto di introdurre meccanismi che determinano una preferenza degli utenti finali per i prodotti sviluppati autonomamente dal *gatekeeper*, nel caso in cui sulla medesima piattaforma siano rinvenibili prodotti di terzi potenzialmente concorrenti (art. 6, lett. *d*, della proposta)⁴³.

³⁹ Questo caso presenta evidenti analogie con il caso *Facebook – Whatsapp*. Nella specie, secondo i termini di utilizzo, *Facebook* poteva combinare i dati degli utenti ricavabili da altri servizi, oggetto di precedenti operazioni di concentrazioni, quali *Instagram* e *WhatsApp*. Secondo l'autorità della concorrenza tedesca, tale prassi costituiva sia una violazione della privacy, sia, al contempo, un illecito anticoncorrenziale. Ovvero, detto in altri termini, una violazione delle norme antitrust che si concretizzava, di fatto, in un abuso delle norme sulla tutela dei dati personali (decisione n. B6-22/16, del 6 febbraio 2019, la decisione è consultabile online al sito https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5). Il ricorso in primo grado venne respinto e la decisione del Bundeskartellamt confermata in appello (OLG Düsseldorf - Beschluss vom 26. August 2019 – VI-Kart 1/19 (V), *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2019, 1333). Il Bundesgerichtshof ha, del pari, respinto l'impugnazione e confermato la decisione dell'Autorità garante, ma ne ha modificato la motivazione. Secondo la Corte federale, infatti, il problema era rappresentato dalla restrizione della possibilità di scelta degli utenti (v. il comunicato stampa Bundesgerichtshof bestätigt vorläufig den Vorwurf der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch Facebook, del 23.6.2020, reperibile online al sito <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020080.html>).

⁴⁰ Questa previsione è tratta dal caso *Expedia e Booking*. A seguito della denuncia di un'associazione di albergatori, l'autorità garante della concorrenza francese ha sanzionato il comportamento di taluni portali di soggiorni alberghieri, per la prassi di imporre agli albergatori che offrivano le proprie stanze sulla piattaforma l'obbligo di non praticare prezzi e condizioni diverse (c.d. clausole di parità o *MFN-Most favoured Nation Clause*): v. la *Décision n° 19-D-23 du 10 décembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne*, reperibile online sul sito https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/integral_texts/2019-12/19d23.pdf. Sul tema, v. P. MANZINI, *Le restrizioni verticali al tempo di internet*, in *Dir. comm. int.*, 2018, p. 289 ss., par. 7; S. MAKRIS, *Antitrust Governance in an Era of Rapid Change*, in B. LUNDQVIST, M.S. GAL (eds.), *Competition Law for the Digital Economy*, Cheltenham, UK, 2019, p. 325 ss., 353 ss.

⁴¹ Tale divieto è evidentemente ricavabile dagli articoli dall'art. 101, lett. *e*) e 102, lett. *d*, TFEU.

⁴² La disposizione di cui all'art. 6, lett. *b*), DMA, è chiaramente desunta dalla decisione della Commissione europea nel caso *Google-Android*, nella quale la Commissione europea ha qualificato come abusiva l'imposizione di *Google* ai produttori di dispositivi che usavano *Android* come sistema operativo di preinstallare *Google Search* e *Google Chrome*, come prerequisito per ottenere, al contempo, anche la licenza di uso di *Play Store*, che costituisce il portale attraverso il quale gli utenti di tale sistema operativo possono acquisire le app necessarie a garantire un'efficiente utilizzazione dei propri dispositivi mobili. Sul caso v. P. MANZINI, *Prime riflessioni sulla decisione Google Android*, in *eurojus.it*, 11 settembre 2018.

⁴³ Si tratta di una previsione che trae evidentemente spunto dal caso *Google Search (Shopping)*, nel quale la Commissione europea ha sanzionato *Google* perché il motore di ricerca collocava i prodotti offerti dal proprio servizio di vendita in cima alla lista, mentre i prodotti dei concorrenti si trovavano solo in terza e quarta pagina.

Più limitate appaiono, invece, le analogie tra la proposta in esame ed il regolamento sulla protezione dei dati personali. In questo caso, l'aspetto che presenta maggiori analogie è l'obbligo imposto al *gatekeeper* di garantire la portabilità dei dati personali (art. 6, lett. *b*, della proposta). In concreto, si tratta di un obbligo già desumibile dall'analogia previsione di cui agli articoli 20, del regolamento 2016/679 sulla tutela dei dati personali e 6, del regolamento 2018/1807, sulla circolazione dei dati non personali⁴⁴: si tratta, pertanto, di un obbligo già vigente nell'ordinamento europeo ed autonomamente applicabile nel caso in cui la piattaforma sia, al contempo, qualificabile come responsabile del trattamento.

L'impressione di una sorta di sovrapposizione tra i vari settori normativi dell'ordinamento dell'Unione europea, risulta d'altro canto ulteriormente rafforzata, laddove si prenda in considerazione il fatto che tutti e tre gli strumenti normativi che stabiliscono specifici rimedi procedurali in ognuno dei settori in esame (rispettivamente, il DMA, da un lato ed i regolamenti 1/03 e 2016/679, dall'altro⁴⁵) prevedono, nella sostanza, analoghi poteri di indagine e simili poteri sanzionatori.

Più dettagliatamente: l'autorità di controllo, in tutti e tre i sistemi normativi considerati, può richiedere informazioni nell'ambito di un'analisi del settore⁴⁶, richiedere informazioni all'impresa sottoposta alle indagini⁴⁷ ovvero effettuare accertamenti *in loco*⁴⁸.

Del pari, profonde somiglianze sussistono tra il potere sanzionatorio riconosciuto alle autorità competenti nei medesimi tre sistemi normativi. In tutti i casi le autorità di controllo dispongono del potere di imporre misure provvisorie⁴⁹; possono accettare ovvero imporre impegni⁵⁰; erogare sanzioni⁵¹, di importo variabile dall'1% (in ipotesi di violazione dei soli obblighi di carattere procedurale), al 4% (irrogabile per gravi violazioni della privacy: es.: mancata richiesta del consenso), fino ad arrivare al 10% del fatturato complessivo di una determinata impresa (in caso di gravi violazioni della concorrenza, ovvero di mancato rispetto degli impegni o di mancata ottemperanza alle misure provvisorie). In altri termini, il dubbio che sorge all'interprete è che vi sia una duplicazione di poteri di indagine e di quelli sanzionatori in capo a diverse autorità competenti, anche in presenza di illeciti a carattere unitario, laddove questi, per la loro particolare natura, rientrino nel campo di applicazione sia della normativa antitrust, sia di quella posta a tutela della privacy, sia del *Digital Markets Act*.

La decisione della Commissione è stata impugnata davanti al Tribunale e la causa è ancora pendente (causa T-612/2017, *Google e Alphabet c. Commissione*).

⁴⁴ La distinzione tra le due previsioni menzionate nel testo è determinata dalla natura dei dati dei quali viene garantita la portabilità. I dati oggetto del regolamento 2016/679 sono i dati personali, che consentono di individuare l'utente che li ha generati. L'oggetto del regolamento 2018/1807 sono, invece, i dati anonimi: ovvero proprio quelli normalmente impiegati nell'ambito dei c.d. *big data* e che sono suscettibili di sfruttamento commerciale (v. F. FAINI, *La dimensione giuridica dei big data*, in S. FARO, T.E. FROSINI, G. PERUGINELLI (a cura di), *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, Bologna, 2020, p. 113 ss., 116 s.; G.M. RUOTOLO, *Scritti di diritto internazionale ed europeo dei dati*, cit., p. 160-162).

⁴⁵ Oltre alla proposta denominata *Digital Markets Act*, gli altri testi normativi ai quali facciamo riferimento nel testo sono il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in Gazzetta ufficiale n. L 001 del 04/01/2003, p. 1-25 ed il citato reg. 2016/679, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali.

⁴⁶ V. art. 17 reg. 1/03; art. 15 DMA.

⁴⁷ V. art. 18 reg. 1/03; art. 58, par. 1, lett. *a*, reg. 2016/679; art. 19 DMA.

⁴⁸ Art. 20 reg. 1/03; art. 58, par. 1, lett. *e-f*, reg. 2016/679; art. 21 DMA.

⁴⁹ Art. 8 reg. 1/03; art. 58, par. 2, lett. *a-c*, reg. 2016/679; art. 22 DMA.

⁵⁰ Art. 9 reg. 1/03; art. 23 DMA.

⁵¹ Art. 23 reg. 1/03; art. 83, reg. 2016/679; art. 26 DMA.

In questo contesto, diventa necessario accertare quali siano i rapporti tra i tre sistemi normativi. Questo aspetto è importante per stabilire anche quale sia il rapporto intercorrente tra i poteri di indagine e sanzionatori nei tre strumenti normativi. Perché è evidente che se sussiste una sovrapposizione tra i vari sistemi, potrebbe accadere che le sanzioni irrogate nell'ambito di un sistema escludano un analogo potere da parte delle autorità competenti in un altro ambito⁵².

Il DMA è abbastanza laconico sul punto, perché si limita a precisare che il regolamento si applica senza pregiudizio delle norme sulla concorrenza⁵³, ovvero che lo stesso è complementare rispetto alle norme sulla tutela dei dati personali⁵⁴.

È bene chiarire che le ipotesi nelle quali, in relazione ad una medesima fattispecie, si possano applicare tutti e tre i sistemi normativi sopra indicati appare, invero, alquanto remota. Si potrebbe in astratto ipotizzare, che talune violazioni della normativa antitrust determinino, a propria volta, una lesione dei dati personali, come potrebbe avvenire nel caso in cui taluni problemi anticoncorrenziali discendano proprio dall'acquisizione di un concorrente che, nel proprio "patrimonio", possiede un'estesa massa di dati. In questo caso, se la piattaforma incorporante procedesse ad incrociare i dati presenti su entrambi i *network*, senza avere previamente avvisato gli utenti dell'una e dell'altra piattaforma, potrebbe verosimilmente porre in essere sia un comportamento anticoncorrenziale, sia una violazione della normativa posta a protezione della *privacy*, sia, infine, una violazione del disposto dell'art. 6, par. 1, lett. a), DMA⁵⁵. In questo caso, cosa dovrebbero fare le autorità competenti per l'applicazione dell'uno e dell'altro strumento normativo (che, nell'ipotesi ora formulata, sarebbero la Commissione, per quanto riguarda l'applicazione della normativa antitrust e del DMA; e l'autorità garante della protezione dei dati all'interno dell'ordinamento nazionale coinvolto)?

In via preliminare vale la pena di precisare che i rapporti tra le diverse fonti regolatorie non sono risolvibili con i consueti criteri ermeneutici, i quali, d'altro canto, forniscono elementi contraddittori. Se da un lato, infatti, nella prospettiva della Commissione, il DMA è destinato a divenire una fonte regolamentare – pertanto subordinata agli artt. 101 e 102 TFUE – dall'altro è agevole osservare che lo stesso rappresenta una fonte speciale, quindi ipoteticamente destinata a prevalere sui regolamenti 1/03, relativo all'applicazione delle norme antitrust e 2016/679, sulla tutela dei dati personali.

Per la verità, il principio di specialità non sembra un criterio risolutivo, in quanto, secondo la nostra opinione, la risposta al problema dei rapporti tra le diverse fonti normative

⁵² Non è per la verità certo che il principio del *ne bis in idem* si estenda anche alle sanzioni amministrative. Esso è, infatti, espressamente previsto dall'art. 50, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, solo in riferimento alla materia penale. Secondo le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali* (2007/C 303/02), in *GU C* 303, 14.12.2007, p. 17–35, il principio farebbe già autonomamente parte del diritto dell'Unione europea. V., anche per ulteriori riferimenti, B. NASCIBENE, *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, reperibile online al sito <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1791-nascimbene2018a.pdf>

⁵³ Considerando n. 9; art. 1, par. 6, DMA.

⁵⁴ Considerando 11, DMA.

⁵⁵ Come potrebbe accadere nel caso *Facebook-Whats.App*, laddove si seguisse l'impostazione del *Bundeskartellamt* (*supra*, nt. 39). In generale, le autorità competenti tendono a distinguere i profili di lesione della concorrenza da quelli di tutela dei dati personali, "senza alcun assorbimento dei due diversi aspetti in quanto inerenti appunto (a) beni giuridici e competenze diverse" (A. SORO, *Democrazia e potere dei dati. Libertà, algoritmi, umanesimo digitale*, Milano, 2019, p. 61; favorevole a distinguere i due profili anche L. CALZOLARI, *International and EU Enforcement in the Age of Big Data*, in *Dir. comm. int.*, 2017, p. 855, par. IV).

dipende dalla visione che riteniamo più confacente del complesso della regolamentazione europea sui mercati digitali.

Al riguardo, è opportuno avvertire che, nonostante una formulazione sostanzialmente simile delle norme antitrust nell'Unione europea e negli Stati Uniti d'America, un analogo problema tenderebbe a non porsi oltreoceano⁵⁶. Innanzitutto perché in quel sistema è la stessa autorità che regola la concorrenza che, al contempo, tutela i consumatori e, in parte, i dati personali degli utenti: si tratta, nella specie, della *Federal Trade Commission*⁵⁷. In questo ordinamento, pertanto, la stessa autorità può modulare il proprio potere sanzionatorio a seconda della gravità della violazione dei dati, della mancanza di innovazione in un determinato settore indotta da quel particolare comportamento abusivo, nonché della posizione dominante occupata dalla piattaforma che ha posto in essere l'illecito sullo specifico mercato di riferimento. In questo caso, infatti, l'autorità garante della concorrenza statunitense, verosimilmente, adotterà sanzioni lievi nell'ipotesi in cui la violazione della privacy sia di scarso rilievo e se la percentuale di mercato detenuta dalla piattaforma sia di dimensioni contenute. Viceversa, essa irrognerà sanzioni rilevanti, fino ad arrivare a veri e propri rimedi strutturali (quali potrebbero essere la separazione delle società che gestiscono i diversi programmi software), nell'ipotesi in cui il danno arrecato allo sviluppo del mercato sia profondo e tendenzialmente irreversibile⁵⁸.

Diversamente dall'approccio statunitense, quello europeo si configura, piuttosto, come di carattere "sistemico", dal momento che è articolato in una pluralità di regolamentazioni, ognuna caratterizzata da una propria finalità specifica.

Questo aspetto è evidente per quanto concerne la normativa antitrust. L'ordinamento statunitense è, infatti, ispirato ad un maggiore liberismo, nel senso che tutto ciò che non è espressamente regolamentato, è rimesso al mercato e allo spirito imprenditoriale dei singoli. Nell'ordinamento dell'Unione europea, al contrario, la funzione delle regole antitrust, un tempo concepita con finalità essenzialmente integrazionista, ora assolve eminentemente allo scopo di contenere il potere di mercato, al fine di evitare che determinate aziende acquistino un ruolo eccessivamente preponderante e, in un certo senso, finiscano per sostituirsi al legislatore, stabilendo in via autonoma le regole di accesso ad un determinato mercato⁵⁹.

⁵⁶ Non si intende qui prendere posizione sulla questione della validità della tesi, mai del tutto sconfitta, propugnata dai c.d. *Hipster Antitrust*, secondo la quale l'antitrust non dovrebbe occuparsi solo del benessere del consumatore, ma dovrebbe porsi anche altri obiettivi (quali il potere di mercato; ovvero, obiettivi di altro genere, quali finanche la tutela della privacy, il social welfare, l'innovazione, ecc.). Sul tema v. J.D. WRIGHT, E. DORSEY, J. RYBNICEK, J. KLICK, *Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust*, in *Arizona State Law Journal*, 2019, p. 293 ss.

⁵⁷ V. sul tema, C.J. HOOFNAGLE, *Federal Trade Commission Privacy Law and Policy*, Cambridge, 2016, secondo il quale il ruolo della FTC si sarebbe evoluto, nel corso degli anni, da guardiano del potere di mercato, a controllore del rispetto della privacy.

⁵⁸ Come i procuratori dei vari Stati federati coinvolti sembrerebbero ora intenzionati a fare nel *complaint* contro Google (v. *State of Colorado et al. vs. Google*, 17.12.2020, consultabile online al sito <https://coag.gov/app/uploads/2020/12/Colorado-et-al.-v.-Google-PUBLIC-REDACTED-Complaint.pdf>).

⁵⁹ Il punto di svolta si può verosimilmente individuare nella relazione della Commissione sulla politica della concorrenza nel 2013 (Relazione sulla politica di concorrenza 2013, Bruxelles, 6.5.2014 COM(2014) 249, p. 2). Si può infatti leggere nella relazione della Commissione sulla politica di concorrenza per il 2013 che: «la concorrenza svolge un ruolo cruciale nella promozione di fattori di crescita economica quali la produttività e l'innovazione. Ciò significa che la politica di concorrenza, che intensifica la concorrenza, stimola la crescita. Ciò vale per tutti gli strumenti della politica di concorrenza: l'applicazione della normativa antitrust può *contrastare i*

Al contrario, la tutela della *privacy* serve per tutelare gli individui e i loro dati personali. Ovviamente non perché si possa loro riconoscere un diritto di proprietà del singolo utente sui dati prodotti attraverso la navigazione sul *web*⁶⁰, ma nel senso che ogni individuo può sempre opporsi al trattamento e alla profilazione ovvero chiedere la cancellazione dei dati personali che lo riguardano⁶¹.

Il DMA, dal canto suo, serve per intervenire con una regolazione *ex ante*, di modo che il commercio online non sia dominato solo da talune piattaforme, che di fatto restringono, con la loro stessa esistenza, la competizione e deprimono l'innovazione. In questo modo, il legislatore dell'Unione europea, con l'adozione di detto atto normativo, intende passare dall'*enforcement* della normativa antitrust, alla regolamentazione del settore.

A questo punto possiamo trarre le fila del nostro discorso e stabilire quale è il rapporto intercorrente tra i tre settori normativi in esame⁶².

6. Conclusioni. Assenza di sovrapposizioni e di *bis in idem* nel rapporto tra normativa antitrust, GDPR e DMA.

Se le riflessioni condotte nel precedente paragrafo sono corrette, è necessario affermare che i tre gruppi normativi sopra individuati (antitrust, *privacy*, DMA) rispondono a logiche divergenti.

In questo contesto, è necessario concludere che non intercorre alcun rapporto di sovrapposizione tra i diversi settori normativi. Questo ci porta innanzitutto a dire che non sussiste alcun rapporto di *bis in idem* tra le varie procedure. Le indagini devono essere condotte per uno scopo specifico; gli elementi acquisiti nel corso dell'una non possono essere utilizzati anche per un'indagine di tipo diverso, perché altrimenti si incorrerebbe in violazioni di principi cardine del diritto dell'Unione europea, quali i diritti nella difesa ed il rispetto del principio del contraddittorio.

Ne consegue, inoltre, che non vi è alcuna sovrapposizione nell'applicazione delle sanzioni. Se così è, nella rara ipotesi in cui una determinata impresa (che sia, al contempo, una piattaforma dominante) ponga in essere, con un unico comportamento, una violazione di tutti e tre i settori normativi, dovremmo affermare che ogni autorità possa, nei limiti dei rispettivi regolamenti attributivi del potere, irrogare le proprie sanzioni.

tentativi delle imprese dominanti di tenere nuovi operatori lontani dal mercato, impedendo loro di competere efficacemente e può creare le condizioni per una riduzione dei prezzi dei fattori produttivi per l'industria UE; il controllo delle concentrazioni può mantenere i mercati aperti ed efficienti (...). Inoltre, la concorrenza e la politica di concorrenza sono parte integrante delle condizioni generali necessarie affinché prosperi l'innovazione. Esse incentivano le imprese innovative e quelle di nuova costituzione, incoraggiano le aziende a diventare più efficienti e promuovono la concessione di sovvenzioni destinate a stimolare la R&S e l'innovazione' (corsivi aggiunti).

⁶⁰ Per la disamina critica della tesi che tende a ravvisare un diritto di proprietà del singolo utente sui propri dati personali v. J. CIANI, *Property Rights Model v. Contractual Approach: How Protecting Non-Personal Data in Cyberspace?* in *Dir. comm. int.*, 2017, p. 831, spec. par. 7 e 8.

⁶¹ V., rispettivamente, M. FRAIOLI, *Il diritto di opposizione e la revoca del consenso* e A. BERTI SUMAN, *Il diritto alla cancellazione*, entrambi pubblicati in R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato*, Milano, 2019, pp. 239 ss. e 199 ss.

⁶² V. P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali*, cit., p. 56.

L'assenza di sovrapposizioni logiche e normative determina quindi l'ulteriore conseguenza che, nella rara ipotesi in cui con un unico comportamento la piattaforma dominante sia incorsa in violazione di tutti e tre i settori normativi, le sanzioni applicabili per effetto della normativa antitrust si possono sommare a quelle applicabili per violazione del regolamento sulla protezione dei dati, che, a propria volta si possono aggiungere agli obblighi supplementari imposti ai colossi del *web* dal legislatore. Con la conseguenza che potremmo arrivare a comminare ad una determinata piattaforma sanzioni corrispondenti, in ipotesi, addirittura al ventiquattro per cento del fatturato globale dell'impresa: quindi, una cifra di assoluto rilievo, di entità tale da scoraggiare effettivamente finanche un'impresa di grandi dimensioni, quali sono oggi i giganti del mondo digitale, a porre in essere comportamenti abusivi.

Se così stanno le cose, si dovrebbe concludere che l'introduzione di una regolamentazione applicabile *ex ante* avrebbe finanche una finalità intimidatoria, in modo tale da prevenire concretamente gli illeciti e favorire effettivamente lo sviluppo dell'innovazione e la nascita di un mercato unico digitale.