



UNIVERSITÀ
DI PAVIA

DIPARTIMENTO DI
GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA
GIURISPRUDENZA

Regolamentazione delle
piattaforme online e diritto
antitrust

Relatore: Chiar.mo Prof. Giulia Rossolillo
Correlatore:

Tesi di laurea di
Alessandro Sganzerla
Matr. 460069

Anno accademico 2023/2024

INDICE

INTRODUZIONE

- Introduzione.....	pag. 4
---------------------	--------

CAPITOLO I - Le caratteristiche del Digital Services Package

1.1 Il Digital Services Package.....	pag. 6
1.2 DMA e DSA, confronto e differenze tra i due Regolamenti.....	pag. 9

CAPITOLO II - Il Regolamento UE 2022/2065 - (Digital Services Act)

2.1 Ambito applicazione.....	pag. 12
2.2 Disciplina delle esenzioni.....	pag. 15
2.3 Gli obblighi imposti ai prestatori di servizi.....	pag. 18
2.4 Piattaforme e motori di ricerca designati.....	pag. 22
2.5 Enforcement del DSA.....	pag. 23
2.6 I poteri di vigilanza della Commissione.....	pag. 26
2.7 Il Comitato Europeo dei Servizi Digitali.....	pag. 29
2.8 Trasparenza nella moderazione dei contenuti.....	pag. 30
2.9 Pubblicità e divieto di targeting.....	pag. 33
2.10 Contrasto ai contenuti illegali.....	pag. 34
2.11 Maggiori garanzie per i diritti fondamentali online.....	pag. 37

CAPITOLO III - Il Regolamento UE 2022/1925 - (Digital Market Act)

3.1 Ambito applicazione e disciplina delle esenzioni.....	pag. 39
3.2 Gli obblighi di condotta dei <i>Gatekeeper</i>	pag. 44
3.3 I poteri della Commissione.....	pag. 47
3.4 l'assunzione di impegni.....	pag. 50
3.6 Le sanzioni.....	pag. 51
3.7 L'enforcement del DMA.....	pag. 53

CAPITOLO IV - Lineamenti di disciplina Antitrust

4.1 Articoli 101 e 102 TFUE.....	pag. 57
4.2 Regolamento (CE) 1/2003.....	pag. 61

CAPITOLO V - Problemi scaturenti dal rapporto tra disciplina antitrust / e DSP

5.1 Le possibili interazioni tra DMA e art 102 TFUE.....	pag. 65
5.2 Scelte strategiche.....	pag. 73
5.3 Il conflitto davanti nelle giurisdizioni nazionali.....	pag.75
5.4 La scelta nei casi futuri.....	pag.77
5.5 Il ne bis in idem.....	pag. 81
5.6 Lo scambio di informazioni riservate	pag. 84
5.7 Il rapporto con il GDPR.....	pag.

Conclusioni.....	pag. 86
-------------------------	----------------

Bibliografia	pag. 89
---------------------------	----------------

INTRODUZIONE

La rivoluzione digitale ha trasformato profondamente le modalità di consumo di beni, prodotti e servizi che, con sempre maggiore frequenza si trovano facilmente disponibili in rete. In questo contesto, il ruolo delle piattaforme digitali si è fatto sempre più rilevante: esse infatti sono diventate essenziali per estendere i diritti politici, come la libertà di espressione e per fondarne di nuovi, soprattutto nella sfera economica, basti pensare ai diritti dei consumatori. Tuttavia, al contempo, si sono poste le premesse per la concentrazione di poteri dominanti e per l'esercizio abusivo di tali poteri. Le piattaforme online hanno infatti assunto un ruolo di crescente importanza nell'ambito delle transazioni commerciali internazionali, rivestendo un ruolo sempre più rilevante in diversi settori, dal commercio al dettaglio alla fornitura di servizi professionali. Il rapido sviluppo di tali piattaforme ha reso difficile garantire un adeguato livello di protezione per gli utenti delle piattaforme mettendo a rischio la tutela di un mercato equo e concorrenziale a vantaggio di utenti commerciali¹ e finali. Prima dell'introduzione del *Digital Services Package* (DSP), come meglio spiegato nei capitoli successivi, la normativa di riferimento in caso di abuso di una posizione economicamente forte era certamente quella antitrust. Tuttavia, stante quella che nel proseguo vedremo essere un'inadeguatezza genetica della normativa esistente, il legislatore europeo è intervenuto introducendo una legislazione *ad hoc* al fine di meglio disciplinare la materia e coprire eventuali fattispecie non disciplinate precedentemente. Questo lavoro ha perciò lo scopo di evidenziare, dapprima, le

¹ Definiti dal Reg. UE 2019/1150 come “un privato che agisce nell'ambito delle proprie attività commerciali o professionali o una persona giuridica che offre beni o servizi ai consumatori tramite servizi di intermediazione online per fini legati alla sua attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale”

norme introdotte dai Regolamenti di cui al *Digital Services Package*, gli aspetti comuni e differenti tra gli stessi e, successivamente, la normativa *antitrust*, combinando le diverse prospettive al fine di fornire una panoramica completa delle questioni in esame.

CAPITOLO I - Le caratteristiche del *Digital Services Package*

1.1 Il *Digital Services Package*

Il Regolamento sul mercato digitale (Reg. UE 2022/1925) e quello relativo ai servizi digitali (Reg. UE 2022/2065), formano il pacchetto sui servizi digitali (di seguito anche *Digital Services Package* o DSP), che mira a modernizzare le norme che regolano i servizi digitali nell'Unione Europea e garantire uno spazio più sicuro in cui siano protetti i diritti fondamentali di tutti gli utenti dei servizi digitali, creando condizioni di parità per promuovere l'innovazione, la crescita e la competitività, sia nel mercato unico europeo, sia a livello globale.

Digital Market Act (più avanti anche semplicemente DMA) e *Digital Services Act* (più avanti anche semplicemente DSA) rappresentano il tentativo dell'UE di regolare il potere delle grandi società tecnologiche e di promuovere la concorrenza nel mercato digitale, con l'obiettivo di migliorare servizi e offerte a tutela dei consumatori. Sebbene la normativa antitrust potesse avere un ruolo nell'affrontare le questioni anticoncorrenziali anche nel campo di applicazione dei regolamenti menzionati, il legislatore dell'Unione Europea, come indicato nel Considerando n. 5 del DMA, ha riconosciuto come detta normativa non fosse sufficiente a porre rimedio ai problemi posti dai *gatekeeper* digitali e ha quindi scelto di intraprendere un nuovo percorso normativo terminato con l'adozione del *Digital Services Package* e dei rispettivi Regolamenti. Questi, infatti, hanno ambiti di applicazione più estesi dei rimedi antitrust, prevedendo ad esempio la possibilità di essere applicati a più di una impresa in un mercato o in un settore o, ancora, imponendo misure positive per rendere i mercati più competitivi, piuttosto che limitarsi a proibire la condotta passata o a imporre una multa. Per questo motivo è da ritenere che

detti Regolamenti abbiano la capacità concreta di scoraggiare un'ampia gamma di comportamenti e di migliorare la concorrenza in un gran numero di mercati.² Il passaggio dall'utilizzo della disciplina antitrust esistente all'applicazione del *Digital Market Act* può far risparmiare risorse attraverso lo sfruttamento dell'esperienza maturata in materia di concorrenza. Molti degli obblighi contenuti nel DMA derivano infatti da casi antitrust decisi o in corso, facendo perno sull'analisi dei casi da parte della Commissione poi generalizzati al di là del caso ispiratore iniziale.

In questa prospettiva l'Unione europea ha sviluppato l'ambizione di rappresentare un modello per tutto il mondo nel settore della regolamentazione digitale dando corso al cosiddetto *Bruxelles effect*³. Un esempio in questo senso è costituito dal successo planetario conseguito dal Regolamento in materia di protezione dei dati personali, il GDPR. Nell'ambito della regolamentazione delle attività delle piattaforme, l'Unione ha dato vita ad un impianto normativo che domina il dibattito a livello internazionale e che mira a costituire un riferimento anche per altri ordinamenti giuridici, specialmente per gli Stati Uniti e il Regno Unito.

La Commissione europea, rivestendo un ruolo propulsivo in tale processo di regolamentazione ha presentato dapprima la proposta di Regolamento *Digital Service Act*, che introduceva con portata orizzontale, norme relative a tutte le attività degli intermediari online – quindi anche non economiche – ed alle responsabilità di questi ultimi; e, successivamente la proposta di Regolamento *Digital Market Act*, riguardante le regole che le piattaforme devono rispettare affinché anche le piccole imprese possano accedere alle medesime e ai relativi

² Considerando 10 e 11 DMA

³ intendendosi il processo di globalizzazione normativa unilaterale causato dall'Unione Europea che di fatto esternalizza al di fuori dei propri confini per via dei meccanismi di mercato. In tal senso vedi A. Bradford *The Brussels Effect*, 107 Nw. U. L. Rev. 1 (2015)

mercati, che si sono poi tradotte rispettivamente nei Regolamenti 2022/2065 e 2022/1925.

Questa diversità di ambiti comporta un duplice aspetto che si presenta, oltre che nel contenuto dei due Regolamenti anche sul piano lessicale, poiché nel *Digital Markets Act* i soggetti sottoposti a specifici obblighi ivi previsti vengono definiti *gatekeeper*⁴, mentre nel *Digital Services Act* i differenti obblighi si applicano ai “prestatori di servizi intermediari” (*mere conduit, caching e hosting*⁵) ed alle “piattaforme online”, discostandosi così le proposte dall’uso comune dei tre sintagmi. Peraltro, alcune tipologie di operatori (ad es., social media e mercati online) ben possono soddisfare i requisiti di tutte le definizioni, riconfermandosi così l’obiettivo correlazione tra le due normative. Differentemente dal Regolamento sui mercati digitali, il Regolamento sui servizi digitali ha come obiettivo dichiarato quello di assicurare che i cittadini UE possano esercitare liberamente i propri diritti fondamentali, in particolare la libertà di espressione e di informazione, imponendo anche a tal fine obblighi asimmetrici ai prestatori di servizi intermediari in funzione della loro natura e dimensione. Entrambi i Regolamenti nel loro assieme, attenuano inoltre quello che viene definito *snowball effect*, ovvero la progressiva marginalizzazione delle imprese più piccole legata alla carenza di dati e all’aumento del gap nei confronti delle imprese più grandi circa la qualità dei servizi offerti, cosa che porta ad un ulteriore consolidamento della posizione di dominanza economica, il c.d. *tipping*⁶

⁴ piattaforme online di grandi dimensioni che esercitano una funzione di controllo dell’accesso https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_it#:~:text=Documenti-,Chi

⁵ Termini già introdotti con la Direttiva CE 31/2000

⁶ A. LERNER, *The Role of “Big Data” In Online Platform Competition*, 2014, disponibile su <https://ssrn.com/abstract=2482780>

1.2 Digital Market Act e Digital Service Act: confronto tra i due Regolamenti

Prima di addentrarci nella specificità delle disposizioni normative dei due Regolamenti, giova qui di seguito mettere a confronto le relative caratteristiche e differenze.

Il *Digital Markets Act*, Regolamento UE 2022/1925, è il recente Regolamento europeo sui mercati digitali, nato per creare condizioni di parità, per promuovere l'innovazione attraverso la regolamentazione dell'operatività delle grandi società tecnologiche e il contrasto agli abusi di posizione dominante delle piattaforme che agiscono come *gatekeeper*, ovvero controllori dell'accesso, in relazione ad un insieme di servizi che rappresentano per le imprese importanti punti di accesso per raggiungere gli utenti finali.

L'entrata in vigore del DMA risale al 1° novembre 2022 con applicazione di alcune delle disposizioni dal 2 maggio 2023 e 25 giugno 2023. È rilevante per le piattaforme digitali considerate *gatekeeper*, ovvero quelle che detengono una posizione dominante sul mercato digitale e che hanno un impatto significativo sulle imprese da loro dipendenti, come anche sui consumatori, nell'ambito dei servizi di intermediazione online, i motori di ricerca online, i sistemi operativi, i social network online, i servizi di piattaforma per la condivisione di video, i servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero, i servizi di *cloud computing*, gli assistenti virtuali, i *browser web* e i servizi pubblicitari online, compresi i servizi di intermediazione pubblicitaria.

Il Regolamento UE 2022/1925, è volto a regolamentare e limitare le possibilità di abuso dell'economie di scala e del sostanziale regime di oligopolio delle grandi piattaforme digitali, definite appunto *gatekeeper*. Le imprese sono designate come tali dalla Commissione europea nel caso in cui, abbiano un

impatto significativo sul mercato interno (individuato in un fatturato annuo nell'Unione pari o superiore a 7,5 miliardi di Euro in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari, o se la loro capitalizzazione di mercato media o il valore equo di mercato equivalente sia quanto meno pari a 75 miliardi di Euro nell'ultimo esercizio finanziario); forniscano un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali (importanza valutata in almeno 45 milioni di utenti finali attivi su base mensile, stabiliti o situati nell'Unione Europea, e almeno 10.000 utenti commerciali attivi su base annua stabiliti nell'Unione Europea); oppure nel caso in cui detengano una posizione consolidata e duratura, nell'ambito delle proprie attività, o è prevedibile che acquisiscano siffatta posizione nel prossimo futuro.

Il *Digital Services Act*, Regolamento UE 2022/2065, mira a disciplinare i servizi digitali e le piattaforme online nell'Unione Europea per rafforzare la tutela dei diritti degli utenti online. L'entrata in vigore del Regolamento sui servizi digitali, risale al 16 novembre 2022 con applicazione parziale di alcune disposizioni relative a piattaforme online di grandi dimensioni (*Very Large Online Platforms* "VLOP") e motori di ricerca online di grandi dimensioni (*Very Large Online Searching Engine* "VLOSE") e con applicazione totale dal 17 febbraio 2024.

Si applica ai servizi delle società dell'informazione, quindi qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi. In particolare, piattaforme di condivisione contenuti, servizi di intermediazione (*internet provider* e registro di domini) servizi di *cloud* e *hosting web* che vengono definiti come piattaforme online di grandi dimensioni, (*Very Large Online Platform* "VLOP") nel momento in cui vengono utilizzate da oltre il 10% dei 450

milioni di consumatori dell'UE, e motori di ricerca online di grandi dimensioni, (*Very Large Online Search Engines* "VLOSE") identificati allo stesso modo se utilizzati da oltre il 10% dei 450 milioni di consumatori dell'UE. Il Regolamento UE 2022/2065, mira a riformare la regolamentazione dei servizi digitali, compresi i social media, i *marketplace* e altre piattaforme online, VLOP e VLOSE prevedendo una serie di regole e obblighi per le piattaforme al fine di garantire una maggiore responsabilità e trasparenza nel trattamento dei contenuti online e nella protezione dei diritti dei consumatori. In particolare, il Regolamento sui servizi digitali stabilisce nuove regole per la rimozione dei contenuti illegali o dannosi, promuove la concorrenza equa e prevede maggiori obblighi di trasparenza e responsabilità per le piattaforme digitali.

CAPITOLO II - Il Regolamento UE 2022/2065 (*Digital Services Act*)

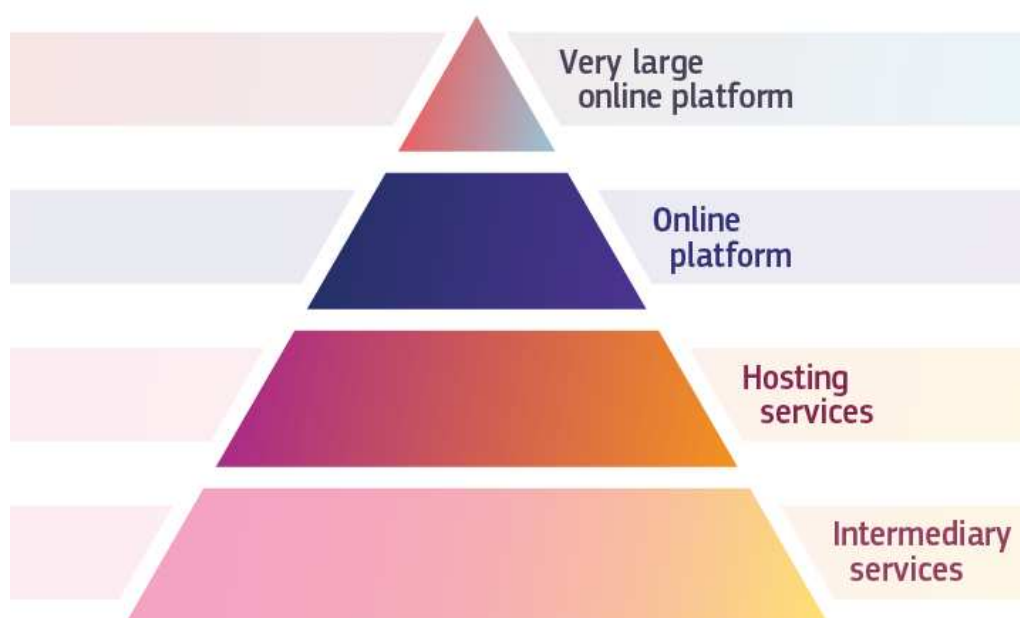
2.1 *Ambito di applicazione*

Al fine di meglio interpretare i precetti normativi del Reg. 2022/2065 che verranno esposti nel proseguo dell'esposizione, giova una esposizione circa le principali definizioni di alcuni dei principali termini utilizzati al suo interno, essendo gli stessi di carattere tecnico-informatico. Alla lettera g) dell'art. 3 il Regolamento ricomprende come "servizio intermediario" qualsiasi di quelli rientranti tra, servizio di semplice trasporto (cosiddetto «*mere conduit*»), consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio o nel fornire accesso a una rete di comunicazione; servizio di memorizzazione temporanea (cosiddetto «*caching*»), consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite dal destinatario del servizio, che comporta la memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficiente il successivo inoltramento delle informazioni ad altri destinatari su loro richiesta; e servizio di memorizzazione di informazioni (cosiddetto «*hosting*»), consistente nel memorizzare informazioni fornite da un destinatario del servizio su richiesta di questo. Lo stesso art. 3 lett. i) prosegue poi definendo le piattaforme online come "un servizio di memorizzazione di informazioni che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde informazioni al pubblico, tranne qualora tale attività sia una funzione minore e puramente accessoria di un altro servizio o funzionalità minore del servizio principale e, per ragioni oggettive e tecniche, non possa essere utilizzata senza tale altro servizio e a condizione che l'integrazione di tale funzione o funzionalità nell'altro servizio non sia un

mezzo per eludere l'applicabilità del presente Regolamento” e il motore di ricerca online, come “un servizio intermediario che consente all'utente di formulare domande al fine di effettuare ricerche, in linea di principio, su tutti i siti web, o su tutti i siti web in una lingua particolare, sulla base di un'interrogazione su qualsiasi tema sotto forma di parola chiave, richiesta vocale, frase o di altro input, e che restituisce i risultati in qualsiasi formato in cui possono essere trovate le informazioni relative al contenuto richiesto”.

Proseguendo con le principali disposizioni del *Digital Services Act*, osserviamo in prima battuta lo scopo di stabilire il perimetro delle esenzioni da responsabilità dei prestatori di servizi intermediari e successivamente l'istituzione di diversi obblighi in capo a questi ultimi. Rappresentando il Regolamento graficamente, si osserva una disciplina a cerchi concentrici, dove nel primo e più ampio cerchio rientrano tutti i prestatori di servizi intermediari (ovvero quelli di cui alla lett. g. art. 3 Reg. 2022/2065), nei confronti dei quali, per un verso, sono ribadite le regole di (esenzione da) responsabilità già contenute nella Direttiva sul commercio elettronico (Direttiva 2000/31/CE) e, per altro verso, vengono però introdotti nuovi obblighi di diligenza. Nel secondo cerchio intermedio rientrano i soli prestatori di servizi di *hosting* – appunto, le piattaforme online – assoggettati ad obblighi più puntuali. Infine, nel terzo e più ristretto cerchio vengono introdotti obblighi ancor più rigorosi per le sole piattaforme e motori di ricerca di dimensioni molto grandi (*Very Large Online Platform - VLOP* e *Very Large Operating Search Engine VLOSE*), ovvero quelle che prestano i loro servizi a un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio pari ad almeno 45 milioni nell'UE, ovvero al 10% della popolazione europea. Il Regolamento riordina quindi le suddette categorie secondo uno schema piramidale in virtù delle caratteristiche delle imprese e del numero di destinatari attivi, riservando alle piattaforme online e

alle VLOP, per i motivi che vedremo nei capitoli successivi, la normativa più stringente. (Vedi figura 1)



7

Fig. 1

L'ultima parte del testo normativo è invece dedicata alle norme sull'attuazione, cooperazione, sanzioni ed esecuzione del Regolamento 2022/2065 che istituisce una struttura di *governance* complessa prevedendo la stretta cooperazione tra la Commissione europea e le Autorità nazionali al fine di garantire l'applicazione, il monitoraggio e la vigilanza degli obblighi derivanti dallo stesso. In particolare, la Commissione ha la competenza esclusiva sull'applicazione del Regolamento sui servizi digitali per quanto riguarda la vigilanza su VLOP e VLOSE in relazione agli obblighi supplementari ad essi imposti; a livello nazionale è invece il Coordinatore dei servizi digitali (CSD o

⁷Immagine di https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act_it

Digital Services Coordinator), ruolo svolto in Italia da AGCOM, responsabile della vigilanza e dell'applicazione del Regolamento nello Stato membro attraverso l'esercizio di funzioni di coordinamento con le altre Autorità nazionali competenti;⁸ a livello europeo i vari CSD vanno poi a formare un ulteriore organo, istituito dall'art. 61 del Regolamento, denominato Comitato europeo per i servizi digitali, indipendente e presieduto dalla Commissione europea, con compiti di consulenza e assistenza per l'applicazione coerente del Regolamento e la cooperazione efficace tra CSD e Commissione. Parallelamente, al fine di coadiuvare quanto già disposto dal Regolamento sui servizi digitali, la Commissione è in procinto di realizzare il Centro europeo per la trasparenza algoritmica (ECAT) per svolgere la sua attività di supervisione con l'ausilio di conoscenze multidisciplinari, interne ed esterne, fornendo sostegno per valutare se il funzionamento dei sistemi algoritmici sia in linea con gli obblighi di gestione del rischio che il Regolamento sui servizi digitali stabilisce per le piattaforme e i motori di ricerca di dimensioni molto grandi e al fine di garantire un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile.

2.2 Disciplina delle esenzioni

In prima battuta, agli articoli 4, 5 e 6 del Regolamento sui servizi digitali, troviamo l'istituzione di quelle regole che definiscono le condizioni alle quali un fornitore di servizi è esente da responsabilità per contenuti online illegali. Tali regole sono categorizzate in base al tipo di servizio fornito, anziché al soggetto che lo fornisce. I servizi sono classificati in tre categorie, la prima è

⁸ Come disposto da D.L. 15 settembre 2023, n. 123 convertito con modificazioni dalla legge 13 novembre 2023, n. 159

quella del semplice trasporto che include punti di interscambio internet, punti di accesso wireless, reti private virtuali, risolutori e servizi DNS⁹, registri di nomi di dominio di primo livello, autorità di certificazione per certificati digitali, *Voice over IP* e altri servizi di comunicazione interpersonale.

La seconda categoria è quella della memorizzazione temporanea utilizzata da servizi intermediari come la fornitura di reti per la diffusione di contenuti, *proxy* inversi o *proxy* di adattamento dei contenuti, fondamentali per garantire una trasmissione fluida ed efficiente delle informazioni su internet. Infine, la terza categoria di memorizzazione delle informazioni copre i servizi di *hosting*, compresi quelli relativi alla memorizzazione di informazioni dei siti *web* e i servizi che consentono la condivisione di informazioni e contenuti online, compresa la condivisione e la memorizzazione di *file*. Questi servizi intermediari possono essere forniti singolarmente, come parte di un altro tipo di servizio intermediario o contemporaneamente ad altri servizi intermediari.

Sebbene, in linea generale, sia previsto per i fornitori il diritto di effettuare indagini volontarie, questi non sono tenuti a monitorare le informazioni e i contenuti che trasmettono o memorizzano, non avendo l'obbligo di verificare fatti o circostanze che possano indicare la presenza di attività illegali, come precisato nell'art. 8 del Regolamento.

Per quanto riguarda la prestazione di un servizio di semplice trasporto, il *Digital Services Act* esenta da responsabilità il fornitore nel momento in cui ne ricorrono le condizioni, ovvero quando non ha generato la trasmissione, non seleziona il destinatario della trasmissione, oppure qualora non seleziona né modifica le informazioni trasmesse.¹⁰ Parallelamente, nell'ambito della

⁹ Domain Name System (DNS), o sistema di domini, è il servizio che garantisce il collegamento tra il dominio e l'indirizzo IP di un server.

¹⁰ Quest'ultima condizione esclude le manipolazioni tecniche effettuate durante la trasmissione o l'accesso, a condizione che non compromettano l'integrità delle informazioni trasmesse o a cui è fornito l'accesso.

fornitura di un servizio di memorizzazione temporanea, il fornitore non è responsabile (se la memorizzazione è effettuata per agevolare l'inoltro delle informazioni ad altri destinatari del servizio su loro richiesta) qualora: non modifichi le informazioni e non si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni, conformi alle norme sull'aggiornamento delle informazioni riconosciute dalle imprese del settore, non interferisca con l'uso legittimo di tecnologie ampiamente riconosciute e utilizzate nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni, agisca prontamente per rimuovere le informazioni memorizzate o disabiliti l'accesso quando viene a conoscenza della loro rimozione dalla rete, o se un'autorità ne ha ordinato la disabilitazione o rimozione.

Nel caso di fornitura di un servizio di memorizzazione di informazioni, il fornitore non è responsabile delle informazioni memorizzate su richiesta del destinatario nei casi in cui non è effettivamente a conoscenza di attività o contenuti illegali oppure quando ne viene a conoscenza, agisce prontamente per rimuoverli o disabilitare l'accesso¹¹.

E' importante rammentare che le esenzioni di cui sopra non si estendono alle piattaforme che consentono ai consumatori di stipulare contratti a distanza con operatori commerciali, nel caso in cui tali piattaforme pubblichino informazioni che inducono a ritenere che le informazioni o il prodotto siano forniti direttamente dalla stessa piattaforma.

¹¹ ciò non si applica se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del fornitore

2.3 Gli obblighi per i prestatori di servizi intermediari

Il Capo III Sez. I del Reg. 2022/2065 è dedicato agli obblighi per i prestatori di servizi e organizza le disposizioni in base alla categoria degli operatori, stabilendo per tutti i prestatori dei servizi intermediari una serie di obblighi, primo fra i quali spicca quello di istituire un punto di contatto unico cui gli Stati membri, la Commissione e gli altri organismi pubblici possano rivolgersi ai fini dell'applicazione del Regolamento (art. 12); l'obbligo di designare, qualora non siano stabiliti in alcuno Stato membro, un rappresentante legale in uno degli Stati in cui offrono i propri servizi (art. 11) e inserire nelle condizioni generali di contratto informazioni sulle politiche di moderazione dei contenuti (art. 13); l'obbligo di pubblicare annualmente una relazione sulle misure adottate nella moderazione dei contenuti (art. 15) e infine, ulteriori obblighi contenuti nei piani di crisi, per affrontare circostanze straordinarie che incidano sulla sicurezza o sulla salute pubbliche, e negli strumenti di (auto e co) regolamentazione anche nel campo della pubblicità online (art. 39).

Per i prestatori di servizi di *hosting*, è previsto anche l'obbligo di dotarsi di un sistema per la notifica da parte degli utenti di contenuti illegali - definiti come qualsiasi informazione che, di per sé o in relazione a un'attività, tra cui la vendita di prodotti o la prestazione di servizi, non è conforme al diritto dell'Unione - oltre che un obbligo d'intervento sugli stessi contenuti da parte dell'*hoster* (c.d. *notice and action* art. 16). Le decisioni che derivano da tali segnalazioni devono essere prese in modo tempestivo, con diligenza e in maniera non arbitraria e obiettiva e nel caso in cui si faccia uso di strumenti automatizzati per questo processo, è richiesto che venga fornita un'adeguata informazione sull'utilizzo di tali strumenti, come specificato nell'art. 16 del *Digital Services Act*. Inoltre i prestatori di servizi dovranno fornire una

motivazione per la rimozione o la disabilitazione dell'accesso per contenuti illegali o contrari alle condizioni generali di contratto¹². La motivazione deve includere diverse informazioni, tra cui l'indicazione dell'oggetto, cioè se la decisione comporta la rimozione delle informazioni, la disabilitazione dell'accesso, la limitazione della visibilità o altre misure; deve inoltre esporre i fatti e le circostanze su cui si basa, fornire informazioni sugli strumenti automatizzati utilizzati per la decisione, fare riferimento alla base giuridica invocata e indicare i mezzi di ricorso disponibili. Tuttavia, va notato che questa disposizione sull'esposizione dei motivi e delle circostanze non si applica nel caso di adozione di un ordine di rimozione da parte di un'Autorità, come stabilito dall'articolo 17 del *Digital Services Act*.

Nel caso abbia un sospetto di commissione di un reato, il fornitore di servizi deve informare immediatamente le Autorità giudiziarie dello Stato membro, come specificato nell'articolo 18 del Regolamento sui servizi digitali, potendo al contempo adottare misure temporanee restrittive a fini cautelari. Queste tipologie di restrizioni che un fornitore di servizi può adottare non sono però convenzionali e, pertanto, non sono esplicitate dal legislatore, tra queste si possono ipotizzare la restrizione della visibilità (noto come "*shadow banning*") e la restrizione della possibilità di sfruttamento economico (c.d. monetizzazione).

Per le piattaforme online, escluse quindi le piccole e le micro imprese, sono previsti ulteriori obblighi e in particolare quello di dotarsi di un sistema efficace di gestione dei reclami¹³, quello di consentire agli utenti di rivolgersi ad un organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie di loro

¹² art. 17 Reg. 2022/2065

¹³ art. 20 Reg. 2022/2065

scelta¹⁴ e quello di dotarsi di sistemi che consentano agli utenti di conoscere la natura pubblicitaria delle informazioni, il loro committente ed i parametri in base ai quali all'utente viene mostrata quella pubblicità¹⁵. Inoltre, per le grandi piattaforme (VLOP), sono previsti obblighi ulteriori: innanzitutto l'obbligo di valutare annualmente i rischi sistemici, quali la diffusione di contenuti illegali e i relativi effetti negativi sui diritti fondamentali, la manipolazione del servizio, con possibili ripercussioni negative sul dibattito civico o i processi elettorali e gli effetti prodotti dai sistemi di moderazione e raccomandazione dei contenuti nonché di visualizzazione della pubblicità, adottando misure di attenuazione dei suddetti rischi¹⁶. In secondo luogo, informare gli utenti dei principali parametri dei sistemi di raccomandazione, offrendo loro almeno un'opzione di fruizione dei servizi non basata sulla profilazione¹⁷ e infine, tenere e rendere accessibile pubblicamente un registro relativo al contenuto delle pubblicità, ai committenti, al periodo di diffusione, a quali gruppi di utenti fosse destinata e in base a quali parametri, al numero dei destinatari raggiunti¹⁸. L'individuazione di un criterio basato sugli utenti soltanto a livello europeo sembra, tuttavia, un punto critico della proposta, vista la già rilevata dimensione eminentemente nazionale dei fenomeni da regolare, sarebbe forse stato meglio integrare questo requisito con una soglia di utenti per singolo Stato membro, analogamente a quanto fatto nel DMA per individuare i *gatekeeper* (ancorché in quel caso il riferimento è all'offerta del servizio in almeno tre Stati).

¹⁴ art. 21 Reg. 2022/2065

¹⁵ art. 26 Reg. 2022/2065

¹⁶ artt. 33 e ss. Reg. 2022/2065

¹⁷ art. 27 Reg. 2022/2065

¹⁸ art. 39 Reg. 2022/2065

Analizzando ulteriormente il Regolamento 2022/2065 sono individuabili due tipi di regole, quelle procedurali e quelle sostanziali, dove le prime individuano i metodi e i passaggi da utilizzare nei casi di violazione del Regolamento in esame e le seconde che individuano i contenuti illegali, ovvero quelli contrari al diritto UE o degli Stati membri e quelli contrari alle condizioni generali di contratto, che – rispettivamente – devono e possono essere rimossi o limitati nell’accesso in conseguenza dell’attività di moderazione svolta dalle piattaforme. Peraltro, a questo riguardo si rileva un’equiparazione del tutto impropria tra le due categorie di contenuti, che finisce con il lasciare mano libera alle piattaforme nel rimuovere anche contenuti giuridicamente del tutto leciti¹⁹, così fallendo nel rimediare a quella violazione delle libertà degli utenti che deriva appunto dalla censura privata; non a caso i partecipanti alla fase di consultazione pubblica avevano concordato sul fatto che i contenuti dannosi (ma non illegali) non dovessero essere soggetti a rimozione, giacché si tratta di una questione delicata con gravi implicazioni per la libertà di espressione²⁰.

Va senz’altro ascritto a merito dell’ UE il fatto stesso di aver introdotto un articolato *corpus* normativo dotato di apparato sanzionatorio e volto ad affrontare i temi qui analizzati, dando per giunta giusto rilievo al criterio del numero degli utenti raggiunti, al fine di qualificare le piattaforme come “grandi” e per assoggettarle ad obblighi più stringenti anche a garanzia delle libertà di espressione ed informazione²¹, in linea con quanto evidenziato nell’introduzione. Di tale scelta si ha significativa conferma anche nelle previsioni secondo cui, per un verso, persino piccole o micro imprese possono essere qualificate come grandi piattaforme ove raggiungano le soglie previste

¹⁹ vedi in tal senso il successivo paragrafo 5.7

²⁰ Relazione Reg. 2022/2065, p. 10

²¹ Cons. 94 Reg. 2022/2065

di utenti²² e, per altro verso, alti fatturati o elevate valorizzazioni di mercato costituiscono (solo) un elemento a favore di tale qualificazione.²³

2.4 Piattaforme e motori di ricerca designati

Già a far data da aprile 2023 la Commissione ha designato le seguenti piattaforme e motori di ricerca di grandi dimensioni, come VLOP: Alibaba Aliexpress; Amazon Store; Apple AppStore; Booking.com; Meta; Google Maps; Google Play; Google Shopping; LinkedIn; Pinterest; Snapchat; TikTok; Zalando. E come VLOSE: Bing; Google Search.²⁴

Una volta che la Commissione designa una piattaforma o un motore di ricerca, questa dispone di un tempo di quattro mesi per conformarsi al Regolamento sui servizi digitali, tempo che appare necessario dovendo il soggetto designato, ad esempio, istituire un punto di contatto, denunciare potenziali reati, avere termini di condizioni di facile utilizzo, essere trasparente per quanto riguarda la pubblicità e i sistemi di raccomandazione o le decisioni di moderazione dei contenuti.

I designati devono inoltre uniformarsi alle regole specifiche che si concentrano solo sui VLOP e sui VLOSE a causa delle loro dimensioni e del potenziale impatto distorsivo della concorrenza nel relativo mercato, significando con ciò, che i soggetti designati devono identificare, analizzare e valutare i rischi sistemici legati ai loro servizi; dovrebbero rivalutare, in particolare, i rischi connessi a contenuti illegali, diritti fondamentali, quali la libertà di espressione,

²² Cons. 43 Reg. 2022/2065

²³ Cons. 55 Reg. 2022/2065

²⁴ Elenco aggiornato consultabile <https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/policies/list-designated-vlops-and-vloses>

la libertà e il pluralismo dei media, la discriminazione, la protezione dei consumatori e i diritti dei minori, sicurezza pubblica e processi elettorali, violenza di genere, salute pubblica, protezione dei minori e benessere mentale e fisico. Una volta individuati e comunicati i rischi alla Commissione per la sorveglianza, i VLOP e i VLOSE sono tenuti a mettere in atto misure che mitigano tali rischi; ciò potrebbe significare adattare la progettazione o il funzionamento dei loro servizi o modificare i loro sistemi di raccomandazione, oppure ancora, rafforzare la piattaforma internamente con maggiori risorse per identificare meglio i rischi sistemici.

I soggetti designati come VLOP o VLOSE devono poi istituire una funzione interna di conformità che garantisca che i rischi individuati siano mitigati ed controllati da un revisore indipendente almeno una volta all'anno e adottare misure che rispondano alle raccomandazioni del revisore.

Inoltre i designati hanno l'obbligo di condividere i propri dati con la Commissione e le Autorità nazionali in modo che queste possano monitorare e valutare la conformità con il Regolamento sui servizi digitali, consentendo ai ricercatori controllati, laddove richiesto, di accedere ai dati della piattaforma quando la ricerca contribuisce all'individuazione, all'identificazione e alla comprensione dei rischi sistemici nell'UE; oltre a fornire un'opzione nei propri sistemi di raccomandazione che non si basa sulla profilazione dell'utente e disporre di un archivio pubblico di annunci pubblicitari.

2.5 Enforcement del Digital Services Act

L'attuazione del Regolamento sui servizi digitali per quanto attiene al *public enforcement* è, in via generale, riservato esclusivamente agli Stati membri. Similmente a quanto avviene nella normativa antitrust anche il Regolamento

sui servizi digitali attribuisce alle Agenzie nazionali, in questo caso i Coordinatori di Servizi Digitali (CSD) istituiti presso ogni Stato membro, la competenza a espletare le indagini per mezzo dei relativi poteri conferiti loro dall'art. 51, tra cui il potere di richiedere informazioni, effettuare ispezioni in proprio o tramite Autorità Giudiziaria ed effettuare sequestri o copie d'informazioni. Sulla base delle indagini effettuate, gli stessi CSD procedono adottando misure, sia a carattere provvisorio che definitivo.²⁵

Tuttavia, è lo stesso Regolamento che fa salvi i poteri per la vigilanza e l'applicazione del capo III, sezione 5²⁶ che spettano in via esclusiva alla Commissione²⁷ riguardando “obblighi supplementari a carico dei fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi per la gestione dei rischi sistemici”.

Riguardo invece alle segnalazioni da parte degli utenti finali è d'importanza fondamentale il ruolo dei CSD, avendo questi una maggiore connessione con il territorio e dovendo fornire stabilità ai cittadini, essendo un punto di contatto ufficiale e monitorando la conformità delle piattaforme online e dei motori di ricerca stabiliti nel loro territorio nell'ambito delle loro competenze. Tuttavia, ad oggi, risultano ancora da individuare le modalità operative con le quali i destinatari del servizio o i soggetti, quali organismi, organizzazioni o associazioni, che agiscono in loro nome, situati o stabiliti nel territorio nazionale, possono presentare all'Autorità un reclamo nei confronti dei fornitori di servizi intermediari avente ad oggetto una pretesa violazione del DSA, in particolare con riferimento ai casi *crossborder* in cui la gestione del reclamo implica il coinvolgimento di un CSD estero. Allo stato attuale,

²⁵ Par. 2 Art. 51 Reg. 2022/2065

²⁶ ovvero gli artt. da 33 a 43 del Reg. 2022/2065

²⁷ Par. 2 Art. 56 Reg. 2022/2065

L'AGCOM²⁸ sottolinea che permangono margini di incertezza interpretativa con riferimento a diversi aspetti del processo, in particolare in merito alle modalità con le quali vengono acquisiti i reclami, alle interazioni tra il CSD di destinazione²⁹ e quello di stabilimento³⁰, alle interazioni tra i Coordinatori e la Commissione europea, allea interazioni tra i CSD ed i destinatari del servizio. Allo scopo quindi di garantire la necessaria armonizzazione e il coordinamento dei processi attuativi nei diversi Stati membri, la stessa AGCOM ha ritenuto di prorogare di sessanta giorni il termine per la conclusione del procedimento finalizzato all'adozione delle procedure per la presentazione dei reclami ai sensi dell'art. 53 del Regolamento sui servizi digitali.

Per quanto attiene all'aspetto del *private enforcement*, benché risulti più problematica l'azione *stand alone* da parte del singolo utente, a norma dei Regolamenti oggetto della presente tesi, lo stesso dovrebbe disporre dell'accesso a tutte le informazioni gestite dalla piattaforma che lo riguardano, necessarie per dimostrare la lesione all'interno di un procedimento di fronte all'Autorità Giudiziaria.³¹ Certamente più agevole, è invece l'azione *follow-on* che, come stabilito dalla Direttiva 2014/104, e dal relativo D.lgs. 3/2017, si avvale di quella che risulta essere una prova privilegiata³² ai fini dell'azione per il risarcimento del danno, ritenendo definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una

²⁸ Delibera AGCOM 89/24 del 3 aprile 2024

²⁹ “destinazione” in riferimento al luogo dove viene utilizzato il servizio

³⁰ “stabilimento” sede legale della piattaforma

³¹ Vedi gli obblighi di trasparenza imposti a VLOP e VLOSE al paragrafo 2.2

³² La nozione di prova privilegiata in materia di illecito antitrust è stata chiarita dalla Corte Suprema di Cassazione. Quando un'Autorità accerta la sussistenza di un illecito anticoncorrenziale e infligge una sanzione al professionista, quest'ultimo ha la possibilità di fornire prove contrarie rispetto ai fatti accertati. Tuttavia, nel giudizio civile non è possibile rimettere in discussione i fatti costitutivi della violazione delle normative sulla concorrenza, utilizzando lo stesso materiale probatorio o le stesse argomentazioni già respinte in quella sede. Questa conclusione soddisfa l'esigenza di coerenza sistemica all'interno dell'ordinamento.

decisione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato”.

Riguardo invece alle sanzioni relative alla violazione del Regolamento 2022/2065 da parte di tutti i prestatori di servizi digitali queste, a norma del successivo art. 52, sono decise dagli Stati membri e notificate alla Commissione, la quale ha cura che le stesse siano effettive, proporzionate e dissuasive. Così come per le sanzioni applicabili ai soli VLOP e VLOSE (vedi capitolo seguente) anche le sanzioni pecuniarie indistintamente applicabili a tutti i prestatori di servizi digitali sono costituite da un importo massimo, in caso di inosservanza di un obbligo stabilito dal Regolamento, pari al 6 % del fatturato annuo mondiale del fornitore di servizi intermediari interessato nell'esercizio finanziario precedente, e in caso di comunicazione di informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti, di mancata risposta o rettifica di informazioni inesatte o di inosservanza dell'obbligo di sottoporsi a un'ispezione, pari all'1 %. Il Regolamento sui servizi digitali, così come quello sui mercati, prevede tuttavia un termine di prescrizione quinquennale sia per irrogare la sanzione che poi per eseguirla.

Ulteriore potere sanzionatorio è indicato all’art. 76 che introduce il potere della Commissione di infliggere penalità di mora periodiche di un importo massimo corrispondente al 5 % del reddito giornaliero medio o del fatturato annuo realizzato giornalmente a livello mondiale nel corso dell'esercizio precedente, prevedendo poi la possibilità per la stessa Commissione di ridurre l’importo laddove l’impresa abbia adempiuto gli obblighi per cui è stata imposta la mora.³³

³³ Par. 2 Art. 76 Reg. 2022/2065

2.6 I poteri di vigilanza della Commissione

Il Regolamento sui servizi digitali stabilisce un livello senza precedenti di controllo pubblico delle piattaforme online, sia sul piano nazionale che dell'Unione, al punto da attribuire poteri diretti in capo alla Commissione. Questa avrà, tra le altre, la facoltà di verificare direttamente quali piattaforme e motori di ricerca sono qualificabili come di dimensioni molto grandi, ovvero come detto, imprese che individualmente raggiungono la soglia del 10% della popolazione dell'Unione e, a tal fine, potrà avvalersi a livello nazionale del Coordinatore dei Servizi Digitali che supervisionerà anche le ulteriori entità rientranti nell'ambito di applicazione del Regolamento sui servizi digitali, nonché le piattaforme e i motori di ricerca di dimensioni molto grandi per quanto attiene a questioni domestiche e non sistemiche.

Il nucleo delle stringenti disposizioni normative, nei confronti di VLOP e VLOSE afferenti i poteri della Commissione, è situato nella IV sezione del Regolamento sui servizi digitali, dove troviamo anzitutto che la stessa dispone di poteri di audizione, ispezione e richiesta d'informazioni³⁴, nonché il potere di adottare le misure provvisorie laddove vi sia un caso di urgenza dovuta al rischio di danni gravi per i destinatari del servizio.³⁵ Quest'ultimo potere, come esplicitato nel Considerando 142, dovrebbe applicarsi nei casi in cui la Commissione abbia constatato *prima facie* la sussistenza di un'infrazione agli obblighi sanciti dal Regolamento sui servizi digitali da parte del fornitore di una piattaforma online di dimensioni molto grandi o di un motore di ricerca online di dimensioni molto grandi.³⁶

³⁴ Artt. 67, 68, 69 Reg. 2022/2065

³⁵ Art. 70 Reg. 2022/2065

³⁶ riguardo il concetto di *prima facie* si richiama in tal senso quanto riportato al paragrafo 3.3 circa le misure provvisorie contenute DMA

L'effettivo potere di controllo della Commissione è poi esplicitato dai successivi articoli 73 e 74, rispettivamente riguardanti la non conformità alle disposizioni contenute nel Regolamento e le relative sanzioni pecuniarie; un VLOP o VLOSE viene considerato non conforme ai sensi del suddetto Regolamento quando, alternativamente, violi le norme in esso contenute oppure le misure provvisorie e impegni presi nei confronti della Commissione. Non è infatti detto che all'apertura di un procedimento segua necessariamente una decisione, essendo dato modo ai fornitori di servizi di grandi dimensioni di assumere impegni nei confronti della Commissione, resi vincolanti dalla stessa mediante decisione e conseguentemente sfocianti nella chiusura del procedimento, che potrà poi essere eventualmente riaperto qualora il VLOP o VLOSE in questione agisca in contrasto con i propri impegni, la decisione sia stata fondata su informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti, oppure si sia prodotto un cambiamento determinante di uno dei fatti su cui si è fondata la decisione.³⁷ L'eventuale decisione di non conformità viene adottata a seguito di una fase di contraddittorio costituita da constatazioni preliminari della Commissione nella quale essa spiega le misure che intende adottare, o che ritiene che il fornitore in questione debba adottare, dovendo dargli modo rispondere in modo efficace alle constatazioni preliminari³⁸. Qualora poi, all'esito del contraddittorio, la Commissione ritenga insufficiente la risposta ricevuta o la presa d'impegni, essa procede come detto, dichiarando la non conformità del VLOP o VLOSE al Regolamento sui servizi digitali, potendo parallelamente infliggere sanzioni che arrivano fino al 6% del fatturato globale annuo nelle fattispecie di cui al primo paragrafo dell'art. 74 e fino all'1% nei casi, di cui al secondo paragrafo dello stesso, ritenuti meno gravi avendo

³⁷ Art. 71 Reg. 2022/2065

³⁸ Par. 2 Art. 73 Reg. 2022/2065

sostanziale natura dilatoria e potendo quindi inficiare solamente la durata del procedimento. Nel determinare l'importo della sanzione pecuniaria, la Commissione deve avere riguardo della natura, della gravità, della durata e della eventuale reiterazione della violazione.³⁹

In ultimo, a norma dell'art. 76, è prevista anche la possibilità per la Commissione di comminare penalità di mora periodiche non superiori al 5 % del reddito giornaliero medio o del fatturato annuo realizzato giornalmente a livello mondiale nel corso dell'esercizio precedente, calcolate a decorrere dalla data stabilita nella decisione, al fine di costringere VLOP e VLOSE a fornire informazioni, conformarsi o acconsentire a ispezioni.

2.7 Il Comitato Europeo per i Servizi Digitali

Come anticipato in precedenza l'Unione Europea tramite l'adozione del Reg. 2022/2065 ha istituito anche un nuovo organo complementare, denominato Comitato Europeo per i Servizi Digitali, formato dai vari Coordinatori di Servizi Digitali nazionali (nel caso dell'Italia AGCOM) con funzione consultiva e nomofilattica⁴⁰ al fine di una applicazione coerente del Regolamento in esame e di una cooperazione efficace dei CSD e della Commissione. Riguardo la propria struttura, il Comitato è composto dai CSD di tutta l'Unione, rappresentati tramite funzionari di alto livello, e presieduto dalla Commissione, la quale tuttavia non ha diritto di voto, ma convoca le riunioni con cadenza mensile e predispone l'ordine del giorno. Ogni

³⁹ Par 4 Art. 74 Reg. 2022/2065

⁴⁰ lett. b) Par. 2 Art. 61 Reg. 2022/2065

rappresentante dispone di un voto e le decisioni sono adottate a maggioranza semplice⁴¹.

2.8 Trasparenza nella moderazione dei contenuti e più opzioni di appello

Le piattaforme online sono uno spazio digitale in cui ci esprimiamo, condividiamo il nostro lavoro e siamo in contatto con amici o clienti, motivo per cui quando i nostri contenuti vengono rimossi o la portata dei nostri post è ridotta per via di presunte violazioni, legali o contrattuali che siano, noi utenti percepiamo queste restrizioni come fortemente coercitive. Con il DSA i fornitori di servizi intermediari, comprese le piattaforme online, hanno l'obbligo di includere nelle loro condizioni generali contrattuali informazioni sulle restrizioni che impongono in relazione all'uso dei loro servizi per quanto riguarda le informazioni fornite dai destinatari degli stessi e di comunicare ai loro utenti le motivazioni legate alla rimozione dei loro contenuti o perché l'accesso a un account è stato limitato.⁴²

I prestatori di servizi di *hosting*, comprese le piattaforme online, hanno poi l'obbligo legale esplicitato dall'art. 17 di fornire motivazioni chiare e specifiche per le loro decisioni di moderazione dei contenuti, con particolare riferimento a restrizioni alla visibilità di informazioni specifiche fornite dal destinatario del servizio (comprese la rimozione di contenuti, la disabilitazione dell'accesso ai contenuti o la retrocessione dei contenuti); alla sospensione, la

⁴¹ Par. 1 Art. 62 Reg. 2022/2065

⁴² Par. 1 art. 14 Reg. 2022/2065

cessazione o altra limitazione dei pagamenti in denaro; alla sospensione o cessazione totale o parziale della prestazione del servizio; alla sospensione o chiusura dell'account del destinatario del servizio.

In relazione agli obblighi sopra riportati, il Reg. 2022/2065 all'art. 20 sancisce l'obbligo per i fornitori di adottare un sistema interno di gestione reclami che consenta agli utenti di presentare gratuitamente reclami contro la decisione presa dal fornitore della piattaforma online. Detto accesso al sistema di reclamo deve essere garantito per almeno sei mesi e lo stesso Regolamento fa coincidere il relativo *dies a quo* con il giorno in cui il destinatario del servizio è stato informato della decisione.

Il Regolamento sui servizi digitali prevede inoltre un'ulteriore misura a carattere deflativo contenuta nell'art. 21 relativa alla possibilità di devolvere il contenzioso relativo ai reclami sopra citati, ad un organismo stragiudiziale di risoluzione delle controversie tra quelli certificati dagli Stati membri. Gli organismi certificati mettono le loro decisioni a disposizione delle parti entro un periodo di tempo ragionevole e non oltre 90 giorni di calendario dal ricevimento del reclamo, o al più tardi in caso di controversie molto complesse, l'organismo di risoluzione può prorogare di propria iniziativa il periodo di 90 giorni di calendario di un ulteriore periodo non eccedente i 90 giorni, così da risultare di una durata massima complessiva di 180 giorni.⁴³

Inoltre, sempre al fine di garantire la trasparenza e consentire il controllo delle decisioni di moderazione dei contenuti da parte dei fornitori di piattaforme online, come richiesto dal Regolamento, la Commissione ha lanciato la banca dati sulla trasparenza del *Digital Services Act*,⁴⁴ banca dati unica nel suo genere che rende accessibili al pubblico tutte le violazioni, restrizioni e dichiarazioni

⁴³ Par. 4 art. 21 Reg. 2022/2065

⁴⁴ Banca dati sulla trasparenza <https://transparency.dsa.ec.europa.eu/>

di motivazione fornite dai fornitori di piattaforme online relative alla moderazione dei contenuti. I VLOP hanno dovuto pubblicare le loro dichiarazioni di motivazione a partire dalla fine di agosto 2023, mentre il termine per la pubblicazione per tutti gli altri fornitori di piattaforme online rientranti nell'ambito di applicazione del Regolamento sui servizi digitali era il 17 febbraio 2024.

Come meglio analizzato nel successivo paragrafo, il Regolamento obbliga altresì i fornitori di piattaforme online a garantire maggiore trasparenza e controllo su ciò che viene mostrato ai destinatari nei *feed*, consentendo loro di disporre di informazioni direttamente accessibili circa l'interfaccia online in cui è presentata l'inserzione pubblicitaria, sui principali parametri utilizzati per stabilire le motivazioni per le quali è mostrata loro una pubblicità specifica piuttosto che un'altra, con spiegazioni rilevanti sulla logica seguita a tal fine, inclusi i casi in cui essa è basata sulla profilazione. Tali spiegazioni, come riporta il Considerando 68, dovrebbero includere informazioni sul metodo utilizzato per presentare la pubblicità, ad esempio se si tratta di pubblicità contestuale o di altro tipo e se del caso, sui principali criteri di profilazione utilizzati, dando possibilità di rinunciare alle raccomandazioni personalizzate, dal momento che i VLOP devono necessariamente offrire un'opzione per disattivare i contenuti personalizzati e mantenere un registro con i dettagli sulle campagne pubblicitarie a pagamento eseguite sulle loro interfacce online. Sarà poi onere degli Stati membri e della Commissione controllare e far rispettare, in stretta cooperazione, le disposizioni relative alla trasparenza dei sistemi di raccomandazione e della pubblicità.

2.9 Pubblicità e divieto di targeting

Il Regolamento sui servizi digitali introduce anche norme riguardanti la pubblicità, definita come “informazioni intese a promuovere il messaggio di una persona fisica o giuridica, indipendentemente dal fatto che perseguano finalità commerciali o non commerciali, e presentate da una piattaforma online sulla relativa interfaccia online a fronte di un corrispettivo versato specificamente per la promozione di tali informazioni”⁴⁵. Le disposizioni principali sono contenute nell’art. 26 del Reg. 2022/2065 che impone ai prestatori di servizi obblighi di trasparenza riguardo dette informazioni, come rendere pubblico se costituiscono o meno una forma di pubblicità e informare l’utente dei parametri in base ai quali è stato individuato come destinatario⁴⁶; inoltre è necessario riportare la persona fisica per conto della quale viene presentata la pubblicità, oppure colui che la finanzia se diverso da quest’ultima.⁴⁷ Ulteriori e più stringenti disposizioni in materia sono dettate dall’art. 39, che dispone per le piattaforme online di dimensioni molto grandi o di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi che presentano pubblicità sulle loro interfacce online, l’adozione di uno strumento consultabile e affidabile al fine di consentire ricerche attraverso molteplici criteri, ovvero la tenuta di un registro, contenente le informazioni relative al contenuto della pubblicità e alle persone fisiche o giuridiche che le finanziano, o per conto di cui, sono svolte dette attività⁴⁸

⁴⁵ lett. r) Art. 3 Reg. 2022/2065

⁴⁶ lett. a) e d) Par. 1 Reg. 2022/2065

⁴⁷ lett. b) e c) Par. 1 Reg. 2022/2065

⁴⁸ Par. 1 e 2 Art. 39 Reg. 2022/2065

Nel Regolamento troviamo inoltre divieti specifici di *targeting*⁴⁹. Il primo, è presente all'ultimo comma dell'art. 26 e riguarda le pubblicità ai destinatari del servizio basate sulla profilazione realizzate utilizzando le categorie speciali di dati personali, ovvero dati che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona.⁵⁰ Un'ulteriore divieto di *targeting* è disciplinato dall'art. 28 dello stesso Regolamento, riguardante più in generale la protezione online dei minori, che sancisce anzitutto un generale obbligo per il prestatore di servizi di adottare misure adeguate e proporzionate per garantire un elevato livello di tutela della vita privata, di sicurezza e di protezione dei minori sul loro servizio⁵¹; al secondo comma dello stesso articolo è inserito invece il divieto di utilizzo di pubblicità targettizzata sui dati dell'utente da parte dei prestatori di servizi, nel momento in cui abbiano ragione di credere, con ragionevole certezza, che quest'ultimo sia un minore.

La disciplina sopra riportata si è resa necessaria costituendo la pubblicità tramite canale online un rischio significativo, che varia da inserzioni che costituiscono di per sé contenuti illegali, al contributo di incentivi finanziari per la pubblicazione o l'amplificazione di attività e contenuti online illegali o comunque dannosi, fino alla presentazione discriminatoria di pubblicità con ripercussioni sulla parità di trattamento e di opportunità dei cittadini.⁵² È per

⁴⁹ con il termine “targeting” si intende un processo che consente di individuare una tipologia di pubblico, definita da parametri come età, sesso, località, interessi e così via, che potrebbe essere potenzialmente interessata ai prodotti e servizi di un'azienda, più di altri utenti che in quel momento navigano online.

⁵⁰ Par. 1 Art. 9 Reg. 2016/679

⁵¹ Par. 1 Art. 28 Reg. 2022/2065

⁵² Cons. 68 Reg. 2022/2065

tali ragioni che, in particolare VLOP e VLOSE, devono garantire l'accesso del pubblico ai registri della pubblicità presentata sulle loro interfacce online, potendo così facilitare la vigilanza e la ricerca sui rischi derivanti dalla distribuzione della pubblicità online.

2.10 *Contrasto ai contenuti illegali*

Il Regolamento sui servizi digitali introduce anche nuovi obblighi per i fornitori di servizi online al fine di contrastare la diffusione di contenuti illegali, definiti dallo stesso Regolamento alla lettera h) dell'art. 3 come: “qualsiasi informazione che, di per sé o in relazione a un'attività, tra cui la vendita di prodotti o la prestazione di servizi, non è conforme al diritto dell'Unione o di qualunque Stato membro conforme con il diritto dell'Unione, indipendentemente dalla natura o dall'oggetto specifico di tale diritto”⁵³. Il concetto di contenuto illegale viene inteso in senso ampio ed appare legato, in primo luogo, a quelle informazioni che indipendentemente dalla loro forma, ai sensi del diritto applicabile, sono di per sé illegali quali l'illecito incitamento all'odio o i contenuti terroristici illegali o ancora contenuti discriminatori. Il termine contenuto illegale è da interpretarsi estensivamente per rispecchiare le norme vigenti nell'ambiente offline e per coprire anche le informazioni riguardanti i contenuti, i prodotti, i servizi e le attività illegali.⁵⁴

Al fine di contrastare detti contenuti illegali il Regolamento stabilisce una procedura che si articola in un rapporto triadico tra Autorità che emette

⁵³ A titolo di esempio, si possono citare la condivisione di immagini di abusi sessuali su minori, la diffusione illegale e non consensuale di immagini private, il *cyberstalking*, la vendita di prodotti non conformi o contraffatti, la vendita di prodotti o la fornitura di servizi in violazione delle normative sulla tutela dei consumatori, l'uso non autorizzato di materiale protetto da copyright, l'offerta illegale di servizi ricettivi, e la vendita illegale di animali vivi.

⁵⁴ Cons. 12 Reg. 2022/2065

L'ordine, il Coordinatore dei Servizi Digitali, che ne cura la comunicazione e il prestatore di servizi intermediari. Costoro, hanno l'obbligo di contrastare i suddetti contenuti, adoperandosi in maniera attiva e fattiva al fine di rimuovere il contenuto attenzionato, come riportato all'art. 9 par. 1 del Regolamento, con l'obbligo per i prestatori di servizi di informare senza indebito ritardo l'Autorità che ha emesso l'ordine del seguito dato alla comunicazione ricevuta, specificando se e quando è stato dato seguito. I prestatori di servizi devono inoltre garantire che i venditori forniscano informazioni verificate sulla loro identità prima di poter iniziare a vendere i loro beni su tali mercati online, cosicché gli utenti possano facilmente identificare la persona responsabile della vendita⁵⁵ allo scopo di poter risalire all'autore del contenuto illegale in maniera certa. Al fine di contrastare detti contenuti in modo più rapido ed efficace il Regolamento caldeggia altresì un trattamento prioritario per quelle segnalazioni che giungono da "segnalatori attendibili", figura disciplinata dall'art. 22 del Regolamento, intendendo con tale termine operatori che in ragione della loro natura e funzione sociale sono ritenuti di particolare importanza avendo dimostrato di disporre di capacità e competenze particolari nella lotta ai contenuti illegali e di svolgere le proprie attività in modo diligente⁵⁶. Avendo i segnalatori attendibili capacità e competenze adeguate, ci si può aspettare che il trattamento delle loro segnalazioni avvenga per via preferenziale e quindi più rapidamente rispetto a quelle presentate da altri utenti del servizio. Tale qualifica dovrebbe essere, in primo luogo, conferita dal CSD dello Stato membro in cui il richiedente è stabilito e dovrebbe essere riconosciuta da tutti i fornitori servizi, e in secondo luogo, riconosciuta agli enti di natura pubblica, organizzazioni non governative e organismi privati. A

⁵⁵ Art. 32 Reg. 2022/2065

⁵⁶ Cons. 61 Reg. 2022/2065

questi segnalatori, per motivi di trasparenza, è richiesto di pubblicare relazioni chiare e dettagliate sulle segnalazioni presentate, includendo informazioni classificate in base al prestatore di servizi, il tipo di contenuto e le azioni intraprese da quest'ultimo per contrastare il contenuto illegale.

2.11 Maggiori garanzie per i diritti fondamentali online

Scopo ulteriore del Regolamento 2022/2065 è la tutela dei diritti fondamentali degli utenti nell'UE anche nell'ambiente online,⁵⁷ con l'obiettivo di garantire un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile, in cui i diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione Europea dei Diritti Umani (CEDU) siano efficacemente tutelati e sia impedita la diffusione di contenuti illegali online e attenuati i rischi per la società che la diffusione della disinformazione o di altri contenuti può generare.⁵⁸ Al fine di evitare un abuso della posizione di favore da parte prestatore di servizi, il Regolamento adotta disposizioni⁵⁹ che limitano le decisioni arbitrarie di moderazione da parte delle piattaforme, unite all'obbligo per le imprese di maggiori dimensioni di rendere pubblica una relazione periodica in merito alla moderazione dei contenuti da loro intrapresa, comprese le misure adottate a seguito dell'applicazione e dell'esecuzione delle loro condizioni generali. Le piattaforme e i motori di ricerca online di

⁵⁷ Art. 1 Reg. 2022/2065

⁵⁸ Considerando 9 Reg. 2022/2065

⁵⁹ Art. 15 Reg. 2022/2065

dimensioni molto grandi dovranno inoltre effettuare periodicamente una valutazione globale dei rischi relativi alla violazione dei diritti fondamentali, tra cui la libertà di espressione, la tutela dei dati personali e la libertà e il pluralismo dei media online, oltre che i diritti dei minori.⁶⁰

Il Regolamento offre agli utenti nuovi modi per agire con cognizione di causa contro la piattaforma nel caso in cui i loro contenuti siano moderati e al contempo, come visto precedentemente nel paragrafo 2.7, dev'essere concesso agli utenti di poter presentare i reclami direttamente alla piattaforma, scegliere un organismo per la risoluzione extragiudiziale delle controversie e eventualmente adire l'Autorità giudiziaria.

⁶⁰ Art. 42 Reg. 2022/2065

CAPITOLO III - Regolamento UE 2022/1925 (*Digital Market Act*)

3.1 Ambito di applicazione e disciplina delle esenzioni

La normativa sui mercati digitali stabilisce una serie di criteri oggettivi e molto precisi per definire le piattaforme online di grandi dimensioni che esercitano una funzione di controllo dell'accesso, vale a dire di “*gatekeeper*”. Si tratta delle imprese che forniscono uno dei seguenti servizi di piattaforma di base “*Core Platform Services*” (di seguito CPS), ovvero servizi di intermediazione online⁶¹; motori di ricerca online⁶²; siti di social networking⁶³; servizi di condivisione video⁶⁴; servizi di comunicazione elettronica interpersonale indipendenti dal numero⁶⁵; sistemi operativi⁶⁶; *Browser web*⁶⁷; Assistenti virtuali⁶⁸; servizi *cloud*⁶⁹; servizi pubblicitari online compresi reti pubblicitarie, scambi di inserzioni pubblicitarie e qualsiasi altro servizio di intermediazione pubblicitaria, erogati da un'impresa che fornisce uno dei servizi di piattaforma

⁶¹ definito all'articolo 2, punto 2), del regolamento (UE) 2019/1150;

⁶² definito all'articolo 2, punto 5), del regolamento(UE) 2019/1150;

⁶³ “una piattaforma che consente agli utenti finali di entrare in contatto e comunicare gli uni con gli altri, condividere contenuti e scoprire altri utenti e contenuti su molteplici dispositivi e, in particolare, attraverso chat, post, video e raccomandazioni” - Art. 2.2 (7) DMA

⁶⁴ un servizio di piattaforma per la condivisione di video quale definito all'articolo 1, punto 1), lettera a bis), della direttiva 2010/13/UE;

⁶⁵ quale definito all'articolo 2, punto 7), della direttiva (UE) 2018/1972

⁶⁶ “un *software* di sistema che controlla le funzioni di base dell'hardware o del software e consente l'esecuzione di applicazioni software” - Art. 2.2. (10) DMA

⁶⁷ “un'applicazione *software* che consente agli utenti finali di accedere al contenuto web ospitato su server connessi a reti come internet e di interagire con esso, inclusi browser web autonomi, nonché browser web integrati o incorporati nel software o simili” - Art. 2.2 (11) DMA

⁶⁸ un *software* in grado di gestire richieste, compiti o domande, compresi quelli basati su input audio, visivi o scritti, gesti o movimenti, e che, sulla base di tali richieste, compiti o domande, fornisce accesso ad altri servizi o controlla dispositivi connessi fisici - Art. 2.2 (12) DMA

⁶⁹ quale definito all'articolo 4, punto 19), della Direttiva (UE) 2016/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio

di base sopra elencati; tra queste troviamo, a titolo esemplificativo: Alphabet, Apple, Amazon, Meta e Microsoft.

Nonostante l'elenco, il DMA non fornisce una definizione di *Core Platform Services*, tuttavia il secondo Considerando sottolinea la posizione di forza che hanno i servizi di piattaforma, come ad esempio le "economie di scala estreme" o "effetti di rete molto forti". Lo stesso Considerando cita anche deviazioni dalla situazione in normali condizioni di concorrenza, come il *lock-in*⁷⁰. I *gatekeeper* sono invece identificati dall'art. 3 del DMA par. 1 e 2 in riferimento a criteri qualitativi⁷¹ che lo stesso Regolamento considera presunti in presenza dei rispettivi criteri quantitativi⁷² riportati successivamente. E' da sottolineare a riguardo che stante la natura tecnologica molto complessa e in rapida evoluzione dei servizi di piattaforma di base il Regolamento impone un riesame periodico dello *status* dei *gatekeeper*.⁷³

Per quanto riguarda i primi criteri qualitativi, rientrano in tale categoria le imprese che detengono una forte posizione economica avendo un impatto significativo sul mercato interno e operano in più Paesi dell'UE, oppure che occupano una forte posizione di intermediazione, nel senso che collegano un'ampia base di utenti a un gran numero di imprese, oppure ancora nel caso in cui detengano (o stiano per detenere) una posizione solida e duratura sul mercato, ovvero stabile nel tempo. L'impresa deve aver risposto ai due criteri qualitativi di cui sopra in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari.

Riguardo invece ai criteri quantitativi, questi si sostanziano in un fatturato annuo superiore a 7,5 miliardi di Euro in ciascuno dei tre esercizi precedenti,

⁷⁰ovvero quando gli utenti dipendono in misura significativa dal servizio dipendono in misura significativa dal servizio ed è difficile per gli utenti abbandonare un servizio della piattaforma principale una volta che hanno iniziato a utilizzarlo.

⁷¹ articolo 3, paragrafo 1, DMA

⁷² articolo 3, paragrafo 2, DMA

⁷³ Considerando 30 Reg. 1925/2022

oppure in una capitalizzazione di mercato o un valore equo di mercato equivalente o superiore a 75 miliardi di Euro nell'ultimo esercizio e nel fatto che l'impresa fornisce lo stesso CPS in almeno tre Stati membri dell'Unione europea, oppure ancora nel caso di CPS con almeno 45 milioni di utenti finali attivi mensili o 10.000 utenti commerciali attivi con sede o stabilimento nell'UE e infine se la soglia di cui sopra relativa al CPS viene raggiunta in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari. Risulta quindi evidente che la *ratio* di questa scelta sia da ricercare nei vantaggi acquisiti dall'impresa grazie allo sfruttamento delle economie di scala, quali ad esempio l'accesso a grandi quantità di dati che spesso vengono utilizzati e monetizzati dalle imprese in un altro settore.⁷⁴

Ma vi è di più, qualora l'impresa raggiunga tutte le soglie quantitative indicate, il *gatekeeper* deve, senza indugio e in ogni caso entro due mesi dal raggiungimento di tali indicatori, notificare tale evento alla Commissione fornendole le informazioni pertinenti di cui al paragrafo 2 dell' art. 3 del Regolamento per ciascuno dei servizi di piattaforma di base dell'impresa che raggiunge le soglie indicate alla lettera b) di detto paragrafo. In ogni caso se un ulteriore servizio di piattaforma di base fornito dall'impresa precedentemente designata come *gatekeeper* raggiunge le soglie di cui al paragrafo 2, lettere b) e c), tale impresa ne dà notifica alla Commissione entro due mesi dal raggiungimento di tali soglie. Questo terzo paragrafo costituisce quindi in capo all'impresa un obbligo di comunicazione *ex lege* al raggiungimento delle soglie, il quale tuttavia, essendo accompagnato da una sanzione piuttosto blanda, quale la facoltà della Commissione di designare tale impresa come *gatekeeper* sulla base delle informazioni a sua disposizione⁷⁵ (cosa che

⁷⁴ Considerando 3 Reg. 1925/2022

⁷⁵ Par 3 art. 3 Reg. 1925/2022

probabilmente avverrebbe allo stesso modo sulla base delle informazioni volontariamente trasmesse) potrebbe portare le imprese ad effettuare una valutazione costi/benefici al fine di decidere se effettuare volontariamente questa *disclosure* o meno, nella speranza di operare più a lungo senza adempiere agli obblighi di cui al DMA.

Il Regolamento 1925/2022 si concentra su tre tipologie di relazioni concorrenziali astrattamente suscettibili di essere danneggiate da accordi restrittivi, ovvero, concorrenza inter-piattaforma (*interplatform*), intra-piattaforma (*intraplatform*) ed extra-piattaforma (*extraplatform*). Tutte e tre le tipologie si basano sulla nozione di "piattaforma" e sebbene la stessa sia chiaramente un termine centrale nel DMA (come dimostra l'importanza del concetto di CPS), non ne viene mai fornita una esplicita definizione. Tuttavia, dalla formulazione dei criteri del *gatekeeper* e degli obblighi a questi imposti si può dedurre che il Regolamento sui mercati digitali adotta una concezione ampia e semplice di piattaforma come collegamento tra due gruppi di utenti, ossia gli utenti commerciali e gli utenti finali. Questo "collegamento" è proprio il servizio tipico fornito dalla piattaforma agli utenti e a tutte le categorie di CPS; inoltre nel caso particolare dei *gatekeeper*, la piattaforma rappresenta un'importante porta d'accesso per gli utenti commerciali dando loro la possibilità di raggiungere gli utenti finali per fornire loro beni e servizi, cosa altrimenti impossibile (o almeno non con la stessa facilità).

Il termine *interplatform* si riferisce alla concorrenza tra un *gatekeeper* e altri *gateway* per la fornitura di un CPS a imprese e utenti finali: esiste una concorrenza inter-piattaforma tra fornitori dello stesso CPS (ad esempio, la concorrenza tra diversi *marketplace* online), ma il termine *inter-platform* può essere esteso fino a ricomprendere situazioni di concorrenza tra fornitori di CPS diversi (ad esempio, tra servizi di piattaforme di condivisione video e

servizi di *social network* per la fornitura di spazi pubblicitari). La concorrenza *intraplatform* si verifica, invece, tra utenti commerciali di un servizio di piattaforma principale che sono impegnati nella stessa linea di commercio di beni o servizi con gli utenti finali. Ad esempio, nel caso dei mercati online, la concorrenza all'interno della piattaforma avviene tra commercianti terzi di una stessa linea di prodotti; inoltre in alcuni casi, l'integrazione verticale porta il *gatekeeper* a competere con i propri utenti commerciali operando così in una zona grigia facilmente foriera di pratiche di esclusione e sleali da parte del *gatekeeper* nei confronti degli utenti commerciali. Questo sospetto si riflette in diversi obblighi della DMA che cercano di limitare tali pratiche.

Da ultimo, la concorrenza *extraplatform* si verifica tra *gatekeeper* e terze parti per le vendite al di fuori della piattaforma. A riguardo il DMA sottolinea che i *gatekeeper* sono generalmente caratterizzati da una imponente struttura aziendale⁷⁶, motivo per cui il Regolamento si prefigge di proteggere la concorrenza degli operatori di mercato in una gamma di attività più ampia rispetto ai soli CPS. La preoccupazione del *Digital Market Act* per la concorrenza extra-piattaforma non è però priva di limiti. In tutto il testo, il Regolamento sui Mercati digitali menziona "servizi offerti insieme o a supporto di un servizio di piattaforma principale". Ciò che rileva, a differenza della concorrenza all'interno della piattaforma, è che la concorrenza per questi servizi non avvenga effettivamente sulla piattaforma principale, come avviene ad esempio, per i *gatekeeper* che offrono i propri servizi di consegna o i servizi di pagamento in concorrenza con i terzi che offrono tali servizi. Risulta

⁷⁶ Tanto che alla lettera f) par. 8 art. 3 Reg. 2022/1925 la struttura aziendale viene valutata al fine della designazione come *gatekeeper*

quindi evidente che, in generale, la concorrenza extra-piattaforma coinvolge operatori di mercato diversi dagli utenti commerciali.⁷⁷

Riguardo l'ambito di applicazione del Regolamento sui mercati digitali, lo stesso disciplina altresì i casi di esenzione. Ai sensi dell'art. 3 del Regolamento viene prevista l'esenzione dall'ambito applicativo dello stesso per i mercati riguardanti le "reti di comunicazione elettronica" come definite all'articolo 2, punto 1)⁷⁸, della Direttiva (UE) 2018/1972 e per i "servizi di comunicazione elettronica" definiti all'articolo 2, punto 4)⁷⁹, della medesima Direttiva, diversi da quelli relativi ai servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero.

3.2 Gli obblighi di condotta dei Gatekeeper

È probabile che la combinazione delle caratteristiche economiche e dimensionali dei *gatekeeper* determini, in molti casi, squilibri gravi in termini di potere contrattuale e, di conseguenza, pratiche sleali e condizioni inique tanto per gli utenti commerciali quanto per gli utenti finali dei servizi di piattaforma di base forniti dai *gatekeeper*, a discapito dei prezzi, della qualità,

⁷⁷ Tuttavia, non si può escludere che un utente commerciale possa essere coinvolto in una concorrenza extra-piattaforma.

⁷⁸ "i sistemi di trasmissione, basati o meno su un'infrastruttura permanente o una capacità di amministrazione centralizzata, e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o di instradamento e altre risorse, inclusi gli elementi di rete non attivi, che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo di fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici, comprese le reti satellitari, le reti mobili e fisse (a commutazione di circuito e a commutazione di pacchetto, compresa internet), i sistemi per il trasporto via cavo della corrente elettrica, nella misura in cui siano utilizzati per trasmettere i segnali, le reti utilizzate per la diffusione radiotelevisiva, e le reti televisive via cavo, indipendentemente dal tipo di informazione trasportato"

⁷⁹ i servizi forniti di norma a pagamento su reti di comunicazioni elettroniche, che comprendono, con l'eccezione dei servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti, i tipi di servizi seguenti: a) «servizio di accesso a internet» quale definito all'articolo 2, secondo comma, punto 2), del regolamento (UE) 2015/2120; b) «servizio di comunicazione interpersonale»; c) servizi consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali come i servizi di trasmissione utilizzati per la fornitura di servizi da macchina a macchina e per la diffusione circolare radiotelevisiva;

della concorrenza leale, della scelta e dell'innovazione nel settore digitale. Pertanto, la finalità del Regolamento è quella di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno stabilendo norme volte a garantire la concorrenzialità e l'equità per i mercati nel settore digitale in generale e per gli utenti commerciali e finali dei servizi di piattaforma di base forniti dai *gatekeeper*.⁸⁰

Tra gli obblighi elencati nel capo III del Regolamento, possiamo riscontrare un primo nucleo all'art. 5 contenente una serie di disposizioni di tipo chiuso, riguardanti la gestione e combinazione dei dati personali degli utenti; comportamenti anticoncorrenziali, come vietare agli utenti commerciali di offrire gli stessi prodotti o servizi agli utenti finali attraverso servizi di intermediazione online di terzi o attraverso il canale di vendita diretta online a prezzi o condizioni diversi da quelli offerti attraverso i servizi di intermediazione online del *gatekeeper*⁸¹, oppure, non consentire di promuovere offerte, anche a condizioni diverse, agli utenti finali acquisiti attraverso il proprio servizio di piattaforma di base o attraverso altri canali, e di stipulare contratti con tali utenti finali, a prescindere dal fatto che, a tal fine, essi si avvalgano dei servizi di piattaforma di base del *gatekeeper*⁸² e più in generale disposizioni riguardanti il divieto di abuso di posizione dominante⁸³, come l'utilizzo di pratiche commerciali scorrette di tipo legante⁸⁴, quali ad esempio l'obbligo di utilizzo di determinati sistemi di pagamento o di riconoscimento

⁸⁰ Considerando 7 Reg. 1925/2022

⁸¹ Par. 3 Art. 5 Reg. 2022/1925

⁸² Par. 4 Art. 5 Reg. 2022/1925

⁸³ J. Frank e M. Peitz The Digital Markets Act and the Whack-A-Mole Challenge in Common Market Law Review, Vol. 61, pagg. 269-344

⁸⁴ termine utilizzato per indicare i casi in cui l'impresa in posizione dominante subordini la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi

degli stessi *gatekeeper*⁸⁵ o il divieto di imporre agli utenti commerciali o agli utenti finali l'abbonamento o l'iscrizione a qualsiasi ulteriore servizio di piattaforma di base elencato nella decisione di designazione⁸⁶, o che raggiunge le soglie di cui alla lettera b) del paragrafo 2 art. 3, fattispecie astrattamente riconducibile ad intesa restrittiva della concorrenza e suscettibile di essere in maniera reciproca tra i *gatekeeper*. Secondo la Commissione si ha un abuso posizione dominante quando un'impresa "è in grado di influenzare i parametri della concorrenza a proprio vantaggio, e a scapito dei consumatori, e non si trovi a fronteggiare una pressione concorrenziale efficace"⁸⁷ e si concretizza generalmente nel momento in cui l'impresa riesce ad aumentare i prezzi sopra il livello concorrenziale per un periodo significativo traendone guadagno, oppure quando è la sola, in tutto il mercato, ad innovare e produrre in modo significativo.

Il successivo art. 6 prosegue poi elencando una serie di obblighi suscettibili di essere ampliati, come riportato successivamente ai sensi dell'art. 8 dello stesso Regolamento, che riguardano anzitutto il divieto di concorrenza con i propri utenti commerciali per mezzo di dati non accessibili al pubblico generati o forniti da tali utenti commerciali nel quadro del loro utilizzo dei pertinenti servizi di piattaforma⁸⁸ e in secondo luogo, tendenti alla facilitazione verso gli utenti finali e commerciali alla fruizione dei servizi offerti, tramite l'interoperabilità tra piattaforme diverse, facilitandone il relativo abbonamento o disiscrizione e la modifica delle impostazioni predefinite⁸⁹.

⁸⁵ Par. 7 Art. 5 Reg. 2022/1925

⁸⁶ Par. 9 Art. 3 Reg. 2022/1925

⁸⁷ Commissione europea, Comunicazione 2009/C 45/02, reperibile su [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=LV](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=LV)

⁸⁸ Par. 2 Art. 6 Reg. 2022/1925

⁸⁹ Par. 6 e 7 Art. 6 Reg. 2022/1925

Ancora, l'art. 7 del DMA elenca una serie di obblighi riguardanti esclusivamente i servizi di comunicazione interpersonale, per i quali è sancito l'obbligo di rendere le funzionalità di base dei propri servizi di comunicazione interpersonale interoperabili con i servizi di comunicazione interpersonale di un altro fornitore che offre o intende offrire tali servizi nell'Unione, fornendo, su richiesta e a titolo gratuito, le necessarie interfacce tecniche o soluzioni analoghe che facilitano tale interoperabilità.

In ultimo, come detto in precedenza, l'art. 8 del Regolamento rubricato "osservanza degli obblighi imposti ai *gatekeeper*" introduce dapprima l'onere della prova in capo a quest'ultimi di garantire gli obblighi sanciti dai precedenti tre articoli e successivamente, la possibilità per la Commissione di adottare un atto di esecuzione che specifichi le misure che l'interessato deve attuare per garantire un'osservanza effettiva degli obblighi di cui agli articoli 6 e 7, disciplinandone nei paragrafi seguenti la relativa procedura di contestazione, che può portare alla sospensione dell'atto di esecuzione ai sensi dell'art. 9.

3.3 i poteri della Commissione

Come anticipato è la Commissione l'organo preposto ad esercitare il potere ispettivo e sanzionatorio nell'ambito del campo di applicazione del Regolamento. Prima di addentrarci nel *corpus* normativo di cui al Capo IV e V, ovvero quello nel quale vengono esplicitati i poteri della Commissione, è necessario un breve cenno circa i precedenti articoli che già stabiliscono diverse azioni percorribili da parte della Commissione.

Le prime disposizioni, riscontrabili nell'art. 3 par. 6 e 7 nonché nell'art. 12 par 1, 3 e 4, esplicitano il potere della Commissione di adottare atti delegati che,

seppur in un abito di applicazione limitato⁹⁰, sono necessari per integrare il Regolamento per quanto concerne gli obblighi derivanti dagli articoli 5 e 6 quando sussistano le condizioni di cui all'art. 49⁹¹. Quest'ultimo precetto sancisce anzitutto il carattere provvisorio del potere di adozione di atti delegati per un periodo di cinque anni dopo il quale, per quanto tacitamente rinnovabile, il Parlamento europeo o il Consiglio possono decidere di non procedere al rinnovo di detto potere per un ulteriore lustro.⁹² Ancor di più il potere di cui sopra può essere revocato in qualsiasi momento da parte di Parlamento europeo o Consiglio e comunque, l'atto delegato eventualmente adottato dalla Commissione entra in vigore solo laddove né il Parlamento né il Consiglio abbiano "sollevato obiezioni entro il termine di due mesi dalla data in cui esso è stato loro notificato o se, prima della scadenza di tale termine, sia il Parlamento europeo che il Consiglio hanno informato la Commissione che non intendono sollevare obiezioni".⁹³

Venendo ora al Capo IV del DMA emerge come siano sancite e disciplinate le diverse ipotesi nelle quali la Commissione può utilizzare i propri poteri d'indagine sanciti dagli artt. 16, 17, 18, dove sono rispettivamente indicate le modalità generali di avvio dell'indagine, l'indagine di mercato per la designazione di *gatekeeper* e in ultimo l'indagine sulle inosservanze sistemiche, fattispecie poi meglio definita dallo stesso articolo come un *gatekeeper* che abbia violato sistematicamente gli obblighi sanciti dagli articoli 5, 6 e 7 quando la Commissione ha emesso nei confronti di un *gatekeeper* almeno tre decisioni relative all'inosservanza in relazione a uno dei suoi servizi di piattaforma di base entro un periodo di otto anni precedente l'adozione della

⁹⁰ Par. 2 Art. 12 Reg. 1925/2022

⁹¹ Art. 2 Reg. 2022/1925

⁹² Par 2 Art. 49 Reg. 1925/2022

⁹³ Par 6 Art. 49 Reg. 1925/2022

decisione di avvio di un'indagine di mercato⁹⁴. Tuttavia il potere d'indagine, pur essendo prerogativa esclusiva della Commissione può essere esercitato su impulso degli Stati membri che, a seconda della tipologia di violazione, sistematica o semplice, devono essere rispettivamente tre o uno.⁹⁵

Il successivo Capo V del DMA collega ai poteri d'indagine di cui sopra la relativa esecuzione e il conseguente monitoraggio della Commissione che si esplicitano, in primo luogo, nel potere di richiedere informazioni sentendo ogni persona fisica o giuridica che vi acconsenta ai fini della raccolta di informazioni relative all'oggetto di un'indagine.⁹⁶ In secondo luogo, nel potere di effettuare ispezioni cui le imprese o associazioni di imprese sono obbligate a sottoporsi (la relativa decisione precisa l'oggetto e lo scopo dell'ispezione, ne fissa la data di inizio e indica le ammende e le penalità di mora previste) fermo restando il diritto di presentare ricorso dinanzi alla Corte di Giustizia avverso la decisione.⁹⁷ Per effettuare tali operazioni e far fronte al relativo carico la Commissione utilizza sia propri funzionari che quelli delle Autorità nazionali che prestano attivamente assistenza un sistema di coordinazione.

Inoltre, gli Stati nazionali giocano un ruolo fondamentale in questa fase agendo da *longa manus* della Commissione per quanto attiene i poteri coattivi relativi allo svolgimento delle ispezioni. Quest'organo da solo non avrebbe infatti modo di procedere all'ispezione qualora l'impresa decidesse, ad esempio, di negarle l'accesso ai propri locali. Sul punto, il paragrafo 8 dell'art. 23 riporta che: "lo Stato membro interessato presta l'assistenza necessaria per consentire loro di effettuare l'ispezione, ricorrendo, se del caso, alla forza pubblica o a

⁹⁴ Par 3 Art. 18 Reg. 1925/2022

⁹⁵ Art. 41 Reg. 1925/2022

⁹⁶ Par 1 Art. 22 Reg. 1925/2022

⁹⁷ Par 6 Art. 23 Reg. 1925/2022

un'autorità di contrasto equivalente”, dettame che si inquadra nel più generale dovere di cooperazione di cui all'art. 37⁹⁸.

Inoltre, l'art. 24 relativo alle misure provvisorie lascia alla Commissione uno spazio d'azione di natura cautelare in tutti i casi nei quali ricorrano un *periculum in mora* riscontrabile in una “urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per gli utenti commerciali o gli utenti finali dei *gatekeeper*” e una parvenza di *fumus boni iuris* individuabile laddove la Commissione riscontri *prima facie* la sussistenza di un'infrazione dell'articolo 5, 6 o 7. Questa tipologia di atti dovrebbe avere carattere temporaneo (ancorché rinnovabile laddove necessario) ed essere utilizzata nell'ambito di un procedimento già aperto in vista di un'eventuale adozione definitiva.⁹⁹

3.4 L'assunzione di impegni

Nel momento in cui un *gatekeeper* dovesse trovarsi a commettere una violazione ripetuta delle previsioni di cui agli articoli 5, 6 e 7 e ne avesse tratto giovamento, lo stesso verrebbe sottoposto da parte della Commissione a un'indagine circa un'inosservanza sistemica a norma dell'art. 18. In questa fase il *gatekeeper* indagato potrebbe, prima che la Commissione dovesse giungere ad una decisione, adottare a norma dell'art. 25 degli impegni per la risoluzione della questione di cui all'indagine.

L'adozione d'impegni, in tal caso, risulta favorevole per l'impresa sotto due profili, il primo attinente alle tempistiche che sono certamente più stringenti e il secondo alla certezza dei comportamenti da porre in essere che

⁹⁸ “La Commissione e gli Stati membri operano in stretta collaborazione e coordinano le loro azioni di esecuzione per garantire un'applicazione coerente...ai sensi del presente Regolamento”

⁹⁹ Art. 24 Reg. 2022/1925

nell'assunzione d'impegni vengono proposti dai *gatekeeper* indagati. E' però la Commissione a decidere sul merito degli impegni assunti, potendo alternativamente renderli vincolanti tramite atto di esecuzione¹⁰⁰, oppure, qualora non li ritenga sufficientemente in grado da garantire l'osservanza degli obblighi del Regolamento la Commissione chiarendo le ragioni per cui non rende vincolanti tali impegni nella decisione conclusiva del procedimento¹⁰¹. Una volta divenuti vincolanti gli impegni, qualora non vengano rispettati dalle imprese promittenti, sono suscettibili di portare a sanzioni di mora (come vedremo nel paragrafo seguente) pari al 5 % del fatturato medio giornaliero realizzato a livello mondiale durante l'esercizio finanziario precedente per ogni giorno di ritardo.¹⁰²

3.5 Le sanzioni del Digital Markets Act

Il Reg. 2022/1925 indica al Capo V le disposizioni concernenti l'attuazione e l'esecuzione delle norme in esso contenute, disciplinando le violazioni alle sue disposizioni tramite l'utilizzo di ammende. Differentemente da quanto avviene nel Regolamento sui servizi digitali (vedi paragrafo 2.5), il DMA attribuisce alla Commissione, come suddetto, svariati poteri d'indagine¹⁰³ e il conseguente potere di stabilire ammende, il cui importo non supera il 10 % del fatturato totale di quest'ultimo realizzato a livello mondiale¹⁰⁴ nel corso del precedente

¹⁰⁰ Par. 1 Art. 25 Reg. 2022/1925

¹⁰¹ Par. 3 Art. 25 Reg. 2022/1925

¹⁰² lett. g) Art. 31 Reg. 2022/1925

¹⁰³ Art. 21, Art. 22, Art. 23 Reg. 2022/1925

¹⁰⁴ Disposizioni che oltreoceano sono considerate sproporzionate e di difficile applicazione quanto all'enforcement. In particolare S. MODRICH D. DIMOLFETTA, "*Big Fines can scare Big Tech out forcing DMA is key - experts*", <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insight/latest-news-headlines/big-fines-can-scare-big-tech-but-enforcing-digital-market-act-is-key-8211-experts-69620415>

esercizio finanziario, nel caso in cui constati che il *gatekeeper*, intenzionalmente o per negligenza, non rispetti gli obblighi derivanti da Regolamento, ovvero a titolo esemplificativo e non esaustivo, quelli di cui agli artt. 5, 6 e 7 o le misure provvisorie *ex art.* 24 o gli impegni presi ai sensi dell'art. 25.¹⁰⁵ Qualora poi il *gatekeeper* dovesse essere recidivo in riferimento agli obblighi di cui agli articoli 5, 6 e 7, per una violazione commessa negli otto anni precedenti, è previsto che le ammende possano arrivare fino al 20% del fatturato totale realizzato a livello mondiale nel corso del precedente esercizio finanziario.

Di pari passo con le previsioni del Regolamento sui servizi, il Regolamento sui mercati digitali dispone la possibilità per la Commissione di disporre ammende nei confronti delle imprese, il cui importo non superi l'1 % del loro fatturato totale realizzato a livello mondiale, nei casi in cui queste non adempiano a disposizioni endoprocedimentali, ad esempio non fornendo informazioni richieste nel tempo previsto o non fornendo accesso ai dati richiesti.¹⁰⁶

Nel caso in cui vi sia inerzia da parte delle imprese a dare corso agli impegni assunti o a quanto richiesto loro successivamente alla decisione, finale o provvisoria, da parte della Commissione, questa può, a norma dell'art. 31, comminare penalità periodiche di mora nella misura massima del 5% del fatturato medio giornaliero realizzato a livello mondiale durante l'esercizio finanziario precedente per ogni giorno di ritardo a decorrere dalla data fissata nella decisione.¹⁰⁷ I provvedimenti, limitati nel tempo ma reiterabili, vengono adottati nel rispetto delle garanzie procedurali previste dall'art. 50 del Regolamento, il quale introduce anche la procedura di comitato, organo

¹⁰⁵ Par. 1 Art. 30 Reg. 2022/1925

¹⁰⁶ Par. 3 Art. 30 Reg. 2022/1925

¹⁰⁷ Par. 1 Art. 31 Reg. 2022/1925

consuntivo relativo ai mercati digitali che fornisce assistenza nei casi di cui agli artt. 24 e 25 del Regolamento e rende parere alla Commissione, la quale comunica lo stesso, sua volta, al destinatario di una decisione.

Come detto ad inizio paragrafo, la Commissione europea è l'unica Autorità preposta all'applicazione del Regolamento, sebbene alle Autorità nazionali è data la possibilità di avviare indagini su possibili infrazioni e trasmettere detti risultati alla Commissione al fine di valutare l'adozione di sanzioni nei confronti del *gatekeeper* indagato. A riguardo l'art. 38 al paragrafo 7 stabilisce che, qualora dotata della competenza e dei poteri d'indagine previsti dal relativo diritto nazionale, l'Autorità nazionale può svolgere nel proprio territorio un'indagine volta ad accertare la possibile non conformità dei comportamenti agli artt. 5, 6 e 7 del DMA. Tuttavia, prima di adottare una decisione, deve essere informata la Commissione che può chiedere la trasmissioni di documenti ma solo al fine di preparare le sue osservazioni.¹⁰⁸ Inoltre, i giudici nazionali non devono adottare decisioni che siano in contrasto con quelle della Commissione e a tale scopo possono valutare se sospendere i procedimenti avviati davanti a loro, ferma restando la possibilità di formulare domanda pregiudiziale ai sensi del 267 TFUE.

3.6 L'enforcement del Digital markets Act

Come visto in precedenza circa i poteri della Commissione Europea (capitolo 3.3), il testo normativo delinea il ruolo sostanzialmente egemonico di quest'ultima nell'esecuzione del DMA, mentre gli Stati membri svolgono invece un ruolo più marginale operando in due modalità: in primo luogo, assistendo la Commissione attraverso un "Comitato consultivo per i mercati

¹⁰⁸ Art. 39 reg. 2022/1925

digitali" che è composto da un rappresentante per ogni Stato membro e la cui funzione è quella di assistere la Commissione prima dell'adozione di decisioni specifiche emettendo pareri consultivi; in secondo luogo, attraverso la richiesta alla Commissione di avviare un'indagine di mercato su una designazione di *gatekeeper*, su un caso di non conformità sistemica o sull'aggiunta di CPS o obblighi al testo del DMA.

Nel testo definitivo del Regolamento non hanno invece trovato spazio, a differenza di quanto auspicato nei lavori preparatori, rimedi nazionali di tipo giudiziale per gli utenti che subiscono un danno dai comportamenti illeciti dei *gatekeeper*. La sola predisposizione della procedura di cui all'art. 39 appare, se non altro, poco soddisfacente per quanto attiene alla effettiva applicazione delle disposizioni esse contenute, in particolare riguardo al *private enforcement*.¹⁰⁹

Sussistono tuttavia due principali ragioni per le quali è innegabile che anche il *private enforcement* possa (e debba) svolgere un ruolo di un certo rilievo nell'applicazione del *Digital Markets Act*. La prima ragione risiede nella situazione in cui siano imposti obblighi specifici e inequivocabili a determinati operatori e la violazione di tali obblighi possa ledere i diritti di altri soggetti. In tali circostanze, coloro che si ritengono danneggiati devono poter agire dinanzi ai tribunali nazionali per proteggere i propri interessi. Pertanto, il fatto che il *Digital Markets Act* stabilisca un sistema di *public enforcement* e/o non menzioni adeguatamente il ruolo del giudice nazionale non è di per sé determinante, poiché affinché una norma sia suscettibile di *private enforcement* è sufficiente che una specifica norma violata sia direttamente azionabile in tribunale. Il diritto di ricorrere ai rimedi giurisdizionali previsti all'interno di un

¹⁰⁹ C. SCHEPISI, L'enforcement nel *Digital Market Act*, https://www.aisdue.eu/wp-content/uploads/2022/01/Post-Cristina_Schepisi.pdf

ordinamento giuridico singolo è un principio generale e fondamentale dell'Unione Europea, indipendentemente da un esplicito riferimento al *private enforcement* contenuto in una norma primaria o derivata.

La seconda ragione è di natura più pragmatica. Guardando al settore connesso della concorrenza, è innegabile che il *private enforcement* abbia progressivamente acquisito un ruolo sempre più cruciale nel garantire l'effettività delle norme antitrust stabilite dal Trattato. Non a caso, sia la Commissione Europea che la Corte di Giustizia¹¹⁰ hanno costantemente sottolineato l'importanza di rafforzare i poteri dei giudici nazionali in tutti gli ambiti della concorrenza. Questo rafforzamento è stato perseguito anche per la funzione deterrente che le azioni legali intraprese da privati, che siano consumatori o concorrenti, possono avere nei confronti dei comportamenti anti-concorrenziali delle imprese¹¹¹.

Tuttavia, un diffuso sistema di applicazione privata della normativa comporterebbe il rischio di una eccessiva frammentazione nell'esecuzione del *Digital Markets Act* e attori operanti su diversi mercati nazionali potrebbero essere soggetti a procedimenti giurisdizionali con esiti eterogenei, correndo altresì il rischio di vedere compromessa la loro operatività in uno Stato membro ma non in un altro. Di fronte a tale pericolo, una parte della dottrina¹¹² sostiene che sarebbe più opportuno limitare l'intervento del giudice nazionale alle azioni *follow-on*, ovvero consentendo l'intervento solo dopo che la Commissione abbia emesso una decisione che accerti la violazione da parte del *gatekeeper* degli obblighi stabiliti agli articoli 5 e 6. Un coinvolgimento *ex post*

¹¹⁰ *Ex multis*, sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage*

¹¹¹ 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

¹¹² AP. KOMNINOS, *The DMA Proposal and the Court of Justice: All eyes in Luxembourg*, in *Kluwer Competition Law Blog*, May 3, 2021

del giudice nazionale, di fatto, darebbe certamente rilievo alle azioni risarcitorie, elemento fondamentale del *private enforcement*.

Il giusto bilanciamento va quindi cercato nella complementarità tra le due tipologie di *enforcement*, peraltro sempre più sottolineato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.¹¹³ Entrambi i sistemi sono da considerarsi funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico per un effettivo e libero mercato unico. Piuttosto che essere distinti, sono parti interconnesse di un'unica realtà, inoltre, i concetti, i principi e le regole applicate in un settore possono influenzare l'altro¹¹⁴, come ad esempio la nozione di impresa a fini sanzionatori e risarcitori, i termini di prescrizione o il calcolo degli interessi.

¹¹³ 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*

¹¹⁴ 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

CAPITOLO IV - Lineamenti di disciplina Antitrust

4.1 Articoli 101 e 102 TFUE

L'espansione delle imprese operanti sui mercati digitali nel corso degli ultimi due decenni, ha dato vita a diverse indagini da parte delle Autorità garanti della concorrenza. La legislazione europea in materia di concorrenza è delineata nel Titolo VII del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), intitolato "Norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul ravvicinamento delle legislazioni". Questo titolo comprende disposizioni riguardanti norme che si applicano alle imprese, tra cui il divieto di intese anticoncorrenziali, come definito dall'articolo 101 TFUE e il divieto di abuso di posizione dominante nel mercato interno europeo, come stabilito dall'articolo 102 TFUE.

Il primo dei due articoli stabilisce l'incompatibilità con il mercato interno e il divieto di "tutti gli accordi tra imprese, le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato"¹¹⁵. L'articolo non esplicita però ulteriormente il termine "impresa" sul quale è intervenuta la Corte di Giustizia¹¹⁶ interpretandone il precetto in maniera estensiva, definendola come "qualsiasi entità esplicante un'attività economica, indipendentemente dallo stato giuridico di questa entità e dal suo modo di

¹¹⁵Versione consolidata del TFUE - PARTE TERZA - Capo 1: Regole di concorrenza - Sezione 1: Regole applicabili alle imprese - Articolo 101 (ex articolo 81 del TCE)

¹¹⁶ Sentenza CGCE del 23 Aprile 1991, Klaus Hofner e Fritz Elser c. Macroton GmbH, causa C-41/90

finanziamento”, o ancora “una qualsiasi attività di natura economica che partecipi agli scambi economici, anche a prescindere dalla ricerca di profitto”.¹¹⁷

Il divieto di cui all’art. 101 TFUE copre tre tipologie di comportamenti: gli accordi tra imprese, pratiche concordate e le decisioni di associazioni tra imprese. Affinché queste intese rientrino nel campo di applicazione di cui all’articolo 101 TFUE, esse devono contemporaneamente causare pregiudizio al commercio tra gli Stati membri e avere come obiettivo o effetto quello di impedire, restringere o falsare la concorrenza all’interno del mercato. Tuttavia, sono ammesse delle deroghe sancite dall’art. 101 par 3 TFUE e già presenti in altri regolamenti¹¹⁸, che esentano dal divieto quegli accordi tra imprese che contribuiscono al miglioramento della produzione o distribuzione dei prodotti, promuovendo il progresso tecnico o economico e riservando agli utilizzatori una giusta parte del beneficio ottenuto, come ad esempio i contratti di fornitura e distribuzione. L’articolo 102 TFUE stabilisce invece il divieto di abuso di posizione dominante sul mercato interno o su una parte significativa di esso, nella misura in cui possa pregiudicare il commercio tra Stati membri, sancendo l’incompatibilità con il mercato interno e il divieto dello sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su parte sostanziale di questo. Lo stesso articolo 102 continua indicando delle condotte abusive a titolo esemplificativo e non esaustivo, ovvero l'imposizione diretta od indiretta di prezzi d'acquisto, di vendita ed altre condizioni di transazione non eque; la limitazione della produzione, degli sbocchi o dello sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; l'applicazione nei rapporti

¹¹⁷ Decisione n. 92/521/CEE della Commissione del 27 Ottobre 1992, in GUCE, 12 Novembre 1992, L326, 31 e ss.

¹¹⁸ La disciplina sulle esenzioni trova le sue radici nel Regolamento n. 2790/1999 della Commissione, avente ad oggetto le esenzioni riferite agli accordi verticali e alle pratiche concordate. Oggi la normativa è contenuta nell’ art. 2 Reg. 2022/720 “VBER”

commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; e in ultimo, la subordinazione della conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi, ovvero le cosiddette pratiche leganti.¹¹⁹

Al fine di una valutazione del caso concreto circa l'effettiva sussistenza di una posizione dominante da parte di una impresa risulta necessario, dapprima, valutare la sua quota di mercato e, successivamente, ponderare e contestualizzare la stessa tramite l'analisi delle dinamiche del mercato e il grado di differenziazione del prodotto o servizio in esame. La definizione di mercato rilevante combina il mercato del prodotto e il mercato geografico, il primo, comprendente tutti i prodotti o servizi considerati interscambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione della caratteristica dei prodotti, del loro prezzo e della destinazione d'uso, e il mercato geografico, il secondo, riguardante l'area nella quale le imprese che forniscono o acquistano prodotti e servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee.¹²⁰

Dopo aver delineato le caratteristiche del mercato del prodotto e del mercato geografico, la Commissione procede con un'analisi più approfondita basata sul concetto di sostituibilità. In un mercato concorrenziale, le imprese soggette a

¹¹⁹ L'impresa può fare leva sulla posizione dominante detenuta nel mercato di uno dei prodotti per precludere ai concorrenti il mercato del prodotto abbinato. L'effetto di restrizione della concorrenza a pregiudizio dei consumatori può avvenire nel mercato del prodotto abbinato, nel mercato del prodotto principale o in entrambi i mercati. Il vincolo può avere natura contrattuale o natura tecnica, quando il prodotto principale è disegnato per operare solo con quello abbinato.

¹²⁰ Sulla definizione di mercato rilevante <https://eur-lex.europa.eu/IT/legal-content/summary/definition-of-relevant-market.html>

condizioni cui devono necessariamente aderire, in particolare due vincoli principali, la sostituibilità dalla prospettiva della domanda e la sostituibilità dalla prospettiva dell'offerta, ad esempio un prodotto di lusso o professionale, relativo ad un'alta fascia di mercato, non sarà sostituibile con un prodotto di uso comune anche laddove i beni siano dello stesso genere. Un mercato viene considerato competitivo qualora i consumatori possano scegliere tra una varietà di prodotti caratterizzati da simili attributi e se i fornitori non incontrano ostacoli nel proporre prodotti o servizi all'interno di tale mercato. Il criterio della sostituibilità consente di concentrare la ricerca su qualunque prodotto sostitutivo, riuscendo quindi a definire il mercato rilevante del prodotto e il mercato geografico con un maggior grado di certezza.¹²¹

Generalmente, si ritiene che un'impresa abbia posizione dominante quando detiene, per un periodo di tempo rilevante, una quota di mercato che si attesta intorno al 70%. Viceversa, nel caso in cui la quota sia invece tra il 40% e il 70% si procederà con la ricerca di ulteriori dati, come ad esempio la polverizzazione tra le azioni di mercato detenute dalle imprese concorrenti, l'efficienza nella struttura organizzativa dell'impresa in esame (cicli di produzione o distribuzione efficienti), la disponibilità e l'accesso ad ampie risorse produttive, lo sfruttamento di una rete commerciale attiva ed efficiente e l'offerta di un'ampia gamma di prodotti o servizi.

Altri due fattori da valutare per il riconoscimento di una posizione dominante sono la capacità dei concorrenti di sottrarre quote di mercato all'impresa in posizione dominante e la capacità di penetrare il mercato da parte di nuovi concorrenti.

¹²¹ Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004

4.2 Regolamento (CE), n. 1/2003

A completamento della disciplina europea antitrust va citato il Regolamento (CE), n. 1/2003 sull'attuazione delle regole di concorrenza¹²², introdotto con l'obiettivo di garantire un'applicazione più efficace delle regole comunitarie in materia di concorrenza, decentrando il lavoro amministrativo della Commissione, nell'interesse dei consumatori e delle imprese: il regolamento accresce il ruolo delle autorità giurisdizioni nazionali nell'attuazione del diritto europeo in materia di concorrenza, garantendone l'applicazione effettiva e uniforme. La normativa in commento indica le modalità di applicazione delle disposizioni del TFUE in materia di accordi, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concordate che possano imporre restrizioni alla concorrenza (*ex* articolo 101 TFUE) e gli abusi di posizione dominante (articolo 102 TFUE), disciplinando un sistema di cooperazione fra la Commissione e le autorità e le giurisdizioni garanti della concorrenza tra gli Stati membri dell'UE. Il regolamento (CE), n. 1/2003, va al di là del sistema di controllo centrale, attuato dal precedente Regolamento n. 17/62, in base al quale le intese che rischiavano di pregiudicare il commercio tra i paesi dell'UE imponendo restrizioni alla concorrenza dovevano essere notificate alla Commissione per poter beneficiare di un'esenzione, introducendo un sistema di eccezione direttamente applicabile. Tale sistema ha anche l'effetto di responsabilizzare anche le imprese poiché, non ricorrendo più l'obbligo di notificazione preventiva, esse dovranno garantire in fede che tali accordi non siano

¹²² Il Regolamento in questione modifica i seguenti regolamenti: Regolamento (CEE) n. 1017/68; Regolamento (CEE) n. 2988/74 ; Regolamento (CEE) n. 4056/86; Regolamento (CEE) n. 3975/87; Regolamento (CEE) n. 19/65, n. 2821/71 e n. 1534/91; Regolamento (CEE) n. 17/62. Abroga, inoltre, il Regolamento (CEE) n. 141/62.

pregiudizievoli per la libera concorrenza né adottati in violazione della normativa dell'Unione.

In virtù del Regolamento (CE) n. 1/2003, la Commissione può, a seconda dei casi, constatare e far cessare un'infrazione se la Commissione rileva, in seguito a denuncia o d'ufficio, un'infrazione dell'articolo 101 o dell'articolo 102 del trattato TFUE e può obbligare, mediante decisione, le imprese e associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione o constatare la cessazione dell'infrazione. Può inoltre disporre misure cautelari nei casi di urgenza giustificati, ove constati la sussistenza di un'infrazione; e può stabilire l'obbligatorietà degli impegni presi qualora le imprese interessate in un'infrazione assumano impegni al fine di rispondere alle obiezioni della Commissione e può riaprire il procedimento qualora le imprese interessate contravvengano agli impegni assunti. Può infine constatare l'inapplicabilità degli articoli 101 e 102 del TFUE per ragioni di interesse pubblico dell'Unione.

Il Regolamento in esame, così come il più recente DMA, disciplina il potere della Commissione di irrogare alle imprese e alle associazioni di imprese ammende il cui importo, in questo caso, può giungere fino all'1 % del fatturato totale realizzato nell'esercizio sociale precedente. La sanzione viene decisa nel momento in cui le imprese, intenzionalmente o per negligenza¹²³, forniscono informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti o non forniscono le informazioni richieste entro il termine stabilito; oppure presentano in maniera incompleta, nel corso degli accertamenti, i libri o altri documenti richiesti, o rifiutano di sottoporsi agli accertamenti ordinati; oppure ancora rifiutano di rispondere a

¹²³ Per determinare l'importo dell'ammenda, la Commissione prende in considerazione la gravità e la durata dell'infrazione. Quando l'ammenda è irrogata a un'associazione di imprese e questa non è solvibile, la Commissione può richiedere il pagamento ai membri dell'associazione al momento dell'infrazione. La responsabilità finanziaria di ciascuna impresa non deve superare il 10 % del suo fatturato totale realizzato nell'esercizio sociale precedente.

una domanda posta durante un'ispezione, danno risposte inesatte, incomplete o hanno infranto i sigilli apposti dalla Commissione.

Per ciascuna delle imprese e associazioni di imprese partecipanti all'infrazione, la Commissione può inoltre irrogare ammende il cui importo non può superare il 10 % del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente, nel caso in cui commettono un'infrazione alle disposizioni dell'articolo 101 o dell'articolo 102 del trattato TFUE; se contravvengono a una decisione che disponga misure cautelari o se non rispettano un impegno reso obbligatorio mediante decisione della Commissione. Inoltre la stessa, come disposto dal Regolamento (CE) n. 1/2003, ha il potere di irrogare alle imprese e alle associazioni di imprese penalità di mora il cui importo può giungere fino al 5 % del fatturato medio giornaliero realizzato durante l'esercizio precedente per ogni giorno di ritardo a decorrere dalla data fissata nella decisione, al fine di costringerle a porre fine all'infrazione; a rispettare una decisione che disponga misure cautelari; a rispettare un impegno reso obbligatorio; a fornire in maniera completa ed esatta un'informazione richiesta oppure a sottoporsi agli accertamenti che essa ha ordinato. Qualora le imprese adempiano all'obbligo per la cui osservanza è stata inflitta la penalità di mora, la Commissione può ridurre l'importo definitivo di quest'ultima¹²⁴.

¹²⁴ Par. 2 Art. 31 Reg. 2022/1925

CAPITOLO V - Problemi scaturenti da rapporto tra disciplina antitrust e DSP

5.1 Le possibili interazioni tra DMA e art. 102 TFUE

Come osservato nei paragrafi precedenti, sia il Reg. 2022/1925 (DMA) che gli artt. 101 e 102 TFUE mirano a disciplinare la materia della concorrenza, si può anzi affermare che la normativa a tutela della libera concorrenza contenuta nel DMA derivi dall'applicazione ultra decennale degli articoli del TFUE.¹²⁵ In particolare, il Regolamento sul mercato digitale dovrebbe essere un'integrazione degli articoli del Trattato che, sebbene si applichino al comportamento dei *gatekeeper*, hanno un ambito di applicazione limitato solo a talune fattispecie e intervengono *ex post* al contrario del DMA. Inoltre, il diritto vigente dell'Unione prima dell'introduzione del *Digital Services Package* non affrontava, quantomeno efficacemente, i problemi imputabili al comportamento dei *gatekeeper*, che non necessariamente occupano una posizione dominante così come intesa nella normativa antitrust.¹²⁶ Al contempo, come indicato dal Considerando numero 10, il Regolamento sui mercati digitali dovrebbe applicarsi lasciando impregiudicati gli articoli 101 e 102 TFUE e le corrispondenti norme nazionali in materia di concorrenza, così come l'applicazione di queste norme non dovrebbe pregiudicare gli obblighi del Regolamento¹²⁷. Appare quindi possibile, stante quanto esposto, che dette

¹²⁵ così M. Cini e P. Czulno in Digital Single Market and EU Competition Regime An Explanation of Policy Change, *Journal of European Integration* 2022, vol. 44 n. 1 pagg. 41-57

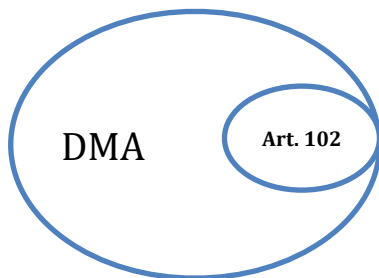
¹²⁶ Cons. 5 Reg. 2022/1925

¹²⁷ In tal senso O. Andriychuk “*Shaping the New Modality of the Digital Markets: The Impact of the DSA/DMA Proposals on Inter-Platform Competition*”, rivista *World Competition Law and Economics Review*, Vol 44, pagg. 261-286

normative entrino in contrasto una volta applicate alle fattispecie concrete. Nei paragrafi seguenti vengono presi in esame i possibili contrasti riguardanti sia i casi già aperti, con le possibili modalità di risoluzione degli stessi in maniera conforme a entrambe le disposizioni, che i casi futuri.

Sante l'interazione tra le normative in esame e il relativo rischio di contrasto è necessario innanzitutto effettuare una precisazione preliminare: le possibili sanzioni da applicare risultano infatti differenti a seconda che tutti gli elementi della condotta trasgressiva delle norme antitrust rientrino interamente nelle regole specificate nel Regolamento o viceversa vi siano elementi che ne esulano.

Condotta di tipo A



Condotta di tipo B

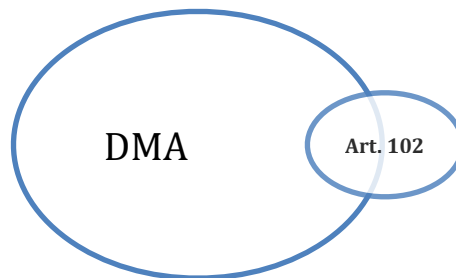


Fig. 1 - Tipi di condotta in relazione a DMA e art. 102 TFUE

Un esempio di tipo A è un caso nel quale gli elementi del caso specifico, già disciplinati dall'art. 102 TFUE, siano interamente e nuovamente disciplinati dal DMA. Al contrario, un caso di tipo B presenta solo alcuni elementi della condotta del *gatekeeper* che esulano dall'ambito di applicazione del DMA, ma

che costituiscono in ogni caso un abuso di posizione dominante in violazione delle norme sulla concorrenza.

Nelle pagine seguenti ci occupiamo di entrambe le tipologie di casi fornendo esempi relativi a ciascuna di esse, cominciando dalla Condotta di tipo A, essendo questa corrisponde a molti dei casi che hanno ispirato il Regolamento¹²⁸.

1) continuare il caso antitrust e applicare successivamente la DMA

Nel caso di una condotta perseguibile ai sensi di entrambe le discipline, ma attualmente oggetto di un'indagine antitrust, l'opzione preferibile per la Commissione sarà quella di proseguire il procedimento ai sensi dell'articolo 102 del TFUE e di emettere una decisione di infrazione (o di non infrazione)¹²⁹ consentendo all'organo procedente di identificare il danno passato e di imporre un'ammenda e una relativa azione correttiva. Naturalmente il Regolamento sui mercati digitali potrà comunque essere applicato in seguito, se le circostanze cambiano o se i Tribunali dell'UE si pronunciano contro quanto deciso in ambito antitrust della Commissione. Tuttavia, gli aspetti negativi di questo approccio risultano evidenti essendo necessarie risorse significative per dimostrare la posizione dominante e il conseguente abuso, anche in considerazione della giurisprudenza della Corte di giustizia europea (CGUE) che talvolta insiste su un'analisi basata sugli effetti alquanto rigida. Inoltre la scarsa efficacia, nell'ambito dei mercati digitali, dei rimedi di cui alla

¹²⁸ Come spiegato nella Relazione sulla valutazione d'impatto dei servizi della Commissione sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati concorrenziali ed equi nel settore digitale (Digital Markets Act) pagg. 53-60.

¹²⁹ Il Regolamento 1/2003, art. 10, consente alla Commissione di decidere che non c'è violazione nei casi in cui l'interesse pubblico lo richieda. Questo non è mai stato fatto, anche se potrebbe servire a chiarire la legge.

normativa antitrust, è stata più volte considerata un punto debole dell'articolo 102 del TFUE aprendo alla possibilità che vengano presentati diversi ricorsi contro le decisioni prese ai sensi di detto articolo, impegnando così ulteriori risorse.

2) chiudere il caso antitrust con una decisione di impegno che rifletta la DMA.

L'opzione logica successiva per la Commissione sarà quella di continuare il caso antitrust, rimanendo aperta ad assunzioni d'impegni da parte della piattaforma cui sono imputati i comportamenti illegittimi, che risolvano i problemi di concorrenza¹³⁰ oggetto della controversia. Vista dalla parte dell'impresa, questa può offrire impegni ed evitare una pronuncia circa la sua responsabilità da parte della Commissione e, conseguentemente, l'assenza di responsabilità disincentiverà le richieste di risarcimento da parte di privati, non essendo possibile un'azione successiva¹³¹. I vantaggi dell'assunzione di impegni sono altresì costituiti dal fatto che essi consentono una risoluzione più rapida del caso antitrust e una progettazione collaborativa dei rimedi, dando anche ai terzi voce in capitolo nel test di mercato¹³². Inoltre è lo stesso Regolamento sui mercati digitali ad aprire e consigliare questa strada. Come si legge nei Considerando infatti: “Se, nel corso di un'indagine in merito a

¹³⁰ La Commissione non è obbligata ad accettare gli impegni, ma questa strada è conveniente se le consente di ottenere l'adempimento più rapidamente rispetto al proseguimento delle procedure di infrazione.

¹³¹ Al contrario, in ambito antitrust, le richieste di risarcimento dei danni derivanti da un'infrazione già accertata dall'AGCM (cd. *follow-on action*) o il cui accertamento è rimesso al giudice civile (cd. *stand-alone action*). Tali azioni sono possibili grazie alle novità introdotte dal d.lgs. 3/2017 (cd. Decreto Danni) che ha conferito carattere vincolante ai provvedimenti definitivi dell'AGCM e introdotto la presunzione del danno in caso di cartello

¹³² Regolamento 1/2003 art. 27(4). La Commissione può notificare alle persone che possono essere interessate dall'esito del caso e chiedere le loro osservazioni. U von Koppenfels e F Christ, "Commitments" in E Rousseva (a cura di), EU Antitrust Procedure (OUP 2020).

un'inosservanza sistematica, un *gatekeeper* propone alla Commissione di assumersi degli impegni, quest'ultima dovrebbe poter adottare una decisione che renda tali impegni vincolanti per il *gatekeeper* in questione, qualora li ritenga sufficienti a garantire un'osservanza effettiva degli obblighi di cui al presente Regolamento. Tale decisione dovrebbe inoltre constatare che l'intervento della Commissione non è più giustificato per quanto riguarda l'inosservanza sistematica oggetto di indagine.”¹³³ Poiché stiamo prendendo in considerazione casi che si verificano in una fase embrionale dell'applicazione del DMA, i dettagli riguardo l'esecuzione di tale opzione comporteranno probabilmente ulteriori specificazioni e l'iterazione nel tempo tra le azioni delle piattaforme e la valutazione della Commissione.

Ancora una volta, nello scenario di tipo A, gli impegni presi ai sensi dell'articolo 102 del TFUE sarebbero in ogni caso necessari per ottenere il rispetto degli ulteriori obblighi del DMA. Questa sovrapposizione rende quindi l'adozione di impegni interessante per una piattaforma che non intende vedersi contestare anche l'infrazione del Reg. 2022/1925, proprio perché gli impegni assunti possono essere utilizzati anche per soddisfare l'adempimento di alcuni degli obblighi del Regolamento sui mercati digitali.

Nello scenario di tipo B, in un'ampia casistica di violazioni comprendenti anche la normativa antitrust, la presa di impegni conformi solo al DMA potrebbe non riuscire a fermare altre forme di comportamento potenzialmente lesive per la concorrenza che esulano dall'ambito di applicazione dello stesso. Le imprese potrebbero utilizzare in maniera opportunistica la presa d'impegni relativa agli obblighi del DMA al fine di far cessare il caso, senza però aver posto rimedio alle possibili violazioni antitrust, motivo per cui la Commissione dovrebbe guardarsi dalle offerte di impegni ristrette a questo solo campo.

¹³³ Considerando 76 Reg. 1925/2022

Naturalmente, le autorità nazionali garanti della concorrenza rimangono libere di perseguire qualsiasi infrazione relativa all' articolo 102 del TFUE che non sia stata trattata nella decisione della Commissione riguardante la presa d'impegni.

Un vantaggio della presa d'impegni esplorata in questo paragrafo risiede nella decisione con la quale viene assunto l'impegno che, se redatta in modo conforme ad entrambi gli strumenti, può consentire al nuovo *gatekeeper* designato di dimostrare la conformità agli obblighi contenuti sia nel DMA che nella disciplina antitrust semplicemente rappresentando gli impegni presi; inoltre sia la piattaforma che la Commissione risparmiano risorse evitando quella che altrimenti sarebbe stata una vera e propria indagine sulla condotta o sulla pratica commerciale in questione.

Il fatto che diversi casi di antitrust abbiano ispirato il Reg. 2022/1925 è fondamentale per l'analisi in questa sede¹³⁴. I rimedi auspicati per i casi antitrust problematici si riflettono nelle disposizioni del DMA, indicando che è possibile per i casi in corso relativi alle infrazioni di cui all'articolo 102 del TFUE essere facilmente chiusi con prese di impegno conformi al DMA ed è probabile siano le stesse piattaforme a prevedere l'impegno di uniformarsi a tali norme indipendentemente dall'esito del caso di concorrenza. Tuttavia l'adeguamento alla normativa di cui al DMA può avere costi di transazione molto alti per alcune imprese, in quanto l'osservanza del Regolamento pregiudica o elimina la precedente capacità dell'impresa di ottenere profitti derivanti da situazioni di concorrenza distorta e sono quindi queste le imprese che vengono a trovarsi in una situazione nella quale sono incentivate a ritardare il più possibile la conformità e quindi a non rispettare i relativi impegni. Come

¹³⁴ Cfr. M. Cini e P. Czulno in Digital Single Market and EU Competition Regime An Explanation of Policy Change

evidenziato in relazione alla prima opzione, appare più probabile che un'impresa scelga di resistere nel caso antitrust e, parallelamente, di contestare l'obbligo di cui al DMA attraverso ad esempio l'interpretazione degli obblighi da esso derivanti, piuttosto che procedere con l'assunzione d'impegni. In tale scenario, il fatto di poter disporre di due strumenti differenziati utilizzabili contemporaneamente circa la stessa condotta, può essere utile alla Commissione nel caso in cui debba intervenire nei confronti di una piattaforma che utilizzi le strategie summenzionate al fine di evitare l'adozione di comportamenti conformi al Regolamento dei mercati digitali.

3) abbandonare l'intero caso antitrust e applicare il DMA

La Commissione potrebbe valutare l'ipotesi di abbandonare il caso antitrust se non intravede alcun vantaggio nell'imporre un'ammenda o nell'assicurare il rispetto della normativa del Regolamento sui mercati digitali, oppure potrebbe abbandonare il perseguimento di una condotta regolamentata anche dal DMA qualora una decisione antitrust aggiungesse poco valore (caso di tipo A).

Una posizione di compromesso potrebbe essere quella di rallentare l'indagine antitrust, risparmiando così risorse, pur mantenendo la possibilità di chiudere il caso se necessario. In questo caso, nell'effettuare la scelta la Commissione applicherà il normale compromesso costi-benefici, valutando quindi in maniera alternativa: (i) quanto la Commissione è vicina a una decisione finale (e quindi quante risorse aggiuntive sarebbero necessarie per il caso) *ex* articolo 102 del TFUE; (ii) se ci sono vantaggi in termini di sanzioni retroattive o di possibilità di facilitare una successiva azione di risarcimento danni; (iii) se l'impresa è interessata ad assumere un impegno conformità con l'articolo 102 del TFUE.

Un fattore chiave nella scelta di questa strategia è che l'*iter* delle indagini antitrust della Commissione dovrebbe accelerare notevolmente l'applicazione delle disposizioni relative al Regolamento sui mercati digitali. Piuttosto che determinare da zero in che modo un particolare comportamento stia danneggiando la concorrenza, raccogliendo e valutando prove e dati, considerando quale sia il rimedio più efficace, il gruppo della Commissione che ha indagato su quel mercato negli anni precedenti può semplicemente sfruttare le sue conoscenze esistenti per applicare la relativa disposizione del DMA.

4) abbandonare la parte "duplicata" del caso antitrust per i problemi di concorrenza affrontati dal DMA.

La Commissione potrebbe anche abbandonare la strada tracciata dall'articolo 102 del TFUE relativamente a quei tipi di condotta coperti anche dal DMA, continuando invece a indagare, nell'ambito della normativa antitrust, su quegli aspetti non coperti dal Regolamento sui mercati digitali (scenario B). Dette condotte potenzialmente lesive della concorrenza saranno poi suscettibili di essere perseguite o meno, a seconda della loro entità, del motivo per cui il DMA non le affronta nel proprio testo, nonché dal probabile danno residuo causato da detti comportamenti. Questa quarta opzione può concretarsi sia con una decisione di infrazione sia in una decisione di impegno e può essere eseguita dalla Commissione o da un'Autorità nazionale garante della concorrenza.

Un'ulteriore considerazione nella scelta di un'opzione riguarda il momento in cui si è verificata l'infrazione. L'opzione numero 3 (abbandono dell'antitrust) è

percorribile nei casi in cui l'infrazione è relativamente nuova, non essendoci un danno passato da sanzionare l'adozione di impegni *pro futuro* è certamente preferibile ad una sanzione, viceversa le opzioni numero 1 e 4 (emissione di una decisione di infrazione) verranno utilizzate dalla Commissione nel caso in cui le misure punitive siano ritenute utili per sanzionare la condotta passata.

5.2 Scelte strategiche

Il passaggio dall'applicazione della normativa Antitrust all'applicazione della normativa di cui al *Digital Services Package* solleva, appunto, questioni strategiche sia per la Commissione che per la piattaforma in questione. La prima vorrà utilizzare lo strumento che ritiene più appropriato per giungere ad una decisione con la massima velocità ed efficacia per ottenere una condizione di concorrenza. Pertanto, appare improbabile vi sia una scelta migliore tra applicare solo l'articolo 102 del TFUE o solo il DMA, piuttosto, appare maggiormente probabile che la seconda opzione illustrata nel paragrafo precedente sia la strategia migliore nella maggior parte dei casi. Chiudere il caso antitrust con impegni che rispecchiano gli obblighi del DMA riduce il tempo di attesa per i consumatori e riduce il rischio di applicazione della normativa antitrust da parte della Commissione. Inoltre, le regole del DMA sono state concepite tenendo conto di casi Antitrust problematici, sfruttati in fase di redazione del DMA, motivo per cui l'incertezza sul rimedio da utilizzare sarà minima. Indipendentemente da ciò che accade ai sensi dell'articolo 102 del TFUE, una piattaforma che non intenda sopportare le conseguenze della violazione del DMA deve conformarsi alle regole del Regolamento, talvolta anche in breve periodo, sopportando il costo di un adeguamento più precoce probabilmente coincidente con la perdita di profitti a causa della riduzione del

potere di mercato. Un primo vantaggio per il *gatekeeper* è la certezza dell'applicazione delle norme e il risparmio dei costi di contenzioso, mentre un secondo vantaggio è riscontrabile quando entrambe le indagini possono fondarsi sui medesimi elementi, soluzione efficiente sia nel breve termine, dal momento che evita la sanzione, sia nel lungo termine per la *compliance*. La conformità al Regolamento 1925/2022 potrebbe realizzarsi ad esempio, nel caso in cui un *gatekeeper* presenti la stessa relazione per dimostrare la conformità all'articolo 102 del TFUE e al DMA. Inoltre, un *gatekeeper* che intende discutere nelle fasi iniziali con la Commissione può avere il vantaggio di essere tra i primi arrivati in ordine di tempo, definendo *ex ante* i requisiti per essere conforme di una determinata disposizione del DMA. Essere tra i primi *gatekeeper* a farlo, può comportare un vantaggio rispetto ad altri concorrenti che devono seguire lo stesso percorso e utilizzare soluzioni simili.

Le questioni strategiche diventano ancora più interessanti quando si guarda ad altre giurisdizioni che hanno norme antitrust ma non hanno (ancora) una regolamentazione¹³⁵ specifica relativa alle piattaforme digitali. Negli Stati Uniti, ad esempio, sono in corso diverse cause antitrust contro Google¹³⁶. Se, come dovrebbero, le disposizioni del DMA affrontano adeguatamente i danni antitrust, i ricorrenti in questi contenziosi potrebbero trovare vantaggioso chiedere rimedi identici a quelli del DMA. In primo luogo, un tribunale statunitense avrebbe già modo di riscontrare che si tratta di un rimedio fattibile e proporzionato, con costi di implementazione minimi o nulli per la piattaforma e nessuna minaccia per l'esistenza della redditività commerciale della piattaforma. In secondo luogo, dato che anche tutta l'Europa ha adottato

¹³⁵ In tal senso A Fletcher, *'International Pro-Competition Regulation of Digital Platforms: Healthy Experimentation or Dangerous Fragmentation?'* (2023) Oxford Rev Econ Policy 12–33.

¹³⁶ Si veda B Brody, *Here's our cheat sheet for 2022's tech lawsuits*, Protocol, 2 gennaio 2022, <<https://www.protocol.com/policy/tech-lawsuits-22>> consultato il 12 dicembre 2023.

questo rimedio, un tribunale statunitense può quindi essere certo di non fare passi falsi dal punto di vista politico; inoltre, quando i ricorsi d'oltreoceano saranno esauriti e il rimedio sarà in fase di esecuzione, potrebbero già esserci prove europee dell'impatto del rimedio sulla concorrenza in ambito digitale.

5.3 Il conflitto davanti alle giurisdizioni nazionali

La contemporanea applicazione del Reg. 2022/1925 e delle norme in materia di concorrenza da parte delle agenzie nazionali è stato uno dei principali argomenti di attenzione durante i negoziati sul DMA. In particolare, i governi di Francia, Germania e Paesi Bassi, hanno dichiarato che l'applicazione delle norme sulla concorrenza e il *Digital Market Act* devono completarsi a vicenda, non indebolirsi¹³⁷.

Al momento della promulgazione del DMA, diverse autorità nazionali per la concorrenza avevano diversi casi aperti contro i *gatekeeper* e/o stavano conducendo cause contro di loro, circostanza che può ben proseguire essendo gli Stati membri liberi di applicare l'articolo 102 del TFUE e le norme nazionali in materia di concorrenza parallelamente al *Digital Market Act*¹³⁸. Tuttavia, viene a porsi una questione in questo caso poiché gli Stati membri hanno il dovere di non prendere decisioni in contrasto con il DMA e potrebbero quindi esserci decisioni interessanti riguardanti la risoluzione di quei casi nazionali che si sovrappongono al Regolamento in questione.

Per aiutare il coordinamento tra Stati membri e Unione Europea relativo ai casi di cui all'articolo 102 del TFUE, il Reg. 2022/1925 prevede un meccanismo di

¹³⁷ così nelle dichiarazioni del 27 maggio 2021, <<https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/non-paper-friends-of-an-effective-digital-markets-act.html>> consultato il 21 gennaio 2024; e dell'8 settembre 2021, <<https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/XYZ/zweites-gemeinsames-positionspapier-der-friends-of-an-effective-digital-markets-act.pdf>> consultato il 21 gennaio 2024.

¹³⁸ art 1(6) DMA

cooperazione¹³⁹, che oggi come in passato, avviene attraverso la Rete Europea della Concorrenza (REC). Oggi questo meccanismo è stato modificato per incorporare le disposizioni del Regolamento, che prevede, ai sensi dell'articolo 38, uno scambio regolare di informazioni tra le Autorità Nazionali Garanti della Concorrenza e apparati della Commissione, contribuendo a coordinare l'applicazione delle norme e consentendo a ciascuna Autorità Nazionale Garante della Concorrenza di commentare o assistere l'Autorità Nazionale che ha preso in carico il caso. Tuttavia, se la Commissione decide di aprire un procedimento ai sensi del DMA, il caso delle Autorità menzionate in corso sarà chiuso¹⁴⁰ ma vi possono essere dei casi nei quali le Autorità Garanti nazionali potrebbero essere i soggetti più indicati per i casi contro i *gatekeeper* che hanno un forte nesso con lo Stato in questione o che sono strettamente collegati ad altri casi trattati dall'Agenzia nazionale. In tal senso, il Par. 7 dell'art. 38 attribuisce loro, il potere di svolgere nel proprio territorio un'indagine su un caso di possibile non conformità agli articoli 5, 6 e 7 del medesimo Regolamento.

Al fine di efficientare detto coordinamento, alle Agenzie nazionali, nei casi di concorrenza nazionale in corso che si sovrappongono al Reg. 2022/1925, converrà continuare a gestire il caso secondo il procedimento già istruito nell'ottica di adottare misure correttive in stile *Digital Market Act*. Per quanto riguarda la fase iniziale del DMA, prima che si sia consolidato un adeguato sistema di coordinamento e di scambio di informazioni, è consigliato che le Agenzie Nazionali rispettino la prerogativa della Commissione nel trattare con i *gatekeeper*. Ciò potrebbe ridurre i costi del coordinamento e le sovrapposizioni. Allo stesso tempo, la Commissione ha l'obbligo di

¹³⁹ artt. 37, 38 DMA.

¹⁴⁰ Questo schema rispecchia ampiamente quello presente nella disciplina antitrust, cfr. Regolamento 1/2003, art. 11.

coinvolgere le Agenzie nazionali in un'applicazione concreta del *Digital Markets Act*. Il successo del DMA dipenderà in parte dalla capacità della Commissione di motivare le Agenzie nazionali a contribuire all'applicazione, avendo risorse e conoscenze da mettere a disposizione e potendo avere un rapporto migliore con le parti interessate (ad esempio, gli utenti commerciali di un *Core Platform Service*) che possono fornire indicazioni preziose. La Commissione potrebbe valutare come incentivare le Agenzie nazionali a impegnare risorse e a contribuire attivamente, tuttavia questo può non essere agevole, tanto più se la decisione alla fine è presa dalla Commissione. Un modo per incentivare questo comportamento sarebbe quello di riconoscere in modo molto più evidente i contributi delle Agenzie nazionali; un'altra strada può essere quella di adottare tipi di cooperazione e integrazione più avanzati. Un possibile modello da cui prendere spunto è il Meccanismo di Vigilanza Unico, in base al quale le maggiori banche dell'Eurozona sono sorvegliate dalla Banca Centrale Europea in stretta collaborazione con le autorità di vigilanza finanziaria nazionali, attraverso l'istituzione di gruppi di vigilanza congiunti.¹⁴¹ Sebbene non possa essere riprodotto formalmente, in quanto la Commissione sarebbe l'unico organo decisionale, questo esempio può servire da ispirazione per l'organizzazione del lavoro comune.

5.4 La scelta tra DMA e normativa antitrust nei casi futuri

Per quanto attiene ai futuri casi di sovrapposizione coperti da entrambe le normative, la Commissione farà affidamento ove possibile, ai poteri di cui al DMA, essendo le disposizioni e i divieti di carattere cogente. Per determinare

¹⁴¹Meccanismo consultabile su <<https://www.bankingsupervision.europa.eu/about/thessm/html/index.en.html>> visionato il 2 marzo 2024

l'esatto ambito di applicazione del Reg. 2022/1925 e fino a che punto può coprire le condotte del *gatekeeper* designato, bisogna aver riguardo di due norme contenute nel DMA. La prima riguarda il principio di effettività, che si applica a ciascun obbligo contenuto negli articoli da 5 a 7 singolarmente, ma anche agli obiettivi e al sistema del Regolamento nel suo complesso¹⁴². La seconda è il divieto di eludere le norme con comportamenti che non sono direttamente coperti dagli articoli da 5 a 7 del DMA, ma che compromettono l'efficacia di tali obblighi.¹⁴³

Come riportato nel capitolo 3.3. circa i poteri della Commissione, quando il comportamento del *gatekeeper* non rientra nell'ambito di applicazione del Regolamento sui mercati digitali, la Commissione ha la possibilità di avviare un'indagine di mercato e, in misura limitata, di aggiungere nuovi oneri, mantenendo al contempo la possibilità di aprire un caso antitrust in aggiunta ai nuovi poteri e potendosi così definire come un organo regolatore con potere concorrente. Con riguardo alla normativa antitrust, la Commissione potrebbe aprire un caso di abuso di posizione dominante ma dovrebbe costruire una teoria del danno¹⁴⁴ in base allo standard richiesto dai tribunali dell'UE analizzando le condotte ai sensi dell'articolo 102 del TFUE e percorrendo diverse fasi che comprendono la definizione del mercato rilevante, l'accertamento della posizione dominante, l'accertamento dell'abuso, la valutazione della validità di eventuali giustificazioni oggettive, ecc. che in genere richiedono diversi anni dall'avvio del procedimento all'adozione di una

¹⁴² DMA, art 8(1)

¹⁴³ DMA, art 13.

¹⁴⁴ per valutare se un'intesa sia restrittiva della concorrenza o la condotta di un'impresa dominante sia abusiva, si richiede una teoria del danno concorrenziale (*theory of harm*) la quale richiede un allineamento tra i danni lamentati dal soggetto danneggiato da un illecito concorrenziale e gli interessi tutelati dalla normativa antitrust applicabile. Così M. Padellaro "Il risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza: legittimazione ed antitrust injury" tesi di dottorato, Università Roma Tre, 2009.

decisione¹⁴⁵. Riguardo invece al potere derivato dal Reg. 2022/1925, come detto, la Commissione potrebbe ugualmente avviare un'indagine di mercato adottando successivamente un atto delegato, con lo scopo di aggiungere la condotta in esame all'elenco degli obblighi di cui al DMA¹⁴⁶. Per fare ciò, la Commissione necessita di dimostrare che tale condotta indebolisce la concorrenzialità del mercato o crea uno squilibrio eccessivo nei rapporti tra il *gatekeeper* e i suoi utenti commerciali¹⁴⁷. Questo requisito di intervento, che verrà certamente meglio interpretato dalle Corti, appare quindi a una prima analisi più facilmente raggiungibile per un atto delegato ai sensi del DMA rispetto al diritto della concorrenza, avendo quest'ultimo requisiti giuridici maggiormente stringenti dovendosi dimostrare di volta in volta una lesione nella fattispecie concreta derivante dalla sua violazione. Dato che l'elenco iniziale degli obblighi e dei divieti contenuti nel Regolamento sui mercati digitali, come ampiamente rilevato in precedenza, deriva in gran parte dall'esperienza nell'applicazione del diritto antitrust, nei nuovi casi potrebbe essere opportuno continuare a utilizzare tale normativa come prima linea di intervento al fine di consentire alla Commissione di accumulare esperienza e di verificare se sussiste effettivamente un danno¹⁴⁸ in diverse condotte, prima che le stesse vengano inserite tra quelle vietate ai sensi del DMA. Siffatto approccio, dovendo specificare e creare un solido ragionamento giuridico sull'impatto lesivo della concorrenza, può poi essere sfruttato per effettuare analisi e procedere, in un secondo momento, a introdurre una nuova condotta vietata attraverso il processo degli atti delegati.

¹⁴⁵ In tal senso P. Alkman “*Regulating Competition in Digital Platform Markets: a Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act*” European Law Review, febbraio 2022.

¹⁴⁶ DMA, art 19.

¹⁴⁷ DMA, art 12.

¹⁴⁸ Vedi sopra nello stesso Par. 5.4

Tuttavia, poiché l'applicazione del DMA non richiede l'avvio di un'azione legale e non comporta un grado d'incertezza, possiamo ragionevolmente aspettarci che la Commissione favorisca un'indagine di mercato ai sensi del Regolamento sui mercati digitali rispetto all'applicazione della diritto antitrust nei casi in cui interviene contro i *gatekeeper* designati. La Commissione potrebbe anche basarsi sui criteri proposti dalla dottrina¹⁴⁹ per determinare quando il nuovo strumento di indagine di mercato di cui al DMA, allora in fase di studio, sarebbe una strada preferibile rispetto a un'azione esecutiva ai sensi dell'articolo 102 del TFUE. Questo potrebbe essere il caso in cui una valutazione ai sensi del diritto della concorrenza si rivela lunga, complessa e incerta o quando una valutazione del diritto della concorrenza non risolverebbe un problema generalizzato, ma si limiterebbe a colpire un comportamento o un'impresa specifica.

Su queste basi, i possibili criteri per preferire un'indagine ai sensi del DMA rispetto all'applicazione del diritto della concorrenza potrebbero comprendere la ricorrenza o la prevalenza di un comportamento condiviso da parte di diversi *gatekeeper* o la necessità di intervenire rapidamente o tramite misure che richiedono un monitoraggio esteso anche al di fuori dell'ambito digitale¹⁵⁰. L'adozione di tali criteri sarebbe utile anche al fine di garantire maggior certezza giuridica, senza tuttavia intaccare il potere della Commissione di applicare il diritto della concorrenza dell'UE, che essendo diritto primario, non può certo essere sacrificato a discapito del DMA, diritto secondario. Inoltre, alcuni casi (come i casi di tipo B) non potrebbero essere coperti da

¹⁴⁹ M Motta e M Peitz, *Intervention Trigger and Underlying Theories of Harm. Expert Study for the European Commission* (2020). Pagg. 38 e seguenti

¹⁵⁰ Questi criteri possono anche essere ispirati dalle ragioni citate dalla Commissione per l'insufficienza del diritto della concorrenza nell'affrontare alcuni problemi strutturali di concorrenza nell'economia digitale, in tal senso "Relazione sulla valutazione d'impatto della proposta DMA" paragrafi 119 e ss.

un'estensione degli obblighi del *Digital Market Act* e quindi la Commissione dovrà fare affidamento sul suo potere di intervento *antitrust*.

5.5 Il *ne bis in idem*

Un possibile problema derivante dall'applicazione congiunta della normativa del DMA e la già menzionata normativa europea antitrust può consistere nel rischio di sanzionare due volte lo stesso comportamento. Come noto, l'Unione Europea è da sempre molto attenta al monitoraggio ed all'intervento all'interno del mercato unico, con l'obiettivo di eliminare e correggere le storture economiche che possono crearsi per colpa di manovre aggressive o dei comportamenti anticoncorrenziali dei grandi gruppi d'impresa. In tal senso, come scritto in precedenza, sono di fondamentale importanza non solo gli articoli 101 e 102 del TFUE, ma anche il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio conferma tale approccio, che contribuisce a creare una vera e propria impalcatura di misure antitrust che colpiscono condotte anticoncorrenziali, analogamente al DMA, imponendo misure provvisorie; irrogando sanzioni; potendo accettare e rendendo vincolanti impegni.

Se dal punto di vista meramente economico le sanzioni antitrust e le sanzioni del *Digital Market Act* sono sovrapponibili, ci si deve porre il problema se le stesse lo siano anche da un punto di vista giuridico e dunque se possa sorgere un problema di doppio giudicato (*ne bis in idem*), che sussiste nel momento in cui si presentino due distinte statuizioni del Giudice, o dell'Autorità nel caso di antitrust e privacy, riferite però alla stessa situazione fattuale. In linea generale questo fenomeno si verifica soprattutto nel momento in cui diverse legislazioni o diverse norme, intrecciandosi, colpiscono fattispecie formalmente separate (tali, comunque, da aver azionato distinti giudicati) ma sostanzialmente

circoscritte alla stessa serie di eventi. Nel contesto penale, il divieto di doppio giudicato rappresenta un caposaldo del diritto, a partire dall'articolo 649 c.p.p., passando per numerose pronunce della Corte costituzionale, arrivando infine all'art. 4 protocollo 7 aggiuntivo della CEDU. Un principio quindi, pur nella sua non sempre agevole individuazione, fondamentale dei sistemi giuridici europei.

In particolare, la giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁵¹, in materia di *ne bis in idem* ha delineato tre requisiti per poter parlare di doppio giudicato: l'identità del fatto; l'identità del contravventore e l'unicità dell'interesse giuridico tutelato dalle norme di cui si lamenta la violazione.¹⁵² Risulta evidente che il nodo principale da sciogliere, al netto dell'identità fattuale e dell'identità del "reo", è proprio quello dell'interesse giuridico tutelato entro cui l'evento lesivo si pone e spiega i suoi effetti negativi.¹⁵³ Secondo quanto affermato dalla Corte di Giustizia è quindi possibile che uno stesso evento ed uno stesso contravventore di spiegare effetti lesivi sia sia in ambito antitrust, che in altri ambiti, come quello penale, e ciò viene esplicitato in diverse sentenze attraverso la teoria dei doppi binari sanzionatori.¹⁵⁴

Dal punto di vista giuridico, nulla impedisce l'applicazione parallela dell'articolo 102 del TFUE e del DMA quando questi due strumenti si concentrano su forme di comportamento diverse. È importante notare che "anche se la stessa condotta" viene esaminata in riferimento a entrambi gli strumenti, la Corte di Giustizia ha recentemente emesso una sentenza che

¹⁵¹ Sulla nozione di *idem factum* vi è stato un lungo dibattito all'interno della stessa giurisprudenza della Corte EDU, conclusosi con la sentenza Zoluthukin c. Russia del 10 febbraio 2009

¹⁵² Sentenza del 20 marzo 2018 di Puma e Zecca, Casi riuniti C-596/16 e 597/16

¹⁵³ M. Borgobello, Per il *ne bis in idem* processuale, l'identità del fatto richiede la corrispondenza storico-naturalistica di tutti gli elementi del reato (condotta, evento e nesso causale), in *Giurisprudenza Penale Web*, 2022, 6

¹⁵⁴ A e B c. Norvegia sentenza CGUE del 15 novembre 2016

consente alla Commissione di indagare mentre il caso antitrust è in corso. Nella causa "*Bpost SA contro Autorité belge de la concurrence*"¹⁵⁵, le tariffe fissate dall'operatore storico dei servizi postali sono state ritenute ingiuste in primo luogo dall'autorità di regolamentazione postale sulla base delle norme specifiche del settore e in secondo luogo dall'Autorità Garante della Concorrenza sulla base di un accertamento di abuso di posizione dominante. Quando la società Bpost SA ha contestato la legittimità della seconda procedura di infrazione per violazione del principio di *ne bis in idem*, la Corte di Giustizia ha confermato che i procedimenti paralleli non violano il principio del *ne bis in idem* a condizione che siano soddisfatte due condizioni, la prima di carattere sostanziale, in base alla quale le due norme devono perseguire obiettivi diversi; la seconda di carattere procedurale, che si sostanzia nel fatto che le due Autorità devono coordinarsi ravvicinando i due procedimenti nel tempo e stabilendo, se del caso, una pena complessiva calcolata tenendo conto della duplicazione dei procedimenti.

Tuttavia, nei casi antitrust nei quali la Commissione ha avviato un procedimento prima che il DMA fosse in vigore, un *gatekeeper* avrebbe buone ragioni per affermare che all'epoca del fatto il Regolamento non esisteva e quindi non era possibile adempiere ai relativi obblighi. Un possibile modo per evitare questa obiezione riscontrabile nella dichiarazione della Commissione è che l'oggetto del caso antitrust non diventi oggetto di indagine ai sensi del *Digital Market Act* prima del momento in cui esso è entrato in vigore. In tal modo, nell'esercizio dell'opzione 1, la Commissione cercherebbe di accertare un'infrazione ai sensi dell'articolo 102 del TFUE per una condotta passata, mentre, in esecuzione al DMA, cercherebbe di ottenere il rispetto della

¹⁵⁵ Sentenza del 22 marzo 2022 *Bpost v Commissione*, EU:C:2022:202.

normativa per il futuro, così facendo le due azioni esecutive riguardano fatti diversi e quindi il *ne bis in idem*, così come sopra descritto, non sarebbe applicabile.

5.6 Lo scambio e utilizzo di informazioni riservate

Una seconda questione che vale la pena analizzare è la misura in cui le informazioni contenute ed utilizzate per istruire il fascicolo antitrust possano essere trasferite ai funzionari della Commissione cui competono i casi relativi alle violazioni del DMA. In linea generale, le informazioni riservate ottenute dalla Commissione durante i procedimenti antitrust non possono essere trasmesse ad altri.¹⁵⁶ Esiste tuttavia un'eccezione, per la cooperazione tra la Commissione europea e le Autorità nazionali garanti della concorrenza in applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE, che consente la trasmissione di informazioni riservate da un'Agenzia all'altra. Tale esenzione opera però solo se l'Autorità ricevente applica gli articoli 101 o 102 del TFUE "in relazione all'oggetto per il quale sono state raccolte dall'autorità che le ha trasmesse"¹⁵⁷. L'Autorità ricevente può utilizzare le informazioni anche per applicare il diritto nazionale della concorrenza, ma in questo caso solo se l'applicazione del diritto nazionale parallelamente al diritto dell'UE della concorrenza "non porta a un risultato diverso"¹⁵⁸ e conseguentemente, a meno che non siano previste disposizioni specifiche e univoche per la condivisione delle informazioni nei procedimenti ai sensi del diritto derivato, le informazioni riservate non possono essere trasmesse al gruppo della Commissione incaricato di applicare il *Digital*

¹⁵⁶ Si veda, ad esempio, l'art. 16 del Regolamento 773/2004 relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE

¹⁵⁷ art 11(2), Reg. 1/2003.

¹⁵⁸ art 11(2), Reg. 1/2003.

Market Act. Anche nel caso in cui vi fossero tali disposizioni, è improbabile che le informazioni riservate ottenute in base a un procedimento siano trasferite a un organo che le utilizza per applicare una serie diversa di norme¹⁵⁹.

Tuttavia, questo non costituisce necessariamente un ostacolo totale all'utilizzo di informazioni acquisite durante lo svolgimento di una procedura antitrust in un procedimento DMA. La Commissione potrebbe semplicemente richiedere le informazioni una seconda volta. La Corte ha riconosciuto infatti che i funzionari non sono tenuti a subire "un'amnesia selettiva" e hanno la possibilità di utilizzare le conoscenze acquisite con un procedimento, anche se unicamente come prova indiziaria, per presentare una richiesta di informazioni su un'altra base giuridica¹⁶⁰. Dato che le indagini sulle violazioni di cui all'art. 102 sono svolte dalla stessa Commissione che si occupa delle questioni di cui al DMA, ciò consentirà a detto organo di effettuare tempestivamente ulteriori richieste di documenti qualora il materiale sia utile per indagine parallela. Sebbene dunque non è consentito il trasferimento diretto delle informazioni e dei dati di un procedimento, non si può non considerare che gli stessi siano comunque utilizzabili anche se in maniera indiretta.

Dal punto di vista delle imprese, come avviene in differenti ambiti, queste potrebbero ipotizzare di rinunciare al diritto alla riservatezza, come avviene ad esempio nei casi di fusione dove per consentire alle Autorità antitrust di diverse

¹⁵⁹ vedi Schweitzer <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1851d6bb-14d8-11eb-b57e-01aa75ed71a1>> consultato il 6 dicembre 2023. Secondo Schweitzer, la legislazione secondaria potrebbe consentire il trasferimento di informazioni da un procedimento all'altro, a condizione che entrambi siano lo stesso tipo di procedimento ai fini della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Al contrario, se le informazioni ottenute nel corso di un procedimento amministrativo dovessero essere trasferite a un organo che può imporre sanzioni quasi penali, questo scambio di informazioni sarebbe vietato perché lede i diritti della parte al giusto processo.

¹⁶⁰ Si veda, ad esempio, Dirección General de Defensa de la Competencia contro Asociación Española de Banca Privada e altri, causa C-67/91, EU:C:1992:330: un'Autorità Nazionale Garante della Concorrenza, dopo aver ottenuto informazioni dalla Commissione nell'ambito di un procedimento antitrust dell'UE, può utilizzare tale conoscenza per avviare un procedimento volto a ottenere informazioni dalle parti ai sensi del diritto nazionale.

giurisdizioni (ad esempio, USA e UE) di valutare congiuntamente tale operazione le imprese attuano una *discovery* pressoché totale. Ciò serve inoltre ad accelerare l'autorizzazione normativa e consente alle Agenzie di coordinarsi. Allo stesso modo, nell'ambito del *Digital Market Act*, i *gatekeeper* potrebbero voler rinunciare ai diritti di riservatezza e acconsentire alla condivisione di informazioni riservate se la Commissione propone di valutare la condotta in base al DMA anziché all'articolo 102 del TFUE.

5.7 Il rapporti con il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati

Entrambi i regolamenti formanti il *Digital Services Package* contengono disposizioni che riguardano dati personali. Per il *Digital Services Act*, ogni interazione compiuta da una persona fisica in relazione a un servizio intermediario costituisce un dato personale rilevante così come per il GDPR¹⁶¹. Si pone perciò la questione di quale delle due discipline prevalga, quantomeno nei casi di sovrapposizione e nella misura in cui i destinatari di cui alla lett. b) dell'art. 3 Reg. 2022/2065¹⁶² siano persone fisiche. Essendo il Reg. 2016/679 considerabile *lex specialis*, come indicato dallo stesso nel Considerando numero 10 che fa salva la Direttiva 2002/58 (Direttiva *ePrivacy*), questo prevale sul Regolamento sui servizi digitali.

Allo stesso modo anche la pubblicità mirata, derivando da un'attività di profilazione sebbene di misura ridotta, andrebbe vagliata ai sensi del Regolamento sulla protezione dei dati. In ogni caso, successivamente all'attività di profilazione e all'elaborazione di tali dati ai fini della promozione commerciale nel *feed* della piattaforma o nelle comunicazioni rivolte ai destinatari, la trasmissione di messaggi commerciali è possibile solo sulla base

¹⁶¹ Reg. UE 2016/679

¹⁶² coloro che utilizzano “un servizio intermediario, in particolare per ricercare informazioni o renderle accessibili”

dell'espresso consenso dell'utente, come disposto dal par. 1 art. 13 della Dir. 2002/58 che sebbene riferito all'utilizzo della posta elettronica per messaggi promozionali, lascia ampio spazio alla nozioni di quest'ultima, definendola in maniera ampia¹⁶³ come “messaggi contenuti testi, voi, suoni o immagini trasmessi attraverso una rete pubblica di comunicazione, che possono essere archiviati in rete o nell'apparecchiatura terminale ricevente...” finendo quindi per includere anche le suddette comunicazioni commerciali.

Allo stesso modo, avendo molte disposizioni stabilite dal *Digital Markets Act* a che vedere con i dati personali degli utenti, è necessario mettere in chiaro la loro correlazione con i principi stabiliti dal GDPR. Una delle principali discrepanze tra questi due Regolamenti si ritrova nel consenso, il quale svolge un ruolo notevole all'interno del nuovo Regolamento permettendo ai *gatekeeper* di adottare pratiche che sarebbero altrimenti vietate. Apparentemente i due Regolamenti non risultano in contrasto, ma potrebbero sorgere dei problemi sulle modalità di consenso ottenute dai *gatekeeper*, le quali potrebbero eventualmente essere viziate dalle condizioni adottate dai vertici delle compagnie digitali, ai fini di influenzare gli utenti nel compiere azioni da loro non autorizzate. Allo stesso modo nella panoramica della condivisione dei dati stabilita dal *Digital Markets Act* sorge il dubbio su come il consenso possa sempre soddisfare i parametri dettati dal GDPR, ciò in quanto l'obbligo di condivisione su cui poggiano, ad esempio, i paragrafi 9 e 10 dell'art. 5 del DMA, può riguardare svariate attività di trattamento compiute da terzi che tentano di utilizzare tali informazioni per fini commerciali. Altro punto chiave è il diritto alla portabilità dei dati. L'art. 20 del GDPR sancisce tale diritto degli utenti di ricevere informazioni sui dati personali che li riguardano e l'ulteriore diritto di trasmetterli ad un altro titolare. In accordo con

¹⁶³ lett. h) Art. 2 Dir. 2002/58

quest'ultimo, nell'art. 6 paragrafo 10 del DMA è espresso l'obbligo per i *gatekeeper* di fornire agli utenti finali un'effettiva portabilità dei dati attraverso “un accesso efficace, di elevata qualità, continuo e in tempo reale a dati aggregati e non aggregati, compresi i dati personali” garantendo al contempo l'uso di tali dati. Potrebbe dunque risultare che i due provvedimenti perseguano i medesimi obiettivi, ma il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati mira a rafforzare il controllo dei propri dati da parte degli utenti, mentre il *Digital Markets Act* non si limita ai soli dati forniti dagli interessati ma riguarda anche quei dati dedotti e derivati, ovvero i dati creati dallo stesso titolare del trattamento. Al fine di conciliare al meglio gli obblighi previsti dai due Regolamenti, è dunque necessario che i *gatekeepers* continuino a rispettare i principi stabiliti ai sensi della normativa sulla protezione dei dati, anche allo scopo di non creare incertezza a livello giuridico, preferendo il GDPR in caso di sovrapposizione tra le norme.

CONSLUSIONI

In considerazione di quanto osservato sopra non sussistono dubbi sulla posizione di dominanza economica rivestita dalle maggiori piattaforme, peraltro – come si è visto – foriera di conseguenze sul piano dei diritti di libertà non solo in campo economico. E' ormai comunemente condiviso l'assunto che le maggiori piattaforme svolgano un ruolo di *gatekeeper* anche nel campo delle libertà di espressione e di informazione, atteso che incidono direttamente sulla diffusione delle notizie e in generale delle idee, al riguardo, basti pensare alle attività di moderazione e raccomandazione dei contenuti svolte da quasi tutte le piattaforme nonché alla selezione algoritmica delle sole notizie rispondenti alle preferenze degli utenti individuate mediante la loro profilazione. È ormai invalsa la qualificazione delle piattaforme come “poteri privati”, soggetti che agiscono nelle forme del diritto privato ma che, per la loro posizione di forza economica e sociale, sono capaci di incidere sull'esercizio delle libertà fondamentali dei singoli, motivo per cui sono state introdotte norme specifiche a riguardo.

I Regolamenti costituenti il *Digital Services Package* appaiono dunque strumenti idonei a dissuadere sia comportamenti lesivi della concorrenza sia comportamenti che si concretizzano in una violazione dei diritti fondamentali, e ciò ancor di più stante il fatto che l'approccio non prevede più un'intervento sanzionatorio da applicarsi *ex post*, ma viceversa, in linea con quanto sta avvenendo negli ultimi anni in diverse branche del diritto, è impostata una normativa destinata, in maggior parte, a intervenire anteriormente cercando di responsabilizzare i soggetti destinatari della norma con maggiori possibilità di dialogo tra Commissione e imprese al fine di cercare soluzioni il più possibile

condivise, nonostante rimanga comunque munita di apposite sanzioni laddove dovesse fallire nel dissuadere il comportamento illecito, ancorché non espressamente disciplinato.

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA:

- Rivista “North Western Law Reviews” n. 1/2015 A. Bradford - The Brussels Effect
- Rivista “I Contratti” n. 5/2022 E. BATTELLI- Questioni aperte in materia di contrattazione nelle piattaforme online;
- Rivista “Ordine internazionale e diritti umani” G. CONTALDI, il DMA (*Digital Markets Act*) tra tutela della concorrenza e protezione dei dati personali, 2021, pagg. 292 - 308;
- Rivista “Giornale di diritto amministrativo” G. Buttarelli, n. 1/2023 pag. 116 e ss;
- Rivista Giurisprudenza Penale Web, 2022, 6, M. Borgobello, "Per il ne bis in idem processuale, l'identità del fatto richiede la corrispondenza storico-naturalistica di tutti gli elementi del reato”;
- Rivista Journal of European Integration 2022, vol. 44 n. 1 pagg. 41-57 M. Cini e P. Czulno in “Digital Single Market and EU Competition Regime An Explanation of Policy Change”;
- Rivista Common Market Law Review, J. Frank e M. Peitz “*The Digital Markets Act and the Whack-A-Mole Challenge*” Vol. 61, pagg. 269-344;
- Rivista European Law Review, P. Alkman “*Regulating Competition in Digital Platform Markets: a Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act*” European Law Review, febbraio 2022.

- Rivista World Competition Law and Economics Review, O. Andriychuk, “*Shaping the New Modality of the Digital Markets: The Impact of the DSA/ DMA Proposals on Inter-Platform Competition*”, 2021, Vol 44, pagg. 261-286;
- M. Padellaro "Il risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza: legittimazione ed *antitrust injury*" tesi di dottorato, Università Roma Tre, 2009.

MANUALI:

- G. Cassano, G. SCORZA, G. VANCIAGO, “*Diritto dell’internet, manuale operativo*”, Padova, Cedam, 2013;
- M. MAGGIOLINO, “*I Big Data e il diritto antitrust*”, Milano, EGEA, 2018;
- L. BOLOGNINI, E. PELINO, M. SCIALDONE, “*Digital Services Act e Digital Markets Act, definizioni e prime applicazioni dei nuovi regolamenti europei*” Milano, Giuffrè, 2023.

SITOGRAFIA:

- S. Modrich, D. Dimolfetta, *Big fines can scare Big Tech but enforcing Digital Market Act is a key*, aprile 2022, <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insight/latest-news-headlines/big-fines-can-scare-big-tech-but-enforcing-digital-market-act-is-key-8211-experts-69620415> ;
- C. Schepisi, L’enforcement nel Digital Market Act, https://www.aisdue.eu/wp-content/uploads/2022/01/Post-Cristina_Schepisi.pdf ;
- H. Schweitzer “*The new competition tool - Its institutional set up and procedural design : expert study*” <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1851d6bb-14d8-11eb-b57e-01aa75ed71a1> ;

- S. Vergnolle, Enforcement of the DSA and the DMA <https://shs.hal.science/hal-03605110/> , 2021;
- M. Motta, M. Peitz, Intervention triggers and underlying theories of harm Expert advice for the Impact Assessment of a New Competition Tool, <https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-03/kd0420575enn.pdf> ;
- J. Furnam, Report of the Digital Competition Expert Panel, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5c88150ee5274a230219c35f/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf , marzo 2019
- Relazione sulla valutazione di impatto dei servizi della Commissione sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati concorrenziali ed equi nel settore digitale (Digital Markets Act) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52020SC0364>;
- Sulla definizione di “Mercato rilevante” <https://eur-lex.europa.eu/IT/legal-content/summary/definition-of-relevant-market.html>;
- A. Lerner, The Role of “Big Data” In Online Platform Competition, 2014, disponibile su <https://ssrn.com/abstract=2482780> ;
- Comunicazione 2009/C 45/02, della commissione UE reperibile su [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=LV](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=LV) ;
- Dichiarazioni del Ministero tedesco sulle attività commerciali del 27 maggio 2021, <<https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/non-paper-friends-of-an-effective-digital-markets-act.html> e del e dell'8 settembre 2021, <<https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/XYZ/zweites-gemeinsames-positions-papier-der-friends-of-an-effective-digital-markets-act.pdf>>

- Delibera AGCOM del 3 aprile 2024 <https://www.agcom.it/documents/10179/33858300/Delibera+89-24-CONS/d5bd5a96-clled-479d-8b70-604f4635a1a1?version=1.0> ;
- Direttiva UE 1972 del 11 dicembre 2018 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02018L1972-20181217>
- The EU Digital Markets Act (DMA) A Competition Hand in a Regulatory Glove, N. Bellosio e N. Petit, 19 aprile 2023, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4411743 ;
- Digital Services Act Transparency database <https://transparency.dsa.ec.europa.eu/dashboard>.

GIUSRISPRUDENZA:

- Sentenza CGCE del 16 luglio 1992, Direccion General de Defensa de la Competencia contro Asociacion Espanola de Banca Privada e altri, causa C-67/91, EU:C:1992:330 <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=CBC24BC49FF4224FB810DC95E8B0F4A3?text=&docid=231108&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4519200>;
- Sentenza CGUE del 22 marzo 2022 Bpost v. Commissione, Caso C-117/20, EU:C:2022:202 <https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=Bpost+v.+Commissione&ie=UTF-8&oe=UTF-8>;
- Sentenza CGUE del 20 settembre 2001, causa C-453/99, Courage <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:61999CJ0453>
- Sentenza della CGUE del 14 marzo 2019, causa C-724/17, Skanska, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=F6C8041269D1318EB245C63A608E1F84?>

[text=&docid=230617&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12110755](#) ;

- Sentenza CGUE del 21 gennaio 2021, Consiliul Concurenței c. Whiteland Import Export SRL, causa C-308/19 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/?uri=CELEX:62019CJ0308> ;
- Sentenza CGCE 23 Aprile 1991, Klaus Hofner e Fritz Elser c. Macroton GmbH, causa C-41/90 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:61990CJ0041> ;
- Sentenza CGUE del 20 marzo 2018 Casi riuniti Di Puma e Zecca C-596/16 e 597/16 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:62016CJ0596> ;
- Sentenza CGUE del 10 febbraio 2009 Zoluthukin c. Russia <http://www.progettoinnocenti.it/dati/525CEDURUSSIA.pdf> ;
- Sentenza CGUE del 15 novembre 2016 A e B c. Norvegia <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2016/11/Scarica-la-sentenza-ENG.pdf> .

TESTI DI LEGGE:

Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, versione consolidata;

Regolamento CE 139/2004 (Regolamento sulle concentrazioni);

Regolamento UE 679/2016 (General Data Protection Regulation);

Regolamento UE 1150/2019 (Platform to Business);

Regolamento UE 720/2022 (Vertical Block Exemption Regulation);

Regolamento UE 1925/2022 (Digital Market Act);

Regolamento UE 2065/2022 (Digital Services Act);

Direttiva UE 2000/31 (Direttiva sul commercio elettronico);

Direttiva UE 2002/58 (*ePrivacy Directive*);

Direttiva UE 2014/104 (risarcimento del danno diritto della concorrenza);

Direttiva UE 2018/1972 (Codice europeo delle comunicazioni elettroniche);

Decreto Legislativo 3/2017 (cd. Decreto Danni).