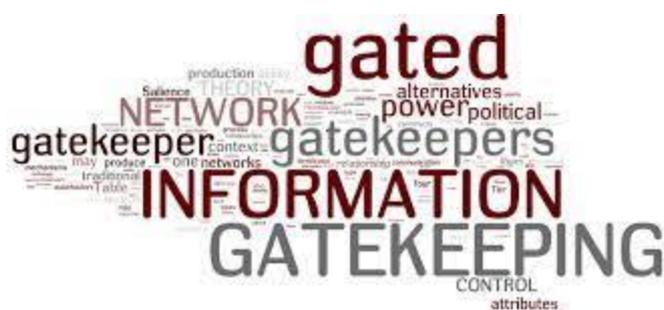


# **Il digital market act: Gatekeeper e trattamento dei dati personali degli utenti**



**ANDIP**

**Associazione Nazionale per la difesa della privacy**



## AUTORI

### **Prefazione**

**Prof. Dott. Michele Iaselli** - Avvocato, docente di logica ed informatica giuridica presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II. Docente a contratto di informatica giuridica presso LUISS – dipartimento di giurisprudenza. Specializzato presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II in "Tecniche e Metodologie informatiche giuridiche". Presidente della sezione Intelligenza Artificiale nell'Associazione Nazionale per la Difesa della Privacy. Funzionario del Ministero della Difesa

### **La portabilità nel DMA ed i poteri della Commissione Europea**

**Avv. Piera Di Stefano** - co-Founder Avvocato del Web® e T.R.ON® Responsabile Dipartimento Diritto Digitale di Consumerismo no profit. Appassionata dei temi giuridici più innovativi, si occupa di web reputation, crimini informatici e privacy.

### **Il potere di mercato dei gatekeeper e il trattamento dei dati personali degli utenti**

**Dott. Prof. Giovanni Crea** - economista, è docente di "Economia aziendale e processi di amministrazione del lavoro" presso l'Università Europea di Roma. È docente presso Master universitari e corsi di formazione professionale, dove insegna la materia di Protezione dei dati personali con particolare riguardo alle Attività di marketing, ai Modelli organizzativi privacy, all'Analisi dei processi, alle interrelazioni tra il GDPR e le discipline *antitrust* e delle "Pratiche commerciali scorrette". È autore di numerose pubblicazioni scientifiche in materia di protezione dei dati personali con particolare riguardo agli aspetti di mercato e *data economy*.

**Dott.ssa Maria Grazia Romano** - DPO – Cia Confederazione Italiana Agricoltori. Iscritta all'Albo dei Maestri della Protezione Dati & Data Protection Designer® IIP. Certificazione UNI 11697:2017

### **Il potere di mercato dei "gatekeeper": differenze rispetto alla posizione dominante ai sensi del diritto della concorrenza**

**Avv. Francesco Corallini Garampi** - ha fondato l'omonimo Studio Legale Tributario nel 2013. Esercita la professione occupandosi di diritto civile, commerciale, tributario, bancario e *data protection*. Consulente legale di numerose aziende, Data Protection Officer (Responsabile della protezione dei dati) ai sensi dell'art. 37 Reg. UE 2016/679 – GDPR di alcune aziende operanti nei settori dell'IT e dell'e-commerce

### **Ringraziamenti**

**Dott. Alfredo Visconti** – Presidente ANDIP, CEO di Brain-it consulente Privacy, DPO, Disaster recovery, Conservazione, PCI-DSS, esperto in cyber security e Sviluppo di codice sicuro

## Sommario

La portabilità nel DMA ed i poteri della Commissione Europea .....	7
1. La portabilità nel Digital Markets Act ed il rapporto con il GDPR. ....	7
2. I (stra) poteri della Commissione Europea nel DMA .....	9
Il potere di mercato dei <i>gatekeeper</i> e il trattamento dei dati personali degli utenti. ....	15
1. Considerazioni introduttive .....	15
2. Il potere di mercato del <i>gatekeeper</i> .....	16
3. Il potere di mercato del <i>gatekeeper</i> basato sul trattamento dei dati personali .....	16
4. Conclusioni .....	17
Il potere di mercato dei “gatekeeper”: differenze rispetto alla posizione dominante ai sensi del diritto della concorrenza .....	19
Introduzione: <i>Gatekeepers</i> e posizione dominante .....	19
1. La definizione di “posizione dominante” e il suo accertamento .....	19
1.1. <i>Il mercato rilevante e il mercato collegato</i> .....	21
1.2. <i>Indicatori ed effetti della posizione dominante</i> .....	22
1.3. <i>Le condotte integranti l’abuso di posizione dominante: cenni</i> .....	23
2. Mercato rilevante e potere di mercato nelle piattaforme digitali .....	24
2.1. <i>Il mercato rilevante delle piattaforme digitali</i> .....	25
2.2. <i>Il potere di mercato nelle piattaforme digitali</i> .....	27
2.2.1. <i>Gli indicatori del potere di mercato delle piattaforme</i> .....	27
2.2.2. <i>Il Potere di mercato come quota di mercato</i> .....	28
2.2.3. <i>Il Potere di mercato come quota di controllo sui dati</i> .....	29
2.3. <i>Cenni sull’abuso di “posizione dominante” nel mercato digitale</i> .....	29
2.4. <i>La designazione dei gatekeeper ai sensi dell’art. 3 D.M.A.</i> .....	30
2.4.1. <i>La definizione</i> .....	30
2.4.2. <i>Le presunzioni relative dell’art. 3(1) D.M.A.</i> .....	31
2.4.3. <i>Le presunzioni semplici dell’art. 3(8) D.M.A.</i> .....	31
3. Differenze tra il potere dei <i>gatekeeper</i> e la posizione dominante .....	32
3.1. <i>Sotto il profilo degli obiettivi</i> .....	32
3.2. <i>Sotto il profilo della base giuridica</i> .....	33
3.3. <i>Sotto il profilo dell’enforcement</i> .....	33
Conclusioni .....	34
BIBLIOGRAFIA .....	36

## Prefazione

Il Regolamento sui mercati digitali (Digitale Market Act) è stato approvato dal Parlamento Europeo e dal Consiglio in data 14 settembre 2022 e pubblicato sulla GUUE il 12 ottobre 2022 (Regolamento n. 2022/1925 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828).

Il provvedimento comunitario rappresenta una iniziativa legislativa volta a garantire un mercato unico competitivo per i servizi digitali e, in particolare, mercati delle piattaforme equi e contendibili.

La Commissione europea ha concepito tale nuova disciplina in considerazione del fatto che alcune piattaforme *online* si sono affermate come elementi strutturali fondamentali dell'economia digitale, fungendo da intermediari per la maggior parte delle transazioni tra consumatori e imprese. L'importanza di tali piattaforme ha assunto dimensioni tali da consentire loro di fungere da *gatekeeper* (soggetti che hanno un impatto significativo sul mercato interno, in quanto importanti punti di accesso dei clienti e detengono, attualmente o in un futuro prossimo, una posizione consolidata e duratura nelle loro operazioni).

Il fenomeno determina una serie di criticità messe particolarmente in evidenza dalla Commissione europea, nella valutazione di impatto, quali: a) debole contendibilità dei mercati delle piattaforme e debole concorrenza su tali mercati; b) pratiche commerciali sleali nei confronti degli utenti commerciali; c) quadri di regolamentazione e di vigilanza frammentati per quanto riguarda gli operatori commerciali attivi in tali mercati.

Il nuovo regime delinea il perimetro di applicazione soggettiva stabilendo una serie di criteri qualitativi per individuare le piattaforme *online* di grandi dimensioni che esercitano una funzione di controllo dell'accesso, vale a dire di "*gatekeeper*". Si tratta, in linea di massima, di piattaforme detentrici di una posizione consolidata e duratura nell'ambito delle proprie attività (attuale o anche prevedibile nel prossimo futuro), con un impatto significativo sul mercato interno, e che rivestono il ruolo di intermediazione tra un'ampia base di utenti finali e un gran numero di imprese. Il potere di designare tali soggetti regolati è concentrato nelle mani della Commissione europea, la quale ritiene i requisiti soddisfatti ove siano raggiunti determinati parametri quantitativi soglia. Tra i parametri si ricordano, tra l'altro, il fatturato dell'impresa o la sua capitalizzazione media, e i dati relativi a utenti commerciali e finali che si servono della piattaforma di intermediazione. La Commissione, sulla base di un'istruttoria più articolata, può individuare i soggetti regolati anche nel caso in cui le citate soglie quantitative non siano raggiunte. In ogni caso è consentito ai soggetti interessati di presentare argomenti contrari a tale designazione, con l'effetto di avviare in tal caso un'indagine *ad hoc* da parte della Commissione europea.

Ove annoverate tra i *gatekeeper* il regolamento assegna a tali piattaforme una serie di obblighi e divieti. Tra i più significativi, si ricordano: l'obbligo di consentire agli utenti commerciali di accedere ai dati che generano utilizzando la piattaforma; l'obbligo di fornire alle imprese che fanno pubblicità sulla piattaforma gli strumenti e le informazioni necessarie per consentire a inserzionisti e a editori verifiche indipendenti dei messaggi pubblicitari ospitati dalla piattaforma; l'obbligo di permettere agli utenti commerciali di promuovere la loro offerta e concludere contratti con clienti al di fuori della piattaforma; la predisposizione di propri servizi interoperabili per i terzi in situazioni specifiche.

L'insieme dei divieti imposti ai *gatekeeper* include, tra l'altro, il divieto di riservare ai propri servizi e prodotti un trattamento favorevole in termini di classificazione rispetto a servizi o prodotti analoghi offerti da terzi sulla loro piattaforma; il divieto di impedire ai consumatori di mettersi in contatto con le imprese al di fuori della piattaforma; il divieto di impedire agli utenti di disinstallare software o applicazioni preinstallati se lo desiderano; il divieto di impedire la portabilità.



Con il presente paper i contributi degli autori focalizzano la loro attenzione sui rapporti fra DMA e GDPR con particolare riferimento al potere di mercato dei Gatekeeper ed alla relativa posizione dominante.

Buona lettura!!!

Michele Iaselli



## Ringraziamenti

Mi corre l'obbligo a nome mio, dell'associazione che mi vede come Presidente, degli associati e di tutte quelle persone che ci seguono attraverso gli scritti e sul sito istituzionale ([www.andip.it](http://www.andip.it)) di ringraziare gli autori tutti ed il Prof e amico Michele Iaselli che ha coadiuvato con guida saggia e paziente questa redazione che dimostra ove mai ve ne fosse bisogno la conoscenza della materia e la sensibilità alla stessa e alla sua diffusione.

Un grazie particolare agli autori che togliendo tempo alle proprie attività lavorative condividono il loro sapere, i loro studi ed il loro sapere con noi

Il comitato scientifico dell'associazione è nato da un anno ed anche con i tanti normali problemi in fase di inizio attività ha felicemente superato la classica fase di rodaggio ed è approdato a questo primo lavoro di alto valore scientifico.

Siamo sicuri che questa squadra, che non finiremo mai di ringraziare, unitamente a tutte le altre persone che orbitano all'interno dell'associazione saprà dare nuovo vigore scientifico, ma soprattutto una nuova sensibilità all'argomento.

Con piacere invito tutti alla lettura perché gli autori hanno saputo dare all'argomento un taglio scientifico senza mai dimenticare quel taglio tecnico che serve per assistere chi si cimenta in questa problematica.

Questo primo lavoro farà parte di una collana di lavori pubblicata sul nostro sito che spero diventi in breve tempo una linea guida per gli esperti del settore e per chi vuole studiare e comprendere queste problematiche.

Perché i nostri ringraziamenti come lettori vi giungano a pieno non posso fare altro che citarvi singolarmente ringraziarvi e aspettare ansioso il prossimo lavoro, per cui lascio tutti voi alla lettura e allo studio di questo primo lavoro e ringrazio pubblicamente: Prof Michele Iaselli, Avv. Piera Di Stefano, Dott. Prof. Giovanni Crea, Dott.ssa Maria Grazia Romano, Avv. Francesco Corallini Garampi.

Alfredo Visconti



## La portabilità nel DMA ed i poteri della Commissione Europea

PIERA DI STEFANO

### 1. La portabilità nel Digital Markets Act ed il rapporto con il GDPR.<sup>1</sup>

Già nel regolamento sulla portabilità transfrontaliera dei servizi di contenuti online – (UE) 2017/1128 del 14 giugno 2017, l’Unione europea ha affermato che l’accesso senza ostacoli in tutta l’Unione ai servizi di contenuti online prestati legittimamente ai consumatori nel loro Stato membro di residenza, garantito appunto dalla cd. portabilità, è imprescindibile per il corretto funzionamento del mercato interno e per l’effettiva applicazione dei principi di libera circolazione delle persone e dei servizi.<sup>2</sup> Al tempo stesso, la portabilità dei dati risponde all’obiettivo di prevenire i fenomeni della concorrenza sleale tra le piattaforme on line o che erogano servizi on line, in quanto l’assenza di portabilità dei dati scoraggerebbe l’utente nel passaggio da una piattaforma ad un’altra, con l’effetto della creazione di un “monopolio” in capo ad alcune società e di barriere all’ingresso nel mercato per altre, che parimenti hanno necessità di raccogliere ed elaborare dati per fornire prodotti e servizi concorrenti o complementari (cd. effetto *lock-in* dell’utente).

Il Digital Markets Act (DMA) ha, tra gli altri, proprio l’obiettivo di eliminare questi meccanismi distorsivi, ai danni sia di aziende che degli utenti, dedicando, per quel qui interessa, disposizioni molto rigide al tema della portabilità dei dati generati sulle piattaforme di riferimento. Nello specifico, in base a tali regole, i cd. Gatekeeper (d’ora in avanti, per brevità, anche “GK”) hanno l’obbligo di facilitare l’esercizio della portabilità dei dati in linea con il GDPR e di fornire, a determinate condizioni, l’accesso ai dati, compresi i dati personali. L’art. 6, paragrafo 9, invero, stabilisce che “*Il gatekeeper fornisce, su richiesta e a titolo gratuito, agli utenti finali e a terzi autorizzati da un utente finale l’effettiva portabilità dei dati forniti dall’utente finale o generati mediante l’attività dell’utente finale nel contesto dell’utilizzo del pertinente servizio di piattaforma di base, anche fornendo a titolo gratuito strumenti per agevolare l’effettivo esercizio di tale portabilità dei dati, nonché fornendo un accesso continuo e in tempo reale a tali dati.*”. Il successivo paragrafo 10 recita: “*Il gatekeeper fornisce a titolo gratuito agli utenti commerciali e a terzi autorizzati da un utente commerciale, su richiesta, un accesso efficace, di elevata qualità, continuo e in tempo reale a dati aggregati e non aggregati, compresi i dati personali, e garantisce alle stesse condizioni l’uso di tali dati, che sono forniti o generati nel contesto dell’uso dei pertinenti servizi di piattaforma di base o dei servizi forniti contestualmente o in ausilio ai pertinenti servizi di piattaforma di base da parte di tali utenti commerciali e degli utenti finali che si avvalgono di prodotti o servizi forniti da tali utenti commerciali. Quanto ai dati personali, il gatekeeper fornisce tale accesso ai dati personali e ne*

<sup>1</sup> Rif. Bibliografici: Jane Krämer, “Data access provisions in the DMA”, novembre 2022, Centre on regulation in Europe (CERRE), consultabile in [https://cerre.eu/wp-content/uploads/2022/11/DMA\\_DataAccessProvisions-2.pdf](https://cerre.eu/wp-content/uploads/2022/11/DMA_DataAccessProvisions-2.pdf); Geradin, Damien and Bania, Konstantina and Karanikioti, Theano, “The interplay between the Digital Markets Act and the General Data Protection Regulation”, agosto 2022, consultabile in <https://ssrn.com/abstract=4203907> oppure <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4203907>.

<sup>2</sup> Grazie a questa misura, gli utenti possono usufruire dei contenuti legalmente acquistati nel proprio paese (abbonamenti a servizi streaming, film, eventi sportivi, musica, e-book, videogiochi) anche in un altro Stato membro.

garantisce l'uso solo se i dati sono direttamente connessi con l'uso effettuato dagli utenti finali in relazione ai prodotti o servizi offerti dal pertinente utente commerciale mediante il pertinente servizio di piattaforma di base e nel caso in cui gli utenti finali accettano tale condivisione esprimendo il suo consenso.

Le disposizioni dell'art. 6 del DMA, nel garantire il diritto per gli utenti di accedere ai propri dati personali sulle transazioni commerciali e sulle interazioni sembra allinearsi all'art. 20 del GDPR, la cui ratio è rafforzare l'*empowerment* degli interessati, ossia il potere di controllo che essi hanno sui propri dati personali e riequilibrare il rapporto tra loro e i titolari del trattamento, in un ambiente digitale sempre più imperniato sullo sfruttamento commerciale delle informazioni personali.<sup>3</sup>

In realtà, molte sono le differenze tra il citato articolo 20 del GDPR e l'articolo 6, paragrafo 9, del DMA. In *primis*, il GDPR si applica a tutti i titolari del trattamento dei dati, mentre il DMA si applica solo ai gatekeeper. Ciò comporta che la portabilità avanzata dei dati è disponibile solo presso un numero molto limitato di aziende, cioè quelle che soddisfano le soglie per i GK stabilite dall'articolo 3 del DMA. Quest'ultimo, inoltre, riconosce ai consumatori un diritto di accesso ai propri dati continuo e in tempo reale per mezzo di misure tecniche adeguate, quale ad esempio la predisposizione di interfacce di programmazione delle applicazioni (API) di elevata qualità,<sup>4</sup> laddove il GDPR prevede semplicemente, ove tecnicamente possibile, il diritto degli interessati di ottenere dal Titolare del trattamento, oltre alla trasmissione diretta dei dati personali ad altro Titolare, i dati stessi in un formato strutturato, comunemente usato e leggibile da una macchina, entro un termine massimo di 30 giorni, dal ricevimento della richiesta (termine prorogabile di due mesi, per complessità e numero istanze), intervallo di tempo ritenuto incompatibile con la stessa misura della portabilità, nata, come detto sopra, per stimolare l'innovazione e la concorrenza nel mercato digitale. Non può peraltro sfuggire che la portabilità continua e in tempo reale dei dati è molto più complessa da attuare rispetto a un trasferimento di dati *una tantum* e solleva ulteriori problemi di fattibilità tecnica che devono essere considerati nell'attuazione di questa disposizione.

Quanto all'ambito di applicazione della portabilità, quest'ultima nel GDPR copre solo i dati cd. forniti (*provided data*), ovvero quelli che sono espressamente e consapevolmente comunicati da un utente (come ad es. età, e-mail) con esclusione dei dati cd. derivati (*derived data*), cioè quelli che risultano dalla combinazione di dati forniti e dati cd. osservati (*observed data*),<sup>5</sup> dati, questi ultimi, quali quelli ricavati dall'uso di dispositivi, siti web o dalla fruizione di servizi.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Il rapporto di coesistenza normativa tra i due Regolamenti non è disciplinato espressamente, diversamente dal DSA. Quest'ultimo, all'art. 2, paragrafo 4, recita: "Il presente regolamento non pregiudica le norme stabilite da altri atti giuridici dell'Unione che disciplinano ulteriori aspetti della prestazione di servizi intermediari nel mercato interno o che precisano e integrano il presente regolamento, in particolare i seguenti atti: (...) g) diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali, in particolare il regolamento (UE) 2016/679 e la direttiva 2002/58/CE; (...)".

<sup>4</sup> Il DMA, diversamente dal GDPR, si applica anche ai cd. dati anonimi e ai dati non personali.

<sup>5</sup> I dati derivati sono creati dal titolare sulla base dei dati "forniti dall'interessato". Per esempio, l'esito di una valutazione concernente la salute di un utente o il profilo creato nell'ambito di disposizioni in materia finanziaria e di gestione del rischio (per esempio, al fine di attribuire uno score creditizio o di ottemperare a normativa antiriciclaggio) non possono essere considerati, di per sé, dati "forniti da" la persona interessata.

<sup>6</sup> Questa categoria comprende, per esempio, la cronologia delle ricerche effettuate dall'interessato, dati relativi al traffico, dati relativi all'ubicazione nonché altri dati grezzi come la frequenza cardiaca registrata da dispositivi sanitari o di fitness.

Un esempio di dati derivati sono i dati cd. clickstream dei consumatori, cioè quelli relativi alla registrazione dei “click” di un individuo durante la sua navigazione su internet. Orbene, tale esclusione vale anche per il DMA? Dovrebbe, in quanto il considerando 59, definisce chiaramente la sua disposizione sulla portabilità dei dati come complementare a quella prevista dal GDPR. Una lettura simile, tuttavia, risulterebbe fortemente limitativa del generale obiettivo di potenziamento dell’innovazione che è *il file rouge* dell’intera normativa racchiusa nel DMA.

Lo stesso considerando 59 chiarisce che l'obbligo di portabilità dei dati disciplinato dal citato DMA ha lo scopo di “(...) *garantire che i gatekeeper non compromettano [...] il potenziale di innovazione della dinamica settore digitale.*”

Altra problematica connaturata alla portabilità continua e in tempo reale dei dati, è la verifica effettiva di un consenso legittimamente ottenuto dai GK. In linea con il GDPR, il DMA vieta espressamente ai GK di progettare, organizzare o far funzionare le loro interfacce online in modo che ingannino, manipolino o altrimenti distorcano materialmente o compromettano la capacità degli utenti finali di offrire liberamente il consenso<sup>7</sup> e stabilisce che gli utenti dovrebbero essere informati che il mancato consenso può comportare un'offerta meno personalizzata, ma che in caso contrario il servizio principale della piattaforma rimarrà invariato e che nessuna funzionalità verrà soppressa (considerando 37). Le stesse modalità di acquisizione del consenso richieste dal DMA risulterebbero, altresì, non chiare, in particolare se tale consenso debba essere richiesto tramite l'utente aziendale, quindi attraverso canali esterni al servizio della piattaforma principale, o direttamente tramite il servizio di quest'ultima. La scelta della prima opzione deriverebbe dal considerando 60 del DMA in base al quale il GK dovrebbe “(...) *consentire agli utenti commerciali di ottenere il consenso dei propri utenti finali*”. Resta non disciplinata, infine, la modalità con la quale l'utente può consapevolmente scegliere, rispetto ai dati personali di cui trattasi, se esercitare il diritto alla portabilità previsto dal GDPR, oppure quello ben più ampio disciplinato dal DMA.

## 2. I (stra) poteri della Commissione Europea nel DMA

Il DMA conferisce alla Commissione poteri molto simili a quelli dell'antitrust, potendo la stessa effettuare ispezioni, inviare richieste di informazioni, interrogare i dipendenti delle aziende interessate, imporre misure provvisorie, condurre indagini di mercato e, soprattutto, imporre sanzioni.

Il potere di designare i GK è concentrato nelle mani della Commissione europea, la quale ritiene i requisiti soddisfatti ove siano raggiunti determinati parametri quantitativi soglia (quali, *ex plurimis*, il fatturato dell'impresa o la sua capitalizzazione media, e i dati relativi a utenti commerciali e finali che si servono della piattaforma di intermediazione). Nulla esclude, peraltro che sulla base di un'istruttoria più articolata, la Commissione possa individuare i soggetti regolati anche nel caso in cui le citate soglie quantitative non siano raggiunte. In ogni caso è consentito ai soggetti interessati di

Cfr. [Linee-guida sul diritto alla "portabilità dei dati" - WP242 Gruppo di lavoro Art. 29](#), 13 dicembre 2016, emendate il 5 aprile 2017.

<sup>7</sup> “Affinché il consenso sia prestato liberamente, l'accesso ai servizi e alle funzionalità non deve essere subordinato al consenso di un utente alla memorizzazione di informazioni o all'ottenimento dell'accesso alle informazioni già memorizzate, nell'apparecchiatura terminale di un utente (i cd. *cookie wall*)”. Linee guida EDPB 5/2019 sul consenso, 4 maggio 2020, paragrafo 39.

presentare argomenti contrari a tale designazione, con l'effetto di avviare in tal caso un'indagine ad hoc da parte della Commissione europea.

In base al DMA, la Commissione europea viene dotata di poteri che impattano su doveri e divieti posti dal citato regolamento a carico dei GK. Si tratta delle facoltà di: specificazione di alcuni obblighi; sospensione degli obblighi, in determinati casi di rischio per la redditività del soggetto regolato; esenzione per motivi di interesse pubblico. La Commissione, inoltre, può, tramite atto delegato, aggiornare gli obblighi/divieti imposti al gatekeeper, nel caso in cui individui la necessità di stabilire nuovi obblighi riguardanti pratiche sleali o che limitano la contendibilità dei servizi di piattaforma di base.

Di particolare rilievo risulta essere l'obbligo a carico dei GK di informare la Commissione europea in merito a progetti di concentrazioni che coinvolgano un altro fornitore di servizi di piattaforma di base o di qualsiasi altro servizio nel settore digitale.

Il DMA assegna alla Commissione altresì poteri investigativi per monitorare il rispetto delle relative disposizioni, tra i quali, i poteri di audizioni e di ispezione in loco, e di accesso a banche dati e ad algoritmi, l'adozione di misure cautelari e l'accertamento delle violazioni cui si ricollega un regime sanzionatorio (sempre di competenza della Commissione europea), che contempla ammende fino al 10 per cento del fatturato mondiale totale annuo dell'impresa che trasgredisce e penalità di mora fino al 5 per cento del fatturato medio giornaliero, realizzati a livello globale nell'esercizio precedente (artt. 26 e 27).

Il regolamento, all'articolo 7, stabilisce un quadro per un eventuale dialogo tra il GK designato e la Commissione in relazione alle misure che il primo ha attuato o intende attuare per ottemperare agli obblighi di cui all'articolo 6. Nello specifico, la Commissione europea, avendo il potere di specificare mediante decisione le misure che il GK in questione dovrebbe attuare per rispettare gli obblighi sanciti dall'articolo 6, vedrebbe ulteriormente ampliato il suo potere discrezionale nello stabilire ulteriori doveri a carico di tali operatori, pur subordinato a una serie di finalità indicate nell'articolo 7 (ad es. efficacia ai fini del conseguimento degli obiettivi del pertinente obbligo e proporzionalità delle misure specificate).

Il DMA stabilisce, inoltre, le condizioni alle quali è conferito alla Commissione europea il potere di sospendere gli obblighi per un singolo servizio di piattaforma di base, quali: 1. la sussistenza di circostanze eccezionali di rischio economico per il GK (articolo 8); 2. la concessione di un'esenzione per motivi di interesse pubblico (articolo 9).

In particolare, un'esenzione può essere concessa soltanto per motivi di: a) moralità pubblica; b) salute pubblica; c) sicurezza pubblica.

La Commissione decide sia per la sospensione che per l'esenzione mediante decisione adottata secondo la procedura consultiva in cui è assistita dal Comitato consultivo per i servizi digitali.

Il meccanismo consultivo rimanda alle disposizioni contenute nel regolamento (UE) n. 182/2011, le quali disciplinano il controllo, da parte degli Stati dell'UE, dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione (ai sensi dell'articolo 291 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea). Tale controllo avviene attraverso quelle che sono note in gergo UE come

procedure di «comitatologia», secondo le quali la Commissione deve presentare ogni progetto di atto di esecuzione ai comitati composti dai rappresentanti dei Paesi dell'Unione e presieduti dalla Commissione. La procedura consultiva in esso disciplinata, generalmente usata per tutte le misure di attuazione, prevede che la Commissione decida sul progetto di atto di esecuzione da adottare, tenendo nella massima considerazione le conclusioni raggiunte nei dibattiti svolti in seno al comitato e il parere espresso dal Comitato, che viene adottato a maggioranza semplice (maggioranza dei votanti).

L'articolo 10 stabilisce un meccanismo per l'aggiornamento dell'elenco degli obblighi che poggia sul potere di adozione di atti delegati emanati conferito alla Commissione.

La Commissione interviene ove si ritenga che una pratica sia sleale o limiti la contendibilità del mercato nei seguenti casi: a. si è venuto a creare uno squilibrio in termini di diritti e obblighi per gli utenti commerciali e il GK sta traendo un vantaggio dagli utenti commerciali che non è proporzionato al servizio fornito dal gatekeeper agli utenti commerciali; oppure la contendibilità dei mercati è diminuita in conseguenza di una siffatta pratica adottata da un GK.<sup>8</sup>

Quanto alle indagini di mercato che possono essere avviate dalla Commissione europea, il Capo IV stabilisce i requisiti procedurali per il relativo avvio (articolo 14) e articola i procedimenti di indagine a seconda dell'obiettivo specifico perseguito dalla Commissione: la designazione di un GK (articolo 15), l'accertamento di inosservanze sistematiche (articolo 16), e l'individuazione di nuovi servizi di piattaforma di base e di nuove pratiche (articolo 17).

In particolare, l'indagine diretta a valutare l'opportunità di designare come GK un fornitore di servizi di piattaforma di base o di identificare servizi di piattaforma di base per un GK si articola in un procedimento della durata massima di 12 mesi, relativamente al quale la Commissione europea deve aprire un contraddittorio con il prestatore di servizi interessato, e all'esito adottare una decisione di designazione secondo la citata procedura di consultazione. La Commissione europea si è dotata di un Osservatorio sulle piattaforme online, composto da un gruppo di funzionari della Commissione e da un gruppo di esperti indipendenti, con il mandato di monitorare tendenze e dati nell'economia di tali operatori dell'intermediazione digitale.<sup>9</sup>

Ulteriore potere attribuito alla Commissione è quello di designare come GK un fornitore di servizi di piattaforma di base che non detiene ancora una posizione consolidata e duratura nell'ambito delle proprie attività, ma che prevedibilmente acquisirà una siffatta posizione nel prossimo futuro, in tal

<sup>8</sup> L'attribuzione alla Commissione della competenza di aggiornare l'elenco degli obblighi, individuando pratiche vietate analoghe a quelle già codificate, andrebbe valutata alla luce dell'articolo 290 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, il quale consente alla Commissione l'adozione di atti non legislativi di portata generale che integrano o modificano determinati "elementi non essenziali dell'atto legislativo". Al riguardo, merita valutare se l'attribuzione di tale potere regolatorio sia conforme al perimetro delle competenze stabilito dal Trattato. Cfr. Legge sui mercati digitali (Digital markets act) Dossier n. 52 - Edizione aggiornata 18 maggio 2021 – Camera dei deputati, consultabile in <http://documenti.camera.it/leg18/dossier/Testi/ES052.htm>.

<sup>9</sup> Secondo l'Osservatorio, le 50 principali piattaforme online, che rappresentano in media oltre il 60% della quota di traffico digitale negli Stati membri dell'UE, hanno realizzato nel 2018 un fatturato mondiale di quasi 340 miliardi di USD (276 miliardi di euro). Cfr. Dossier n. 52 cit.

caso dichiarando applicabili a tale soggetto solo un insieme ristretto degli obblighi e dei divieti sopra descritti.<sup>10</sup>

Se l'indagine di mercato dimostra che il GK ha violato sistematicamente gli obblighi di cui agli articoli 5 e 6, e ha ulteriormente rafforzato o ampliato la sua posizione, la Commissione può imporre (entro dodici mesi dall'inizio dell'indagine) a tale soggetto, mediante decisione adottata secondo citata la procedura consultiva, qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale proporzionato alla violazione commessa e necessario per garantire il rispetto del regolamento (articolo 18). La Commissione può, tuttavia, imporre solo rimedi strutturali se non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o se un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per il GK interessato, del rimedio strutturale.<sup>11</sup>

La Commissione può altresì procedere a un'indagine di mercato al fine di valutare se è opportuno aggiungere uno o più servizi del settore digitale all'elenco di servizi di piattaforma di base stabiliti nel regolamento, e per individuare tipi di pratiche potenzialmente sleali o che possono limitare la contendibilità dei servizi di piattaforma di base e che non sono affrontati in maniera efficace dal regolamento (articolo 19). Tali risultanze sono presentate mediante

relazione pubblica, accompagnata eventualmente: a. da una proposta di modifica del regolamento DMA che aggiunge altri servizi del settore digitale nell'elenco dei servizi di piattaforma di base; b. da un atto delegato recante modifica dell'insieme degli obblighi sopra illustrati.

Quanto ai poteri di indagine, di esecuzione e di monitoraggio affidati dal DMA alla Commissione europea (capo V), l'articolo 19 prevede il potere della Commissione europea di chiedere informazioni, tra l'altro, mediante semplice domanda o mediante decisione a imprese o associazioni di imprese, e tramite accesso a banche dati e algoritmi di tali soggetti. La Commissione può sentire qualsiasi persona fisica o giuridica che acconsenta a essere ascoltata ai fini della raccolta di informazioni relative all'oggetto di un'indagine, anche in relazione al monitoraggio, all'attuazione e all'applicazione delle norme stabilite nel regolamento (articolo 20). Essa può altresì effettuare accertamenti in loco nei locali di un'impresa o associazione di imprese, anche con l'assistenza di auditor o esperti (articolo 21). In casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per gli utenti commerciali o gli utenti finali dei GK, la Commissione europea, in presenza di elementi che lasciano presumibilmente ritenere realizzata un'infrazione degli obblighi e divieti posti dal regolamento, può emanare misure cautelari (articolo 24).

In caso di indagine avviata per violazione sistematica degli obblighi (articolo 18 cit.), è offerta al GK la possibilità di assumersi degli impegni relativi ai pertinenti servizi di piattaforma di base tali da garantire l'osservanza degli obblighi sanciti dal regolamento; la Commissione può, mediante

<sup>10</sup> L'articolo 33 del DMA prevede che la Commissione europea possa decidere di avviare un'indagine diretta a designare come gatekeeper un fornitore di servizi di piattaforma di base anche su richiesta di tre o più Stati membri. In tal caso, La Commissione ha quattro mesi di tempo dalla citata richiesta per valutare se sussistono motivi ragionevoli per avviare tale tipo di indagine.

<sup>11</sup> Il meccanismo di indagine previsto dall'art. 18 sembra delineare un'istruttoria che non avrebbe come oggetto tanto l'accertamento delle violazioni dei doveri del GK (che a prima vista appaiono fungere da presupposto dell'avvio dell'indagine) quanto la definizione dei rimedi per sanare tali infrazioni. Cfr. Dossier n. 52 cit.

decisione adottata secondo la citata procedura consultiva rendere questi impegni vincolanti per il GK e dichiarare che il proprio intervento non è più giustificato (articolo 23).

L'articolo 25 stabilisce il regime relativo al procedimento di constatazione delle inosservanze da parte del GK. In particolare, mediante decisione secondo la citata procedura consultiva, la Commissione constata l'inosservanza: degli obblighi sanciti dagli articoli 5 o 6; delle misure specificate con decisione dalla Commissione per fare rispettare gli obblighi *ex* articolo 6; dei rimedi comportamentali e/o strutturali adottati dalla Commissione in caso di constatata inosservanza sistematica degli obblighi previsti dal regolamento; delle citate misure cautelari/o degli impegni resi giuridicamente vincolanti dalla Commissione. La Commissione ingiunge al GK gatekeeper di porre fine all'inosservanza entro un termine adeguato e di fornire chiarimenti su come intende conformarsi alla decisione. Se la Commissione constata che il GK, intenzionalmente o per negligenza, non rispetta taluni obblighi del regolamento (tra cui quelli di cui agli articoli 5 e 6) con la medesima decisione di cui trattasi può irrogare a un GK ammende il cui importo non supera il 10 % del fatturato totale di quest'ultimo nel corso del precedente esercizio finanziario; per gli obblighi ritenuti di minor importanza (che in linea di massima attengono ai doveri di collaborazione con la Commissione nell'ambito dei procedimenti istruttori citati), l'importo dell'eventuale ammenda non supera l'1 % di tale fatturato (articolo 26).

Nel determinare l'importo dell'ammenda si tiene conto della gravità, della durata, della frequenza e, per quanto attiene alle ammende irrogate in caso di mancata collaborazione in sede di indagine, del ritardo causato ai procedimenti.<sup>12</sup>

La Commissione può, mediante decisione, irrogare alle imprese, compresi ove applicabile i gatekeeper, penalità di mora il cui importo non superi il 5 % del fatturato medio giornaliero

realizzato durante l'esercizio finanziario precedente per ogni giorno di ritardo a decorrere dalla data fissata nella decisione, per far rispettare misure e ordini da essa adottati (articolo 27). Si tratta in particolare: a. dei rimedi comportamentali o strutturali in caso di inosservanza sistematica del regolamento; b. della trasmissione di informazioni esatte e complete entro il termine imposto dalla Commissione europea; c. di garantire l'accesso alle banche dati e agli algoritmi delle imprese; d. di sottoporsi ad accertamenti in loco; e. di conformarsi a misure cautelari; f. di rispettare gli impegni resi giuridicamente vincolanti mediante decisione della Commissione; g. di conformarsi a una decisione di inosservanza.

In ogni caso è ribadito il principio secondo il quale la Corte di giustizia dell'UE ha competenza giurisdizionale anche di merito per decidere sui ricorsi presentati avverso le decisioni con le quali la Commissione irroga un'ammenda o una penalità di mora. Essa può estinguere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità di mora inflitta (art. 35).

<sup>12</sup> Il regolamento prevede un regime specifico di solidarietà ove un'ammenda sia irrogata nei confronti di un'associazione di imprese. In ogni caso la Commissione non esige il pagamento dalle imprese che dimostrino che non hanno attuato la decisione dell'associazione che ha costituito un'infrazione e che o non erano al corrente della sua esistenza o si sono attivamente dissociate da essa anteriormente all'avvio delle indagini da parte della Commissione (art. 30, par. 5). Il regolamento prevede meccanismi di prescrizione in materia sia di imposizione sia di esecuzione delle sanzioni (artt. 28 e 29), e conferisce altresì al gatekeeper o all'impresa o all'associazione di imprese in questione il diritto di essere ascoltato (art. 30).

Nella relazione predisposta *ex* articolo 6, comma 4 della legge n. 234 del 2012 sul DMA,<sup>13</sup> il Governo italiano ha sottolineato come l'accentramento dei poteri decisorî in capo alla Commissione europea, qual è quello che testualmente emerge dalle norme di interesse contenute nel citato regolamento, sembra ridurre i margini di "intervento" vincolante delle Autorità nazionali, il cui ruolo meramente consultivo. Analoghe considerazioni valgono per l'accentramento del potere regolatorio in capo alla stessa Commissione, stante l'assenza di previsione di meccanismi procedurali che consentano una partecipazione effettiva dei Paesi membri al processo decisionale, soprattutto negli ambiti di maggiore discrezionalità. Perplessità, infine, del tutto legittime sorgono in merito al potere discrezionale riconosciuto dal DMA alla Commissione sia in punto di designazione dei GK nel caso in cui non soddisfino le soglie quantitative esplicitate nel regolamento, sia in punto di sospensione o esenzione da alcuni obblighi e divieti in determinate circostanze previste nel regolamento.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Legge 24 dicembre 2012, n. 234 - Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea. Art. 6 Partecipazione del Parlamento al processo di formazione degli atti dell'Unione europea. (...) 4. *Il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro per gli affari europei assicura alle Camere un'informazione qualificata e tempestiva sui progetti di atti legislativi dell'Unione europea, curandone il costante e tempestivo aggiornamento, anche in relazione agli sviluppi del processo decisionale. A tal fine, entro venti giorni dalla trasmissione di un progetto di atto legislativo ai sensi del comma 1, l'amministrazione con competenza prevalente nella materia elabora una relazione che dà conto dei seguenti elementi: a) il rispetto da parte del progetto del principio di attribuzione, con particolare riguardo alla correttezza della base giuridica, e la conformità dello stesso ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità; b) una valutazione complessiva del progetto e delle sue prospettive negoziali, con l'evidenziazione dei punti ritenuti conformi all'interesse nazionale e dei punti per i quali si ritengono necessarie od opportune modifiche; c) l'impatto del progetto, dal punto di vista sia finanziario, sia degli effetti sull'ordinamento nazionale, sulle competenze regionali e delle autonomie locali, sull'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e sulle attività dei cittadini e delle imprese.*

<sup>14</sup> Cfr. Dossier n. 52 cit.

## Il potere di mercato dei *gatekeeper* e il trattamento dei dati personali degli utenti.

GIOVANNI CREA\*, MARIA GRAZIA ROMANO\*\*

### 1. Considerazioni introduttive

Il mercato digitale ha assunto una specifica connotazione riconducibile all'attività di piattaforme che erogano servizi che presentano una serie di caratteristiche e utilità per gli utenti, finali e commerciali, e per gli stessi fornitori di tali servizi.

Questi ultimi possono sfruttare le forti economie di scala (*extreme scale economies*) in ragione delle quali i costi marginali connessi all'incremento degli utenti tendono a essere trascurabili. Tra le altre caratteristiche dei servizi di piattaforma – che, peraltro, contribuiscono alla formazione del potere di mercato – la letteratura in materia ha evidenziato gli “effetti di rete” legati alla capacità di connettere tra loro molti utenti – grazie anche alla multilateralità di tali servizi – creando una condizione di dipendenza dalla stessa piattaforma con conseguenti effetti di *lock-in*<sup>15</sup>. In tal modo, si configurano per gli utenti barriere al cambiamento ossia l'indisponibilità del passaggio ad altri fornitori (*switching*). Altri elementi che caratterizzano i predetti servizi, evidenziati dal legislatore UE nel *Digital markets act* (DMA)<sup>16</sup>, sono rappresentati dall'integrazione verticale e dai vantaggi basati sulla disponibilità e sulla potenziale elaborazione di grandi masse di dati.

Va al riguardo sottolineato che tali caratteristiche, di per sé stesse, non integrano violazioni del diritto UE o del diritto interno a uno Stato membro, salvo quando queste sono sfruttate nell'ambito di pratiche sleali poste in essere dalle imprese che forniscono i servizi di piattaforma di base<sup>17</sup>. Infatti, in questa ipotesi può essere fortemente compromessa la contendibilità dei servizi di piattaforma di base e si può verificare un impatto sull'equità dei rapporti tra gli utenti commerciali e finali e le stesse imprese che forniscono tali servizi. In effetti, si può delineare una diminuzione, nella pratica, rapida e potenzialmente anche su larga scala della possibilità di scelta per gli utenti commerciali e finali, tanto da far rientrare il fornitore dei servizi di piattaforma di base in quella che il regolamento definisce la posizione del *gatekeeper* (controllore dell'accesso).

L'esperienza dell'economia delle piattaforme evidenzia che un numero esiguo di grandi imprese che forniscono servizi di piattaforma di base sono dotate di considerevole potere di mercato e che, per questo, potrebbero soddisfare i requisiti previsti dal DMA per essere designate come *gatekeeper*. Tale esperienza lascia intravedere anche per queste fattispecie una struttura del mercato di tipo oligopolistico in cui le condizioni di concorrenza – pur non escluse dalla teoria economica (es. modello di Cournot<sup>18</sup>) – appaiono poco realistiche, configurando piuttosto un non corretto funzionamento dei mercati dovuto agli squilibri nel potere contrattuale e, conseguentemente, alle

\*Università Europea di Roma: ANDIP, Comitato scientifico.

\*\*Responsabile della protezione dei dati CIA- Agricoltori Italiani; ANDIP, Comitato scientifico

<sup>15</sup> Cfr., tra gli altri contributi, K. SADOU, *Esternalità di rete e processo decisionale del consumatore*, in *Micro & Macro Marketing*, n.3, 2002, 563-576. P. SCORRANO, *Competitività, collaborazione e valore nelle network industries*, Bari, Cacucci, 2008, 7 ss.

<sup>16</sup> Cfr Regolamento (UE) 2022/1925, *relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali)*, in *GUUE*, L 265, 12 ottobre 2022, p. 1.

<sup>17</sup> Il termine “pratiche sleali”, utilizzato dal legislatore europeo nel suo DMA si riferisce a entrambe le categorie di utenti – finali e commerciali – e non ricomprende le fattispecie proprie del diritto della concorrenza (intese, abusi di posizione dominante, concentrazioni).

<sup>18</sup> Tra gli altri contributi si veda F. Tramontana, L. Gardini, T. Puu, *Cournot duopoly when the competitors operate multiple production plants*, in *Journal of economic dynamics & control*, n. 1, 2009, 250–265.

pratiche sleali che, in tali situazioni, si concretizzano in condizioni inique per gli utenti, commerciali e finali, dei servizi di piattaforma di base, a discapito della concorrenza leale e dunque dei prezzi, della qualità, della scelta e dell'innovazione nel settore digitale.

A tal riguardo lo stesso DMA evidenzia come alcune di tali grandi imprese esercitino un controllo sull'economia digitale; e come per gli altri operatori di mercato sia estremamente difficile, a livello strutturale, sfidarle o contrastarle, al di là del livello di innovazione o efficienza conseguito da tali operatori di mercato. Sotto questo profilo, va sottolineata la ridotta contendibilità del mercato dovuta all'esistenza di barriere molto alte all'ingresso, tra cui gli elevati costi di investimento, che in caso di uscita non possono essere recuperati o possono essere recuperati con difficoltà (*sunk costs*), configurando così anche barriere all'uscita. La scarsa contendibilità è peraltro dovuta anche all'assenza o alla ridotta accessibilità ai dati che rappresentano un *input* chiave nell'economia digitale.

## 2. Il potere di mercato del *gatekeeper*

Il potere di mercato dei *gatekeeper* deriva dalla capacità di fornire punti di accesso (*gateway*) a un gran numero di utenti commerciali per raggiungere utenti finali in tutto il territorio dell'Unione e su mercati diversi.

Tale potere, pertanto, si caratterizza sia sotto il profilo dimensionale (effetti scala) e di rete sia con riguardo alla condizione di dipendenza degli utenti dalla piattaforma che si viene a determinare sia, ancora, per le barriere all'uscita che i *gatekeeper* tendono a erigere per trattenere artificialmente gli utenti (*lock in*). La presenza dei *gatekeeper*, dunque, mette in discussione la contendibilità del mercato dei servizi di piattaforma di base e l'equità nelle relazioni con gli utenti della piattaforma. Sotto questo aspetto, il DMA sottolinea come la combinazione delle predette caratteristiche del *gatekeeper* possa determinare, in molti casi, squilibri anche gravi nel potere contrattuale – a discapito degli utenti commerciali e finali dei servizi di piattaforma di base – e, conseguentemente, pratiche sleali nei confronti degli stessi, con ripercussioni a livello sociale ed economico (ricadute sui prezzi, sulla qualità, la scelta e l'innovazione nel settore digitale).

Sotto altro profilo, va osservato come, nonostante la tendenza ad adottare modelli commerciali globali, non si possa escludere che i *gatekeeper* utilizzino pratiche commerciali diverse in Stati membri diversi, con la conseguenza di creare disparità di trattamento tra gli utenti commerciali dei servizi di piattaforma di base con ripercussioni sulle condizioni di concorrenza all'interno di tale categoria di utenti.

Per questi motivi il legislatore europeo – dopo l'esperienza di alcune soluzioni normative adottate dagli Stati membri, peraltro frammentarie e divergenti – ha adottato una regolamentazione uniforme del comportamento dei *gatekeeper* (applicabile a tutti gli Stati membri) la cui finalità è contribuire al corretto funzionamento del mercato interno garantendo la contendibilità e l'equità dei mercati nel settore digitale in generale e, in particolare, per gli utenti commerciali e finali dei servizi di piattaforma di base.

## 3. Il potere di mercato del *gatekeeper* basato sul trattamento dei dati personali

La *data economy* descrive un modello di recente adozione da parte della letteratura economica che pone particolare enfasi sulla funzione che i dati svolgono nei processi produttivi e, più in generale,

nell'attività economica. In questa prospettiva, i dati assurgono al ruolo di *input* essenziale per l'ottenimento di *output* di diversa natura in relazione al settore economico di riferimento.

Il predetto modello trova ampia – se pure non esclusiva – applicazione nei mercati digitali dove le grandi piattaforme (*gatekeeper*) che forniscono servizi di base raccolgono una grande quantità di dati, anche personali, dei propri utenti per scopi di pubblicità on line. A tale modalità di raccolta (diretta) dei dati si aggiunge la fornitura ai *gatekeeper*, da parte di terzi, di dati riguardanti il rapporto commerciale con i loro utenti (ad esempio, nei casi in cui tali utenti utilizzano siti web e applicazioni *software* di terzi).

Altri vantaggi per i *gatekeeper* derivano dalla combinazione dei dati personali degli utenti finali, raccolti da un servizio di piattaforma di base, con i dati raccolti da altri servizi (ad esempio, servizi che non sono forniti contestualmente o in ausilio ai pertinenti servizi di piattaforma di base).

Con riguardo al trattamento di dati personali va sottolineato come le predette dinamiche di accumulo dei dati personali – che producono per i *gatekeeper* potenziali vantaggi di mercato – debbano essere valutate anche per i profili propri del regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), posto che una violazione di tale quadro normativo può determinare per tali piattaforme un rafforzamento 'artificiale' del potere di mercato, non riconducibile, cioè, al normale gioco concorrenziale. Sotto questo aspetto, va tenuto nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che la prestazione di un servizio da parte del *gatekeeper* sia condizionata al rilascio del consenso dell'utente al trattamento di dati personali non necessario a tale fornitura<sup>19</sup>. In tale evenienza, il DMA e le linee guida dell'EDPB sul consenso indicano la necessità di approntare un servizio equivalente che non implichi richieste di consenso<sup>20</sup> per non compromettere in modo sleale – ossia con la raccolta di dati personali contraria al GDPR – la contendibilità dei servizi di piattaforma di base.

## 4. Conclusioni

Il mercato digitale deve operare in modo equo, corretto e deve essere contendibile a livello globale e all'interno dell'Unione; a maggior ragione perché i suoi protagonisti sono pochi *gatekeeper* il cui potere di mercato si caratterizza anche per la gestione di informazioni di milioni di utenti. Il principale obiettivo del Digital Markets Act è appunto quello di definire un insieme di norme armonizzate per garantire l'indispensabile presenza delle condizioni di equità e correttezza nel mercato digitale. Dette condizioni trovano le loro basi fondanti nel principio di concorrenza leale e non distorta, già regolata nel mercato dell'Unione fin dal Trattato della Comunità europea del carbone e dell'acciaio del 1951. Alla luce dell'evoluzione tecnologica e dei corrispondenti mutamenti del mercato – compresa la nascita di nuove figure di controllo del mercato stesso – si pone una questione di contendibilità.

Il concetto di contendibilità del mercato, legato alle barriere all'entrata che le imprese di dimensioni più piccole – che non dispongono di rilevanti risorse finanziarie – devono affrontare rispetto alle imprese più grandi, deve essere applicato alla realtà dei nuovi mercati digitali e al ruolo che i *gatekeeper* vi esercitano. Al riguardo, l'obiettivo del DMA è quello di disciplinare alcune prassi poste in essere dai *gatekeeper* - che hanno portato alla formazione di un potere economico concentrato in poche mani - senza però rappresentare un freno all'innovazione - che è e rimane il fondamento dei

<sup>19</sup> Cfr. Regolamento (UE) 2016/679, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), in GUUE, L 119, 4 maggio 2016, art. 7, par. 4.

<sup>20</sup> Cfr. EDPB, Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679, 4 maggio 2020. Va notato che, rispetto al riferimento dell'EDPB a un "servizio equivalente", il DMA aggiunge un parametro di differenziazione tra i servizi che si caratterizza sotto il profilo della personalizzazione ("un'alternativa meno personalizzata ma equivalente"; considerando (36))



mercati digitali - nonché alla competitività delle aziende che svolgono la propria attività in tali mercati.

L'applicazione del DMA rappresenta senza dubbio un momento critico decisivo di transizione per le attività delle grandi piattaforme che controllano i mercati digitali. Il monitoraggio della sua applicazione è totalmente di competenza della Commissione Europea, la quale può richiedere, in fase di indagine e di ispezione, l'accesso a documenti, banche dati, algoritmi per l'identificazione dei *gatekeeper* o per accertare pratiche non conformi al DMA da parte di tali attori. Sotto questo aspetto il regolamento si distingue da altre fattispecie di regolamentazione, che operano anche o solo a livello nazionale (es., *antitrust*, tutela dei consumatori), in ragione di un mercato rilevante la cui estensione è quanto meno europea.

L'obiettivo del regolamento è quello di garantire l'equità e la contendibilità del mercato digitale e, in particolare di quello dei servizi di piattaforma di base nell'ottica di promuovere l'innovazione, l'elevata qualità dei prodotti e dei servizi digitali, prezzi equi e concorrenziali, nonché un'ampia scelta per gli utenti finali.

Con riguardo al trattamento dei dati personali, fatti salvi i principi generali del GDPR e la normativa speciale contenuta nella direttiva 2002/58/CE (come modificata dalla direttiva 2009/136/CE), il DMA individua nel consenso il parametro di legittimità per i trattamenti di dati *ulteriori* rispetto a quelli strettamente necessari alla prestazione dei servizi richiesti, essendo tali trattamenti parte integrante delle pratiche commerciali poste in essere dai *gatekeeper*. Sotto questo profilo, il quadro normativo in materia di protezione dei dati personali opera come strumento di supporto del DMA per il contrasto delle pratiche sleali, garantendo condizioni di validità del consenso.

## Il potere di mercato dei “gatekeeper”: differenze rispetto alla posizione dominante ai sensi del diritto della concorrenza

**Francesco Corallini Garampi - Avvocato**

### Introduzione: *Gatekeepers* e posizione dominante

Scopo del presente contributo è porre a confronto il concetto di “posizione dominante” ai sensi del diritto *antitrust* con il potere di mercato dei “*gatekeeper*”, come delineato dal recente Reg. (UE) 2022/1925 (c.d. *Digital Markets Act*)<sup>21</sup>.

Il confronto intende offrire delle possibili chiavi di lettura al fine auspicato di meglio comprendere il rapporto in cui, più in generale, il *Digital Markets Act* si pone (e si porrà in futuro) rispetto al diritto *antitrust*.

Si vedrà infatti come, al di là degli sforzi definitivi del Legislatore Europeo nel definire i nuovi soggetti del mercato digitale (i c.d. “*gatekeeper*”) e il loro potere, non sfugge una forte somiglianza con il concetto di posizione dominante come definito all'art. 102 T.F.U.E. e, soprattutto, dalla giurisprudenza formatasi in ambito *antitrust*.

Pertanto sarà inevitabile, sia per gli operatori economici che per le Autorità, porsi il problema, da un lato, di come applicare le due normative e, dall'altro, di evitare l'adozione di comportamenti contraddittori (o decisioni, nel caso delle Autorità Antitrust o della Commissione Europea) a seconda che scaturiscano dall'applicazione del diritto *antitrust* o dall'applicazione del *Digital Markets Act*.

Al fine di poter pervenire a delle riflessioni il più possibile consapevoli, si richiameranno dapprima il concetto di “potere di mercato” e di “posizione dominante” come formati in ambito *antitrust*; successivamente si illustreranno le caratteristiche e le peculiarità delle piattaforme digitali e in particolare dei *gatekeeper* e del loro potere di mercato, con le relative implicazioni anche in relazione alla materia dell'*antitrust*: questo perché, non deve dimenticarsi che, alla luce del nuovo Regolamento, le piattaforme digitali dotate dello *status* di *gatekeeper* saranno soggetto sia alla normativa del Regolamento stesso sia, come tutte le altre imprese, alla disciplina *antitrust* di cui agli artt. 101 e 102 T.F.U.E..

### 1. La definizione di “posizione dominante” e il suo accertamento

Nell'ambito della disciplina eurounitaria, l'art. 102 T.F.U.E.<sup>22</sup> vieta espressamente lo sfruttamento abusivo, da parte di una o più imprese, della propria posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di esso.

Analogo divieto è stato recepito dal Legislatore Nazionale all'art. 3 l. 287/90<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32022R1925&from=EN#d1e1475-1-1>.

<sup>22</sup> Art. 102 T.F.U.E.: “È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo.

Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

- a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque;
- b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;
- c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;
- d) nel subordinare la 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”.

<sup>23</sup> Art. 3 l. 287/90 - Abuso di posizione dominante - “È vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato:

- a) imporre direttamente od indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose;
- b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori;

Da una prima lettura delle due norme, emerge con chiarezza che ad essere vietata dalla normativa *antitrust* non è la posizione dominante *per se* ma il suo abuso, in quanto ritenuto potenzialmente idoneo a compromettere un'effettiva concorrenza sul mercato comune.

A prima vista, l'ammissibilità di una posizione dominante di un'impresa sul mercato sembrerebbe contraddire i principi del diritto della concorrenza, tra i quali risiede quello, appunto, di impedire un eccessivo aumento del potere di mercato in capo a poche imprese<sup>24</sup>.

Tuttavia, com'è stato osservato da autorevole dottrina<sup>25</sup>, quello che la normativa *antitrust* intende controllare, prevenire e, ove del caso, reprimere non è il fenomeno in sé della crescita di un'impresa (o di un gruppo) ma l'acquisizione di un potere eccessivo ottenuto attraverso una crescita, tanto più se esclusivamente esterna (qual è l'oggetto della disciplina delle concentrazioni) o comunque l'abuso di un potere di mercato tale da ridurre il gioco concorrenziale nel mercato di riferimento (e questo è appunto l'oggetto della disciplina sull'abuso di posizione dominante).

Pertanto, condotte normalmente considerate lecite in ambito concorrenziale<sup>26</sup> possono divenire illecite se poste in essere da un'impresa in posizione dominante.

Ecco quindi l'importanza di definire i confini del concetto di "posizione dominante": questa qualifica, infatti, può costituire il *discrimen* tra la liceità e l'illiceità (sotto un profilo *antitrust*) della condotta commerciale di un'impresa.

Salvo alcune normative di settore<sup>27</sup>, tuttavia, non esiste una definizione positiva di "posizione dominante" né un criterio obiettivo in merito ai parametri da utilizzare: il compito di tratteggiare i confini di questa sfuggente categoria è stato infatti dapprima demandato alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>28</sup> e alla prassi delle Autorità *Antitrust* degli Stati Membri<sup>29</sup>, fino poi a ricevere attenzione anche dalla Commissione Europea.

Quest'ultima, soprattutto a partire dalla Comunicazione 2009/C - 45/02 del 9.2.09<sup>30</sup> sugli abusi escludenti, al fine di meglio definire il concetto di "posizione dominante", ha utilizzato un metodo maggiormente legato a criteri quantitativi, volti a individuare la quota di mercato a partire dalla quale un'impresa possa dirsi "dominante" in quel mercato.

La Commissione ha infatti ritenuto che possa ravvisarsi una posizione dominante alla presenza congiunta di tre requisiti:

- a) quando l'impresa è in grado di influenzare i parametri concorrenziali a proprio vantaggio;
- b) quando tale influenza si ripercuote negativamente sui consumatori;
- c) quando l'impresa non subisce un'efficace pressione concorrenziale.

c) *applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;*

d) *subordinare 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*".

<sup>24</sup> A tale scopo sono preordinati il divieto di intese restrittive (art. 101 T.F.U.E. e, in ambito nazionale art. 2 l. 287/90) e la normativa sulle concentrazioni di imprese (Reg. UE 139/04 e, in ambito nazionale, art. 5 ss. l. 287/90).

<sup>25</sup> GHEZZI F. - OLIVIERI G., *Diritto Antitrust*, II<sup>a</sup> edizione, Ed. Giappichelli, Torino, 2019 p. 182.

<sup>26</sup> Si pensi a condizioni contrattuali asimmetriche nei rapporti *b2b* o a politiche commerciali aggressive.

<sup>27</sup> Cfr. GHEZZI F. - OLIVIERI G., *op. cit.*, cita l'esempio dell'art. 15 l. 112/04 in materia di accertamento di posizioni dominanti nel sistema integrato delle comunicazioni.

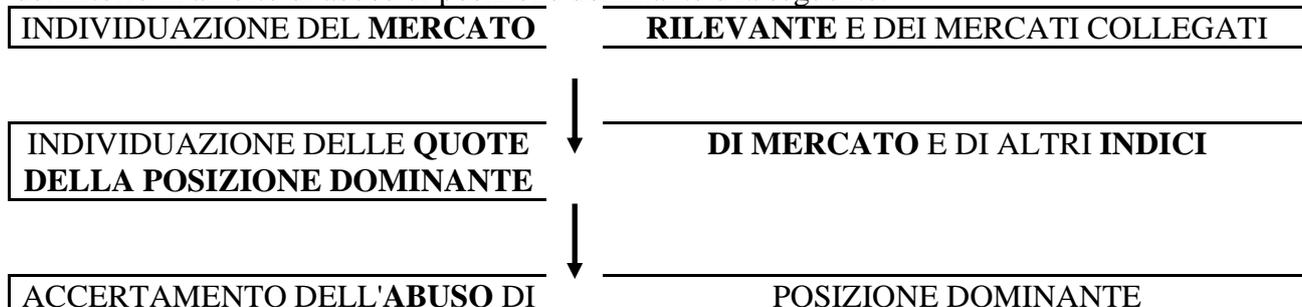
<sup>28</sup> Meritano di essere menzionate, data la loro rilevanza storica, la sent. CG UE C-27/76, *United Brands* e la sentenza CG UE C-85/76, *Hoffmann - La Roche*. Queste risalenti pronunce definivano la "posizione dominante" come una "posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la presenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti e, in ultima analisi, dei consumatori". Tale impostazione è stata seguita anche, in ambito nazionale, da TAR Lazio Sez. I, 31.5.18, sent. 6080, A484-*Unilever / Distribuzione Gelati*.

<sup>29</sup> Cfr., in ambito nazionale, AGCM provv. n. 27494, *A511 Enel - Condotte Anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica* in *Boll.* n. 2/2019.

<sup>30</sup> Comunicazione della Commissione 2009/C 45/02, "Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti", link: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=NL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=NL).

Si comprende ora meglio come, se il presupposto dell'accertamento dell'abuso di posizione dominante è l'accertamento della posizione dominante, il *prius* logico-fattuale di tale secondo accertamento sia, a sua volta, l'individuazione del mercato rilevante entro cui opera l'impresa soggetta a indagine.

Con estrema semplificazione, può dirsi che la sequenza del processo metodologico e definitorio in ambito di abuso di posizione dominante è la seguente:



Infatti, tanto più ristretto sarà il mercato rilevante individuato dalle Autorità *Antitrust*, tanto più probabile sarà il riscontro di una posizione dominante (ed eventualmente del suo abuso)<sup>31</sup>.

### 1.1. [Il mercato rilevante e il mercato collegato](#)

Il mercato rilevante può essere definito come quel perimetro economico entro il quale le imprese si pongono in rapporto di concorrenza<sup>32</sup>.

In altri termini, individuare il mercato rilevante coincide con l'identificare le imprese concorrenti a quella oggetto di esame.

L'accertamento del mercato rilevante in materia di abusi di posizione dominante viene fatto caso per caso ed *ex post*: trattandosi di accertamento di fatto, esso, ove adeguatamente motivato, non è censurabile nel merito da parte del giudice se non per illogicità estrinseca<sup>33</sup>.

Il mercato rilevante viene tradizionalmente concepito ed esaminato sotto due profili, quello merceologico (c.d. "mercato rilevante del prodotto") e quello geografico.

Il "mercato del prodotto" comprende tutti i prodotti considerati intercambiabili dai consumatori in base a caratteristiche, prezzi e utilizzo. Rileva pertanto il concetto di sostituibilità concreta<sup>34</sup> del bene / servizio dal lato della domanda.

Secondo attenta dottrina, oltre al criterio della sostituibilità dal lato della domanda, occorrerebbe aver riguardo anche alla capacità produttiva di un'impresa che, seppur attualmente utilizzata per altri beni/servizi, verrebbe agevolmente convertita<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Come ricorda la dottrina sopra citata, l'allargamento del mercato di riferimento è uno dei principali strategie difensive delle imprese sottoposte a indagine, a cui si contrappone una tendenza, da parte delle Autorità e di alcuna giurisprudenza, all'eccessiva frammentazione dei mercati rilevanti (cfr., ad esempio, CG UE 22/78 - *Hugin*).

<sup>32</sup> Per una definizione giurisprudenziale cfr. Cons. di Stato sent. n. 3032 del 13.6.14, *Gare ASL Campane*, dove per "mercato rilevante" si intende "quella zona geograficamente circoscritta dove, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili, le imprese che forniscono quel prodotto si pongono fra loro in rapporto di concorrenza".

<sup>33</sup> Così, ad esempio, sent. Cons. di Stato n. 4211 del 10.7.18. *Forniture Trenitalia*.

<sup>34</sup> Sul concetto di accertamento dell'effettiva sostituibilità del bene, si ricordi il noto caso del farmaco "Avastin", (CG UE - Grande Sezione, C-197/16, *F. Hoffman - La Roche Ltd. c. Autorità garante della concorrenza e del mercato*, ECLI:EU:C:2018:25), dove si può leggere "ai fini dell'applicazione di tale articolo (art. 101 T.F.U.E., n.d.r.), un'autorità nazionale garante della concorrenza può includere nel mercato rilevante, oltre ai medicinali utilizzati per il trattamento delle patologie di cui trattasi, un altro medicinale la cui autorizzazione all'immissione in commercio non copra detto trattamento, ma che è utilizzato a tal fine e presenta quindi un rapporto concreto di sostituibilità con i primi". Link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CJ0179&from=en>.

<sup>35</sup> Cfr. GHEZZI F. - OLIVIERI G., *op. cit.*

Questa analisi, successiva ma connessa all'individuazione del mercato rilevante del prodotto, attiene all'individuazione di barriere all'ingresso che un'impresa potrebbe incontrare nel momento in cui intende porsi in concorrenza in un mercato rilevante dove non era presente.

Parallelamente, nell'indagine del mercato rilevante, si deve aver riguardo all'aspetto geografico, vale a dire quell'area in cui le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e paragonabili.

I criteri di accertamento del mercato rilevante sopra descritti non sono sempre in grado di individuare in che misura e in che momento un bene o un servizio sia sostituibile a un altro.

Per tale ragione vengono in soccorso dei metodi empirici, primo tra tutti il metodo del c.d. "monopolista ipotetico", o *price test* o ancora *SSNIP test* (*Small but significant and non transitory increase in price*)<sup>36</sup>, il quale fa coincidere il mercato rilevante con l'insieme di quei prodotti riferibili a un'area geografica che potrebbero essere offerti da un ipotetico monopolista capace di alzare il prezzo per un periodo significativamente non transitorio, almeno del 5-10% sopra il livello corrente<sup>37</sup>.

La stessa Commissione Europea ha recepito tale metodo già nel 2009 quando affermava che "un'impresa in grado di aumentare i prezzi al di sopra del livello concorrenziale in maniera redditizia per un periodo di tempo significativo non si trovi a far fronte a pressioni concorrenziali sufficientemente efficaci e possa pertanto, in linea generale, essere considerata un'impresa dominante"<sup>38</sup>.

## 1.2. Indicatori ed effetti della posizione dominante

Una volta individuato il mercato rilevante, sarà possibile ricercare la sussistenza della posizione dominante, che può essere desunta da indicatori come quelli di seguito richiamati:

- a) *Quote di mercato* - Uno degli indicatori della posizione dominante non potrebbe che essere di natura quantitativa: esso è costituito, infatti, dalla quota di mercato, di norma calcolata sulla base del fatturato realizzato sul mercato rilevante. Sul punto l'orientamento più risalente della Commissione Europea riteneva che, salvo eccezioni, una quota di mercato estremamente elevata costituisca di per sé prova sufficiente di una posizione dominante<sup>39</sup>. Con il tempo, tuttavia, la Commissione ha integrato tale impostazione specificando che, per giungere a una conclusione definitiva, occorre analizzare tutti i fattori: la quota di mercato ha quindi nel tempo perso la sua centralità come indicatore della posizione dominante<sup>40</sup>.
- b) *Stabilità della quota di mercato* - Sarà utile aver riguardo, ad esempio, anche alla stabilità della quota di mercato nel tempo. La prassi considera il quinquennio un arco temporale di norma sufficiente a rivelare il carattere della "dominanza".
- c) *Pressione concorrenziale* - Altro indice rilevatore della posizione dominante è l'espansione di potenziali concorrenti nel mercato di riferimento. Tanto più elevata sarà la pressione concorrenziale delle imprese nel mercato rilevante, tanto meno un'impresa sarà portata ad aumentare i prezzi. Secondo la Commissione Europea, per escludere la presenza di una posizione dominante occorre verificare che l'ingresso di potenziali concorrenti sia tempestivo (sufficientemente rapido da scoraggiare o impedire l'esercizio di un potere di mercato considerevole) e sufficiente (di entità tale da poter scoraggiare qualsiasi tentativo di aumentare i

<sup>36</sup> Per un approfondimento sul tema, cfr. AMELIO A. - DONATH D., *Market definition in recent EC merger investigations: The role of empirical analysis*, in *Concurrences - Revue des droits de la concurrence*, 3- 2009, link: [https://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/merger\\_investigations.pdf](https://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/merger_investigations.pdf).

<sup>37</sup> Cfr. GHEZZI F. - OLIVIERI G., *op. cit.*, pp. 69-70.

<sup>38</sup> Cfr., Comunicazione della Commissione 2009/C 45/02, cit..

<sup>39</sup> Cfr., *ex multis*, CG UE Causa 85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, Racc. 1979, pag. 461, punti 39-41; CG UE causa C-62/86, *AKZO/Commissione*, Racc. 1991, pag. I-3359, punto 60; causa T-30/89, *Hilti/Commissione*, Racc. 1991, pag. II-1439, punti 90, 91 e 92; causa T-340/03, *France Télécom/Commissione*, Racc. 2007, pag. II-107, punto 100.

<sup>40</sup> Cfr. Comunicazione, *cit.* punto 15.

prezzi da parte dell'impresa che si presume dominante sul mercato rilevante)<sup>41</sup>. Alla luce di tale principio, in presenza di un numero elevato di operatori e di una frammentazione delle quote di mercato, in ambito nazionale è stata ravvisata ad esempio la posizione dominante in presenza di una quota di mercato del “solo” 37%<sup>42</sup>.

- d) *L'esistenza di barriere all'ingresso, economie di scala e fenomeni affini* - La posizione dominante può essere poi rivelata da fenomeni tra loro eterogenei, in ogni caso idonei a precludere ai concorrenti l'accesso al mercato rilevante: degli esempi possono essere le barriere all'ingresso (siano esse natura giuridico-amministrativa<sup>43</sup> o economica<sup>44</sup>), la necessità di effettuare grandi investimenti iniziali, la presenza di economie di scala, l'accesso privilegiato a fattori di produzione o risorse naturali essenziali (c.d. “*essential facilities*”), le difficoltà per i consumatori di cambiare fornitore di bene o servizio (c.d. “*vendor lock - in effect*”) o i costi necessari a tale passaggio (c.d. “*switching costs*”). Come si dirà più avanti, questa categoria di indicatori assume particolare rilevanza e specificità nei nuovi mercati digitali, in particolare nelle piattaforme digitali, dove la categoria posizione dominante (come si vedrà più avanti) è arricchita da ulteriori caratteri: si pensi alle c.d. “*esternalità di rete*” (c.d. “*data driven network effects*” ovvero la correlazione tra la massa di utenti e di dati acquisita dalla piattaforma e la qualità dei servizi resi<sup>45</sup>) e (soprattutto) la centralità dell'utilizzo dei dati (personali e non).

### 1.3. Le condotte integranti l'abuso di posizione dominante: cenni

Non è questa la sede per un'approfondita analisi della casistica degli abusi di posizione dominante, pertanto ci si limiterà a dare qualche cenno ai principali esempi di condotte rilevanti ai sensi dell'art. 102 T.F.U.E. e, in ambito nazionale, dell'art. 3 l. 287/90.

Com'è noto, le norme citate contemplano quattro categorie di abusi:

- a) *Imposizione di prezzi e condizioni inique* - Ci si riferisce all'applicazione, da parte dell'impresa in posizione dominante, di prezzi a un livello marcatamente superiore a quello che si avrebbe in ambito concorrenziale<sup>46</sup>, o comunque di condizioni contrattuali tali da determinare un significativo e ingiustificato aggravio in capo agli utenti<sup>47</sup>. A tale categoria viene anche ascritta la pratica della vendita sottocosto, finalizzata a escludere concorrenti dal mercato (c.d. “*predatory pricing*”)<sup>48</sup> e della compressione dei margini (c.d. “*margin squeeze*”)<sup>49</sup>.
- b) *Pratiche escludenti* - Sono tali quelle che consistono nell'ostacolare gli accessi al mercato da parte di altri concorrenti, a danno dei consumatori. Su questa tipologia di abusi si è soffermata, come detto, la Commissione Europea nella Comunicazione del 2009: è il caso degli “*accordi di esclusiva*”<sup>50</sup> del c.d. “*rifiuto ingiustificato a contrarre*”<sup>51</sup>, fenomeno ancora più grave qualora l'impresa dominante abbia accesso privilegiato a infrastrutture indispensabili per competere nei mercati a valle (c.d. “*essential facility doctrine*”)<sup>52</sup>.

41 Cfr. Comunicazione, *cit.*, punto 16.

42 Cfr. AGCM, n. 12634, *Enel Clienti idonei*, in *Boll.*, n. 48/03.

43 Cfr. AGCM n. 10650, *Diano / Tourist Ferry Boat - Caronte Shipping*, in *Boll.*, n. 16/02.

44 Cfr. AGCM n. 23770, *Arenaways*, in *Boll.* n. 30/12; AGCM n. 21297, *Mercato del cartongesso*, in *Boll.* 26/10; AGCM n. 23194, *Ratiopharm/Pfizer*, in *Boll.* 2/12.

45 MUSCOLO G., *Big data e concorrenza. Quale rapporto?*, in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, a cura di FALCE V., GHIDINI G., OLIVIERI G., *Quaderni Romani di Diritto Commerciale*, n. 36, 2018, pag. 175.

46 Cfr., ad es., CG UE C-177/16, *AKKA/LAA*; CG UE, 395/87, *Tournier*; AGCM, n. 1017, *IBAR/Aeroporti di Roma*, in *Boll.* n. 6/93; AGCM n. 5446, *Cerved/Infocamere*, in *Boll.* n. 45/97.

47 AGCM n. 17481, *Enel distribuzione/attivazione fornitura subordinata a pagamenti morosità pregresse*, in *Boll.* n. 39/07; AGCM n. 17713, *Morosità pregresse Telecom*, in *Boll.* n. 47/07.

48 Cfr. CG UE 62/86, *AKZO Chemie BV*; Trib. UE, sent. 9.4.19, T-371/17, *Qualcomm*.

49 CG UE C-280/08 P., *Deutsche Telekom*; CG UE C-52/09, *Telia/Sonera*; AGCM 9472, *Infostrada/ADSL*, in *Boll.* 16-17/01.

50 Cfr. Comunicazione *cit.*, punti 32 ss..

51 Cons. di Stato 2479/15, *A428-Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*.

52 Cfr. Comm. 21.12.93, *Sea Containers/Stena Link*, in *GUCE* 1994, L15/8; AGCM 12047, *Aviapartner/Società Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna*, in *Boll.* 22/03.

- c) *Pratiche discriminanti* - Consistono nell'applicazione, da parte dell'impresa in posizione dominante, di condizioni differenti per prestazioni equivalenti, imposte per ottenere un indebito vantaggio concorrenziale<sup>53</sup>.
- d) *Pratiche leganti* - Consistono nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione di prestazioni supplementari estranee alle prestazioni principali<sup>54</sup> o, nell'adottare politiche commerciali tali da rendere conveniente l'acquisto di più prodotti insieme (ad es. un intero pacchetto di servizi) rispetto all'acquisto del prodotto singolo su cui l'impresa è in posizione dominante (c.d. "*bundling*"). Sono pratiche leganti anche i c.d. "sconti fidelizzanti", vale a dire quelle politiche di scontistica progressiva legata al grado di fedeltà del cliente<sup>55</sup>.

Rinviando alla giurisprudenza e alla migliore dottrina richiamata per maggiori approfondimenti, preme ancora ricordare che, di solito, le pratiche sopra ricordate assumono una natura illecita qualora l'impresa che le pone in essere si trovi in posizione dominante.

## 2. Mercato rilevante e potere di mercato nelle piattaforme digitali

Come si è visto nell'introduzione, scopo del presente lavoro è porre a confronto la posizione dominante ai sensi del diritto *antitrust* con il potere di mercato delle piattaforme digitali, e in particolare con il potere di mercato dei *gatekeeper*.

Il diritto *antitrust*, come noto, è posto a tutela della concorrenza nei mercati e a difesa da comportamenti restrittivi della concorrenza da parte delle imprese.

La funzione dichiarata del citato Regolamento, in maniera forse non così dissimile<sup>56</sup>, è quella di "*contribuire al corretto funzionamento del mercato interno stabilendo norme armonizzate volte a garantire, per tutte le imprese, che i mercati nel settore digitale nei quali sono presenti gatekeeper (controllori dell'accesso) siano equi e contendibili in tutta l'Unione, a vantaggio degli utenti commerciali e degli utenti finali*"<sup>57</sup>.

Tutto porta finora a ritenere che entrambi i settori tendano a obiettivi affini e complementari.

Saltano all'occhio naturalmente alcune distinzioni tra le due materie, che questo lavoro si propone umilmente di porre in evidenza.

Dopo aver rapidamente ricordato i concetti di "mercato rilevante", "potere di mercato" e di "posizione dominante" in ambito *antitrust*, si tenterà ora di delineare i tratti salienti dei principali istituti disciplinati, appunto, dal recente *Digital Markets Act* che, si ricorda, è entrato in vigore il 1 novembre 2022 e diverrà operativo il 2 maggio 2023.

Nel fare questo, si darà anche atto delle peculiarità del mercato digitale ai fini del diritto *antitrust*, le stesse peculiarità che hanno portato il Legislatore Europeo a delineare, per il decennio

<sup>53</sup> Cfr., CG UE C-525/16, *MEO - Serviços de Comunicações e Multimédia*; AGCM n. 2950, *Unire*, in Boll. n. 15-16/95; AGCM n. 1795, *TAV*, in Boll. 8/94.

<sup>54</sup> Cfr. Corte d'App. Stati Uniti, 23.6.98, *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F. 3d 935, ma anche, in ambito comunitario, Trib. UE, T-201/04, *Microsoft Corp.*

<sup>55</sup> Cfr. Trib. UE, T-203/01, *Michelin II*; T.A.R. Lazio, Sez. 1, 6080 del 31.5.18, *A484 - Unilever/Distribuzione Gelati*.

<sup>56</sup> L'affinità tra gli obiettivi degli artt. 101 e 102 T.F.U.E. e il D.M.A. si evince anche da alcuni dei Considerando posti ad apertura del Regolamento, quali ad esempio il n. 7: "*Pertanto, la finalità del presente regolamento è contribuire al corretto funzionamento del mercato interno stabilendo norme volte a garantire la contendibilità e l'equità per i mercati nel settore digitale in generale e per gli utenti commerciali e gli utenti finali dei servizi di piattaforma di base forniti dai gatekeeper in particolare. È opportuno garantire in tutta l'Unione tutele normative adeguate agli utenti commerciali e agli utenti finali di servizi di piattaforma di base forniti dai gatekeeper per contrastare le pratiche sleali di questi ultimi, al fine di agevolare le attività economiche transfrontaliere all'interno dell'Unione e migliorare in tal modo il corretto funzionamento del mercato interno ed eliminare la frammentazione esistente o che potrebbe emergere nei settori specifici contemplati dal presente regolamento. Inoltre i gatekeeper, pur avendo tendenza ad adottare modelli commerciali e strutture algoritmiche globali o, quanto meno, paneuropei, possono adottare, e hanno in qualche caso adottato, condizioni e pratiche commerciali diverse in Stati membri diversi, il che può creare disparità tra le condizioni di concorrenza per gli utenti dei servizi di piattaforma di base forniti dai gatekeeper, a discapito dell'integrazione del mercato interno*".

<sup>57</sup> Art. 1(1) D.M.A..

2020-2030, una vera e propria *Digital Strategy*<sup>58</sup>, ovvero un intero percorso di integrazione, revisione e regolamentazione normativa del fenomeno digitale in senso lato.

### 2.1. Il mercato rilevante delle piattaforme digitali

Come si è visto in precedenza<sup>59</sup>, in ambito *antitrust* l'analisi del concetto di posizione dominante implica e presuppone l'individuazione di un mercato di riferimento (c.d. "mercato rilevante").

Seguendo lo stesso ordine utilizzato nel capitolo precedente, ci si soffermerà ora dapprima su come il concetto di "mercato rilevante" si declina in relazione alle piattaforme digitali e poi su cosa può intendersi per "potere di mercato" in relazione a queste ultime.

Sulle particolarità del mercato rilevante e del potere di mercato in ambito digitale<sup>60</sup> si è creato, in questi ultimi anni, un ampio dibattito.

La dottrina sembra tuttavia concorde su un aspetto essenziale e caratteristico delle piattaforme digitali: il loro potere di mercato è inscindibilmente connesso alle enormi moli di dati (personali e non) che esse detengono, raccolgono e gestiscono.

Le piattaforme, com'è stato lucidamente osservato<sup>61</sup>, sono infatti l'ambiente di sviluppo privilegiato dei "Big data", vale a dire quelle enormi raccolte di dati caratterizzate dall'elevato valore, dall'elevata velocità di trattamento e dalla varietà che permettono, appunto, di creare valore nel mercato anche attraverso la loro vendita o il loro scambio (c.d. *data monetization*).

Se da un lato è vero che l'utilizzo dei dati può avere effetti pro-concorrenziali (potendo i dati essere conferiti dall'interessato a più aziende contemporaneamente)<sup>62</sup>, dall'altro mai come nell'ambito delle piattaforme digitali evidenti sono gli effetti delle economie scala e gli effetti di rete: il dato è molto spesso il prodotto scambiato (o, a seconda dei casi, la "moneta" di scambio) e tanto maggiore sarà la quantità di questi scambi tanto maggiore sarà il valore della piattaforma dove questi scambi avvengono.

Pertanto, prima che un'impresa nascente possa replicare le economie di scala (e anche, perché no, i benefici degli utenti) di una piattaforma già affermata, occorreranno investimenti e tempistiche tali da scoraggiare facilmente qualsiasi sfida concorrenziale.

Conseguentemente, nell'individuazione del mercato rilevante delle piattaforme, non si dovrà aver riguardo tanto alle quote di mercato inteso come mercato del prodotto o geografico, quanto piuttosto, sempre seguendo un approccio caso per caso<sup>63</sup>, alle quote di controllo sui dati che ogni piattaforma detiene.

Secondo alcuni Autori, una definizione generale di "mercato" in ambito digitale sarebbe poco utile<sup>64</sup>; occorrerebbe piuttosto aver riguardo all'analisi delle condotte poste in essere dalle

58 Cfr., sul tema, [https://commission.europa.eu/publications/european-commission-digital-strategy\\_en](https://commission.europa.eu/publications/european-commission-digital-strategy_en).

59 Cfr., *supra*, par. 1.1.

60 Cfr. ECN, *Joint Paper of the heads of the national competition authorities of the European Union - How national competition agencies can strengthen the D.M.A.*, 2021, [https://ec.europa.eu/competition/ecn/D.M.A.\\_joint\\_EU\\_NCAs\\_paper\\_21.06.2021.pdf](https://ec.europa.eu/competition/ecn/D.M.A._joint_EU_NCAs_paper_21.06.2021.pdf).

61 ROSSI M.A., *Il ruolo delle piattaforme nell'economia dei Big Data*, in FALCE V., GHIDINI G., OLIVIERI G. (a cura di), *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, in *Quaderni romani di diritto commerciale*, Ed. Giuffrè, Milano, 2018.

62 Sulla natura "non rivale" dei dati, cfr. GAMBARO M., *Big Data, Mercato e Mercati Rilevanti*, in FALCE V., GHIDINI G., OLIVIERI G. (a cura di), *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, in *Quaderni romani di diritto commerciale*, Ed. Giuffrè, Milano, 2018.

63 GAMBARO M., *Big Data, Mercato e Mercati Rilevanti*, in FALCE V., GHIDINI G., OLIVIERI G. (a cura di), *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, in *Quaderni romani di diritto commerciale*, Ed. Giuffrè, Milano, 2018, p. 202.

64 Cfr. *Competition Policy for the Digital Era*, A report by Jacques Crémer Yves-Alexandre de Montjoye Heike Schweitzer, <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>, pag. 3: "In the digital world, market boundaries might not be as clear as in the "old economy". They may change very quickly. Furthermore, in the case of multi-sided platforms, the interdependence of the "sides" becomes a crucial part of the analysis whereas the traditional role of market definition has been to isolate problems. Therefore, we argue that, in digital markets, we should put less emphasis on analysis of market definition, and more emphasis on theories of harm and identification of anti-competitive strategies. At the same time, even if in some consumer-facing markets – according to their own account – firms compete to draw consumers into more or less comprehensive ecosystems, markets

piattaforme (*lock-in effects, switching costs, network effects, ecc...*) e, come detto, a un'analisi caso per caso del potere di mercato<sup>65</sup>.

La Commissione Europea, suffragata da altra parte della dottrina<sup>66</sup>, ha scelto un approccio più sistematico, ritenendo comunque corretto individuare il potere di mercato nelle piattaforme digitali<sup>67</sup>.

La dottrina ha inoltre ricordato che le piattaforme si possono distinguere, quantomeno, in due tipologie: *attention platforms*, dove i consumatori pagano i servizi con le loro interazioni e i loro dati personali, come avviene nei *Social Networks*, e *matching platforms*, ove entrambi i gruppi che interagiscono nella piattaforma conferiscono i propri dati durante le transazioni, ad es. nei *Marketplace*<sup>68</sup>.

In entrambi i casi, a interagire sono almeno due categorie di soggetti, per questo si parla di “*two-sided markets*” ovvero di mercati a due (o più) versanti.

Tuttavia, l'analisi del mercato rilevante si atteggia in maniera diversa a seconda che si esamini una o l'altra tipologia di piattaforma.

Secondo una prima ricostruzione, il mercato rilevante nelle *attention platform* sarebbe di difficile individuazione a causa dell'assenza di transazioni economiche<sup>69</sup>.

È stato tuttavia replicato che anche in queste piattaforme, a ben vedere, ha luogo uno scambio, in quanto il consumatore riceve il servizio gratuito di utilizzo della piattaforma a fronte della cessione (più o meno consapevole) alla stessa dei propri dati personali<sup>70</sup>.

Si avranno pertanto due versanti della piattaforma, quello degli utenti e quello della piattaforma stessa.

Secondo la letteratura economica, nelle *attention platform* l'accertamento del mercato rilevante dovrà svolgersi per ciascuno di questi due versanti, e ciò in ragione del diverso grado di sostituibilità dell'offerta.

Viene infatti osservato che la piattaforma digitale (che, per inciso, il più delle volte rientra a pieno titolo nella categoria di *gatekeeper* ai sensi del *Digital Markets Act*) spesso esercita il potere di mercato su un versante diverso da quello dove avviene l'offerta gratuita di servizi, e inoltre può incidere su elementi diversi dal prezzo.

*for specific products or services will persist from a consumer's perspective, and should continue to be analysed separately, alongside competition on (possible) markets for digital ecosystems. Where the firms' lock-in strategies are successful, and consumers find it difficult to leave a digital ecosystem, ecosystem-specific aftermarkets may need to be defined”.*

65 Cfr., *Competition Policy for the Digital Era*, *ibidem*, pag. 4: “*The assessment of market power has to be case-specific, and it must take into account insights drawn from behavioural economics about the strength of consumers' biases towards default options and short-term gratification. The assessment should also factor in all the ways in which incumbents are protected (and can protect themselves) from competition. We stress two aspects in particular. First, even in an apparently fragmented marketplace, there can be market power. This kind of market power is linked to the concept of “unavoidable trading partner” and has sometimes been called “intermediation power” in the area of platforms. Second, if data that is not available to market entrants provides a strong competitive advantage, its possession may lead to market dominance. Therefore, any discussion of market power should analyse, case by case, the access to data available to the presumed dominant firm but not to competitors, and the sustainability of any such differential access to data*”. Cfr. anche GAMBARO M., *Big Data, Mercato e Mercati Rilevanti*, in FALCE V., GHIDINI G., OLIVIERI G. (a cura di), *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, in *Quaderni romani di diritto commerciale*, Ed. Giuffrè, Milano, 2018, p. 202.

66 Cfr., International Competition Network, *Report on the results of the ICN survey on dominance/Substantial market power in digital markets*, 2020, <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/07/UCWG-Report-on-dominance-in-digital-markets.pdf>.

67 Cfr. Commission Staff Working Document, *Evaluation of the Commission Notice on the Definition of Relevant Market*, SWD (2021), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021SC0199&from=EN>.

68 Cfr., per tale distinzione, MUSCOLO G., *Big data e concorrenza: quale rapporto*, e GAMBARO M., *Big data, mercato e mercati rilevanti*, entrambi in FALCE V., GHIDINI G., OLIVIERI G. (a cura di), *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, in *Quaderni romani di diritto commerciale*, Ed. Giuffrè, Milano, 2018.

69 WRIGHT J., *One-Sided Logic in Two-Sided Markets*, *Review of Network Economics*, Vol. 3, no. 1, pp. 44-64, 2004, citato in MUSCOLO G., *cit.*

70 MUSCOLO G., *cit.*, p. 176.

Per quanto riguarda il metodo, l'assenza di meccanismi di prezzo sembra rendere poco applicabile lo SSNIP test, lasciando spazio eventualmente al SSNDQ test, seppur debitamente rivisto<sup>71</sup>.

Per quanto concerne invece le *matching platform*, la dottrina prevalente tende a riconoscerci un unico mercato rilevante, dal momento che queste piattaforme sono spesso configurate come dei "mercati virtuali" esse stesse; sarebbe dunque possibile applicare, ad esempio, lo SSNIP test nella sua forma ordinaria<sup>72</sup>.

In sintesi, per l'individuazione del mercato rilevante delle piattaforme digitali e quindi nei *gatekeeper*, sembra pacifico, ad oggi, il ricorso ai tradizionali strumenti economici utilizzati dall'*antitrust*, seppur con i dovuti aggiustamenti indicati dalla Commissione e dalla letteratura scientifica.

## 2.2. Il potere di mercato nelle piattaforme digitali

### 2.2.1. Gli indicatori del potere di mercato delle piattaforme

Un importante contributo all'analisi del potere di mercato delle piattaforme è pervenuto dall'International Competition Network grazie al sondaggio effettuato nel luglio 2020<sup>73</sup> presso ben 39 Autorità *antitrust* a livello mondiale, ivi compresa l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Per inciso, a seconda delle terminologie utilizzate nei differenti Paesi, le espressioni "posizione dominante" e "sostanziale potere di mercato" tendono a indicare fenomeni analoghi<sup>74</sup>.

Ciò premesso, le Autorità Antitrust sono per lo più concordi nel ritenere che il potere di mercato delle piattaforme digitali si manifesti attraverso i seguenti fenomeni

- a) *effetti di rete*: la letteratura economica parla nello specifico di "*data driven network effects*"<sup>75</sup>, in base ai quali all'aumentare della quantità di dati raccolti dalla piattaforma si ha un incremento della qualità dei servizi, la quale farà a sua volta aumentare gli utenti, il che porterà nuovamente maggiori quantità di dati, e così via.
- b) *economie di scala estreme*;
- c) *capacità di immissione dei dati e di data mining*: la capacità di raccolta, di accesso ai dati, in base al loro volume, alla varietà e al valore, è pacificamente ritenuta una barriera all'ingresso nel mercato e, pertanto, un indicatore del potere di mercato della piattaforma<sup>76</sup>. L'accesso ai dati costituirà tanto più una barriera all'ingresso quanto più tali dati saranno essenziali e non raggiungibili da imprese concorrenti (c.d. "rivalità dei dati"). In assenza di tali limiti, l'utilizzo dei dati di per sé non è visto come una barriera all'ingresso. Un altro vantaggio derivante dal possesso dei dati, notano le Autorità Antitrust, consiste nella capacità di aumentare a sua volta gli effetti di rete: si pensi a una piattaforma con un ampio numero di utenti (e di relativi dati)

<sup>71</sup> MUSCOLO G., cit..

<sup>72</sup> Non è mancato tuttavia chi ha evidenziato come anche per questa seconda tipologia di piattaforme occorrerebbe modificare lo SSNIP test avendo riguardo alla riduzione della qualità del trattamento dei dati e al correlato spostamento della domanda a beneficio dell'impresa che offra una migliore gestione dei dati: ved. FILISTRUCCHI L. - GERADIN L.D. - V. DAMME E. - AFFELDT P., *Market definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*, *Journal of competition, Law & Economics*, 2014, Vol. 10, no. 2, i quali, ricorda MUSCOLO G., cit. in nota, propongono di adattare lo SSNIP test tenendo in considerazione le esternalità incrociate dell'aumento del prezzo sui diversi versanti del mercato.

<sup>73</sup> International Competition Network, *Report on the results of the ICN survey on dominance/substantial market power in digital markets*, <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/07/UCWG-Report-on-dominance-in-digital-markets.pdf>.

<sup>74</sup> Cfr., *Report*, cit., pag. 1, nota 2.

<sup>75</sup> Cfr., EVANS D.S. - SCHMALENSEE R., *The Industrial Organisation of Markets with Two-Sided Platforms*, *Competition Policy International*, 2007, Vol. 3, n. 1, pp. 151-179; EVANS D.S., *Antitrust Economics of Free*, *Competition Policy International*, Vol. 7 n. 1, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1813193>; GRAEF I., *Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*, *World Competition*, Vol. 38, N. 4, pp. 473-505, citati in MUSCOLO G., cit., p. 175.

<sup>76</sup> L'Autorità Antitrust Statunitense ha ad esempio sottolineato come l'accesso ai dati può essere un input, un servizio accessorio, un prodotto o il servizio stesso. Cfr., *Report*, cit. p. 27.

che permette di recensire i prodotti: naturalmente l'affidabilità delle recensioni di tale piattaforma sarà tanto più affidabile quanto più elevato sarà il numero degli utenti.

- d) *multilateralità*: in merito a questo elemento, ai fini dell'individuazione del potere di mercato (e della posizione dominante della piattaforma), molte Autorità Antitrust e buona parte della dottrina<sup>77</sup> ritengono che occorra anche osservare il comportamento che gli utenti di un versante assumono al progressivo degradare della qualità dei servizi per gli utenti dell'altro versante. Si osserva, infatti, che il degrado della qualità dei servizi potrebbe anche essere attuato per scopi distorsivi, ad esempio applicandolo in modo mirato e selettivo su alcuni gruppi di consumatori per sostenere politiche di discriminazione di prezzo (ad esempio degradando la qualità della versione base di un servizio per stimolare l'acquisto della versione più costosa).
- e) *switching cost dell'utente*;
- f) *inerzia dei consumatori (consumer biases) e lock-in effects*;
- g) *servizi erogati (anche) in assenza di transazioni economiche*;
- h) *ruolo regolatorio delle piattaforme*: ci si riferisce alla capacità di determinare le regole del mercato tra gli utenti delle piattaforme stesse, incidendo pertanto direttamente nel gioco concorrenziale attraverso l'imposizione di comportamenti e divieti;
- i) *potenziale concorrenza diretta con alcuni utenti commerciali delle piattaforme stesse*: è il caso, ad esempio, di Amazon, il quale assume la veste sia di *marketplace* sia di venditore di beni, ponendosi potenzialmente in concorrenza diretta con altri venditori del *marketplace* stesso.

Buona parte di queste caratteristiche, come si è visto, viene utilizzata sia nella verifica preliminare del mercato rilevante sia in quella, immediatamente successiva, del potere di mercato (e dell'eventuale posizione dominante).

Questi aspetti erano ben chiari anche al Legislatore del *Digital Markets Act*, il quale ne prende atto fin dai primi Considerando<sup>78</sup>.

### 2.2.2. Il Potere di mercato come quota di mercato

Non sono mancati tentativi di individuare la quota di mercato oltre la quale una piattaforma digitale potesse considerarsi in posizione dominante.

Tuttavia, come anche per gli altri settori economici, occorre ricordare che la quota di mercato, ad oggi, costituisce solo un indicatore (per di più neanche determinante, a differenza di quanto avveniva in passato) della posizione dominante, dovendo esso necessariamente essere integrato da altri elementi.

Inoltre, particolare cautela viene suggerita nel valorizzare le quote di mercato nelle piattaforme digitali in quanto queste potrebbero non tener conto dell'elevata velocità di innovazione dei prodotti e dei servizi e dei trend futuri.

<sup>77</sup> GAMBARO, *cit.*, p. 207.

<sup>78</sup> Cons. n. 2: "Allo stesso tempo, fra tali servizi digitali, i servizi di piattaforma di base presentano una serie di caratteristiche che possono essere sfruttate dalle imprese che li forniscono. Un esempio di tali caratteristiche dei servizi di piattaforma di base sono le economie di scala estreme, derivanti spesso da costi marginali pari pressoché a zero per l'aggiunta di utenti commerciali o utenti finali. Tra le altre caratteristiche dei servizi di piattaforma di base figurano effetti di rete molto forti, una capacità di connettere molti utenti commerciali con molti utenti finali grazie alla multilateralità di tali servizi, un grado significativo di dipendenza sia degli utenti commerciali sia degli utenti finali, effetti di lock-in, l'indisponibilità per gli utenti finali del multihoming per uno stesso scopo, l'integrazione verticale e vantaggi basati sui dati. Tutte le caratteristiche sopraelencate, in combinazione con le pratiche sleali delle imprese che forniscono i servizi di piattaforma di base, possono compromettere considerevolmente la contendibilità dei servizi di piattaforma di base, nonché avere un impatto sull'equità del rapporto commerciale tra le imprese che forniscono tali servizi e i relativi utenti commerciali e finali. Nella pratica ciò determina riduzioni rapide e, potenzialmente, di ampia portata in termini di scelta per gli utenti commerciali e gli utenti finali e può pertanto conferire al fornitore di tali servizi la posizione cosiddetta di gatekeeper (controllore dell'accesso). Allo stesso tempo è opportuno riconoscere che i servizi che agiscono a fini non commerciali, come i progetti di collaborazione, non dovrebbero essere considerati servizi di piattaforma di base ai fini del presente regolamento".

E ancora, nel caso delle piattaforme le quote di mercato dovranno tenere conto del fatto che, spesso, coesistono mercati a più versanti, onde per cui potrà, a seconda del caso specifico, essere necessario calcolare le quote di mercato per ciascuno di essi.

Per quanto riguarda le piattaforme dove avvengono transazioni monetarie (c.d. “*non-zero price markets*”), la quota di mercato viene solitamente individuata avendo riguardo al fatturato della piattaforma, mentre nelle piattaforme eroganti servizi senza corrispettivo monetario (c.d. “*zero price markets*”), si pone attenzione al numero di utenti, delle visite, dei download, dei click e altri indicatori di traffico.

### 2.2.3. *Il Potere di mercato come quota di controllo sui dati*

Tra tutti gli indicatori del potere di mercato delle piattaforme digitali, uno dei più rilevanti è certamente la capacità di accesso ai dati e della loro elaborazione e raccolta (*data mining*).

Tale aspetto è così dirimpente da aver portato molti a ritenere che, in ultima analisi, la **quota di mercato di una piattaforma corrisponde alla quota di controllo dei dati**<sup>79</sup>.

Le Autorità Antitrust dei Paesi Europei hanno più volte evidenziato come un accesso privilegiato a dati di valore costituisca una barriera all’ingresso di per sé (proprio una di quelle, se non la principale, che il *Digital Markets Act* considera determinante per la qualifica di “*gatekeeper*”).

Proprio questa capacità di controllo dei dati e (soprattutto) la correlata capacità di *data mining* costituiscono la più evidente barriera all’entrata nel mercato di riferimento dei *gatekeeper*.

A ben vedere, si ritiene, perché possa ravvedersi una barriera all’ingresso, la piattaforma dovrebbe detenere una quota di dati “rivali” ovvero non accessibile ad altre imprese concorrenti: si pensi ai noti casi *Google Shopping*<sup>80</sup> e *Google Android*<sup>81</sup>, dove la Commissione Europea ha accertato come il motore di ricerca di *Google* avesse accesso a una mole e a una varietà di dati maggiore rispetto a quella dei concorrenti, in grado di qualificare *Google* come in posizione dominante.

Del resto le piattaforme decidono le proprie politiche di allocazione delle risorse e di massimizzazione dei profitti anche e soprattutto utilizzando l’asimmetria informativa posseduta in virtù del loro accesso privilegiato ai dati.

### 2.3. *Cenni sull’abuso di “posizione dominante” nel mercato digitale*

Le piattaforme digitali (soprattutto se *gatekeeper* e ancor più se anche in posizione dominante) dispongono di numerosi strumenti per compromettere il gioco concorrenziale, con inevitabili i danni per i consumatori e per le imprese concorrenti.

Si pensi ai più volte citati effetti di *lock-in*, ovvero quell’insieme di ostacoli pratici che tendono a indurre l’interessato a non migrare verso un’altra piattaforma, anche qualora questa sia più performante. Essi saranno tanto più efficaci e pervasivi quanto più la piattaforma si avvarrà dei suoi effetti di rete e soprattutto dell’asimmetria informativa che la avvantaggia rispetto agli utenti.

Infatti, il rifiuto stesso di accedere ai dati (al di là della possibile violazione di altre normative, quali quella sulla protezione dei dati personali ai sensi del Reg. UE 2016/679) può di per sé costituire una condotta abusiva, *sub specie* di condotta escludente o discriminatoria<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> Questo è quanto affermato dall’OCSE nel documento *Big Data: bringing competition policy to the digital era. Background note by the Secretariat*, disponibile al link [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2016\)2/ANN4/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)2/ANN4/FINAL/en/pdf), p. 17.

<sup>80</sup> [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018XC0112\(01\)&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018XC0112(01)&from=IT).

<sup>81</sup> [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/40099/40099\\_9993\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf).

<sup>82</sup> Cfr. LIPSKY A.B. - SIDAK J.G., *Essential Facilities*, Stanford Law Review, Vol. 51, n. 5, 1999, pp. 1187-1249, [https://www.criterioneconomics.com/docs/essential\\_facilities1.pdf](https://www.criterioneconomics.com/docs/essential_facilities1.pdf); LERNER A., *The Role of ‘Big Data’ in Online Platform Competition*, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2482780](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2482780), BALTO D.A. - LANE M.C., *Monopolizing Water in a Tsunami: Finding sensible Antitrust rules for Big Data*, su <http://ssrn.com/abstract=2753249>, tutti citati in MUSCOLO G., *cit.*, p. 179 in nota.

Altre forme di condotte abusive, sempre di natura escludente, sono state ravvisate nella presenza di contratti di esclusiva con *provider* terzi<sup>83</sup> oppure nell'uso incrociato di *data set*<sup>84</sup>.

Un'altra forma di di abuso, come già accennato, può consistere nel degradare la qualità di determinati servizi per favorire politiche discriminatorie di prezzo o per avvantaggiare alcune categorie di utenti a discapito di altre: una piattaforma, ad esempio, potrebbe degradare un servizio verso dei clienti che utilizzino i servizi di concorrenti in altri versanti del mercato. Viene portato l'esempio di un motore di ricerca che potrebbe eliminare dalle prime posizioni i risultati di ricerca naturali di fornitori di contenuti con i quali non si è messo d'accordo per la ripartizione dei ricavi<sup>85</sup>.

#### 2.4. La designazione dei gatekeeper ai sensi dell'art. 3 D.M.A.

Nei precedenti paragrafi si è cercato di riassumere l'ampio dibattito che da anni ruota attorno all'accertamento del potere di mercato delle piattaforme digitali.

Questa rassegna, si ritiene, era necessaria per poter contestualizzare il significato e la funzione del Reg. 2022/1925, ossia del *Digital Markets Act*, e meglio comprendere la natura dei suoi destinatari principali, ovvero i *gatekeeper*.

Alla fine di questo paragrafo apparirà chiaro quanto ritiene lo scrivente, vale a dire che il *Digital Markets Act*, nello stabilire i parametri e gli indicatori per identificare i *gatekeeper*, abbia accolto una concezione chiara e in parte preesistente di potere di mercato delle piattaforme che tiene conto delle categorie sorte in ambito *antitrust*.

##### 2.4.1. La definizione

Il Considerando n. 3 del *Digital Markets Act* introduce il concetto di *gatekeeper* riferendosi a “un numero ridotto di grandi imprese che forniscono servizi di piattaforma di base dotate di considerevole potere economico”.

L'art. 2(1) n. 1 definisce poi *gatekeeper* “un'impresa che fornisce servizi di piattaforma di base, designata a norma dell'articolo 3”.

Queste imprese, di norma, vantano:

- a) la capacità di connettere molti utenti commerciali con molti utenti finali attraverso i servizi forniti;
- b) la capacità di sfruttare i vantaggi acquisiti in un settore di attività nell'altro settore in cui operano.

Si tratta, dunque, anche di soggetti integrati verticalmente in grado, talvolta, di offrire beni o servizi tramite utenti commerciali su cui esercitano un controllo (perché no, anche in potenziale conflitto di interessi)<sup>86</sup>.

Per queste imprese, il *Digital Markets Act* prevede una serie di obblighi a tutela della contendibilità dei mercati e, non da ultimo, degli utenti e dei consumatori, primo fra tutti quello di notificare alla Commissione Europea il possesso dei requisiti che ci si appresta a richiamare di seguito.

L'art. 3 del Regolamento introduce una serie di indicatori presuntivi (rispettivamente presunzioni relative al paragrafo 3 e presunzioni semplici al paragrafo 8) della natura di *gatekeeper*.

Dalla lettura di questi indicatori, si può già formulare una prima considerazione: almeno sotto un punto di vista quantitativo, gli indicatori del “potere di mercato” delle piattaforme digitali (oltre i quali queste ultime saranno considerate dei “*gatekeeper*”) sono stati legislativamente disciplinati nel Regolamento stesso.

83 GRUNES A.P. - STUCKE M.E., *No mistake about it: The important role of Antitrust in the era of Big Data*, University of Tennessee Legal Studies Research Paper n.269, 2015, su <https://ssrn.com/abstract=2600051>, p. 3. in MUSCOLO G., cit., p. 179 in nota.

84 Cfr. Autorité de la concurrence, parere 10-A-13 *relatif à l'utilisation croisée des bases de clientele*, 14.6.10, su <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/10a13.pdf>, in MUSCOLO G., cit., p. 179, in nota.

85 Cfr. GAMBARO, cit., p. 207.

86 Cfr. Cons. 51 D.M.A..

#### 2.4.2. *Le presunzioni relative dell'art. 3(1) D.M.A.*

In particolare, è l'art. 3 del Reg. UE 2022/1925 a introdurre dei parametri per indicare quale sia il potere di mercato rilevante di una piattaforma digitale.

L'art. 3(1) D.M.A. considera infatti *gatekeeper* quell'impresa che, congiuntamente:

- a) ha un impatto significativo sul mercato interno;
- b) fornisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; e
- c) detiene una posizione consolidata e duratura, nell'ambito delle proprie attività, o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro.

I predetti requisiti non contengono di per sé parametri quantitativi e potrebbero pertanto essere soggetti a interpretazioni difformi: è per questa ragione che l'art. 3(2) inserisce tre presunzioni relative, una per ciascuno dei tre requisiti<sup>87</sup>.

In presenza di tutte e tre queste presunzioni, l'impresa dovrà notificare alla Commissione Europea la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 3(1) e quest'ultima provvederà a designare la prima quale *gatekeeper*.

Trattandosi di presunzioni relative, l'impresa può tuttavia dimostrare che, pur in presenza delle stesse, essa non dovrà comunque essere definita come *gatekeeper* ai sensi dell'art. 3(1), sottraendosi così ai relativi obblighi.

#### 2.4.3. *Le presunzioni semplici dell'art. 3(8) D.M.A.*

La qualifica di "*gatekeeper*" può desumersi sia dal possesso dei requisiti di cui all'art. 3(2) D.M.A. sia, in mancanza di questi ultimi, quelli di cui al paragrafo n. 8: questi ultimi costituiscono delle presunzioni semplici idonee, ove coerenti con tutti gli altri elementi raccolti dalla Commissione, a qualificare un'impresa come *gatekeeper* anche al di fuori dei casi di cui al paragrafo 1.

Gli "indizi" elencati all'art. 3(8) D.M.A. ricordano da vicino fenomeni già conosciuti e studiati nel diritto *antitrust* in materia di intese, abusi e concentrazioni<sup>88</sup>.

<sup>87</sup> Art. 3(2) D.M.A.: "Si presume che un'impresa soddisfi i rispettivi requisiti di cui al paragrafo 1:

- a) in relazione al paragrafo 1, lettera a), se raggiunge un fatturato annuo nell'Unione pari o superiore a 7,5 miliardi di EUR in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari, o se la sua capitalizzazione di mercato media o il suo valore equo di mercato equivalente era quanto meno pari a 75 miliardi di EUR nell'ultimo esercizio finanziario, e se essa fornisce lo stesso servizio di piattaforma di base in almeno tre Stati membri;
- b) in relazione al paragrafo 1, lettera b), se fornisce un servizio di piattaforma di base che, nell'ultimo esercizio finanziario, annovera almeno 45 milioni di utenti finali attivi su base mensile, stabiliti o situati nell'Unione, e almeno 10 000 utenti commerciali attivi su base annua stabiliti nell'Unione, identificati e calcolati conformemente alla metodologia e agli indicatori di cui all'allegato;
- c) in relazione al paragrafo 1, lettera c), se le soglie di cui alla lettera b) del presente paragrafo sono state raggiunte in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari".

<sup>88</sup> Cfr. art. 3(8) D.M.A.: 8. "La Commissione designa come *gatekeeper*, secondo la procedura di cui all'articolo 17, qualsiasi impresa che fornisce servizi di piattaforma di base che soddisfa ciascuno dei requisiti di cui al paragrafo 1 del presente articolo, ma non raggiunge ciascuna delle soglie di cui al paragrafo 2 del presente articolo.

A tal fine la Commissione tiene conto di alcuni o di tutti i seguenti elementi, nella misura in cui sono pertinenti per l'impresa che fornisce servizi di piattaforma di base in esame:

- a) le dimensioni, compresi fatturato e capitalizzazione di mercato, le attività e la posizione di tale impresa;
- b) il numero di utenti commerciali che utilizzano il servizio di piattaforma di base per raggiungere gli utenti finali e il numero di utenti finali;
- c) gli effetti di rete e i vantaggi basati sui dati, in particolare in relazione all'accesso a dati personali o non personali e alla raccolta di tali dati da parte dell'impresa o alle capacità di analisi di quest'ultima;
- d) eventuali effetti di scala e in termini di portata di cui usufruisce l'impresa, anche per quanto riguarda i dati, e, ove pertinente, le sue attività al di fuori dell'Unione;
- e) il lock-in degli utenti commerciali o degli utenti finali, compresi i costi del passaggio ad altri fornitori e i pregiudizi comportamentali che riducono la capacità degli utenti commerciali e degli utenti finali di cambiare fornitore o ricorrere al multihoming;
- f) una struttura aziendale conglomerata o l'integrazione verticale di tale impresa, che consenta per esempio all'impresa di praticare sovvenzioni incrociate, combinare dati da diverse fonti o sfruttare la propria posizione dominante; o

Anch'essi, a ben vedere, non sono altro che indici rilevatori di un vero e proprio potere di mercato, anche se non necessariamente assimilabile a una posizione dominante.

Il richiamo, da parte del *Digital Markets Act*, alle categorie concettuali proprie del diritto *antitrust* viene peraltro esplicitato all'art. 3(8), lettera f), dove si fa riferimento proprio al concetto di "posizione dominante".

L'accertamento, da parte della Commissione Europea, della natura di "gatekeeper" in capo a un'impresa (e, contestualmente, del suo potere di mercato), presenta chiari elementi comuni con le indagini che la stessa si trova già da tempo a svolgere in forza degli artt. 101 e 102 T.F.U.E..

Pertanto, il concetto di "potere di mercato" è in un certo senso insito nella definizione stessa di "gatekeeper" ai sensi dell'art. 3 D.M.A.: non è infatti errato affermare che sono "gatekeeper" le piattaforme digitali che detengono un potere di mercato rilevante ai sensi del *Digital Markets Act* e che questa "rilevanza" va misurata sulla base dei parametri di cui all'art. 3(2) e 3(8) del Regolamento stesso.

### 3. Differenze tra il potere dei *gatekeeper* e la posizione dominante

Giunti a questo punto dell'analisi, si intende porre a confronto la disciplina *antitrust* degli abusi e quella del *Digital Markets Act* sui *gatekeeper*, anche con l'auspicio di poter individuare i punti di contatto e di sinergia e comprendere in che modo le due discipline si troveranno a convivere.

#### 3.1. Sotto il profilo degli obiettivi

Il confronto può agevolmente partire dalla lettura di alcuni Considerando del *Digital Markets Act*.

Innanzitutto, il Cons. n. 5 chiarisce che (naturalmente) gli artt. 101 e 102 T.F.U.E. si applicano anche al comportamento dei *gatekeeper*, specificando però che tale applicazione è relegata a casi particolari di abusi o comunque di condotte anticoncorrenziali, oltre ad aver luogo *ex post*. Gli articoli del Trattato infatti non si occupano delle condotte dei *gatekeeper* che non siano posizione dominante o che non adottino comportamenti restrittivi.

Sempre sotto questa lente, il Cons. n. 10 del *Digital Markets Act* chiarisce come il Regolamento voglia **integrare** l'applicazione del diritto della concorrenza, lasciando impregiudicati gli artt. 101 e 102 T.F.U.E., nonché le normative nazionali in materia. Specularmente, lo stesso Considerando auspica che la disciplina *antitrust* non pregiudichi la regolare applicazione del Regolamento stesso.

Stesso chiarimento lo si ritrova all'art. 1(6) del Regolamento.

Altra differenza consiste nel fatto che la normativa *antitrust* è preposta ad accertamenti individuali da effettuarsi *ex post* dalle Autorità Competenti (Commissione Europea o Autorità Antitrust Nazionali), mentre il *Digital Markets Act* è un Regolamento con funzione, appunto, regolatoria, ovvero di disciplinare *ex ante* le condotte degli operatori del mercato che ne sono destinatari.

In questa sede si legge che il D.M.A. persegue un obiettivo **complementare** alla protezione della concorrenza, ovvero quello di garantire che i mercati in cui sono presenti i "gatekeeper" siano e rimangano equi e contendibili, indipendentemente dagli effetti che la loro condotta possa avere sulla concorrenza.

Volendo andare più a fondo, obiettivo comune alle due discipline sembra potersi rinvenire in quella *fairness* che, nella sua doppia accezione di equità e di correttezza, è noto da tempo alla legislazione eurounitaria.

Il *Digital Markets Act* sembra invece distinguersi dalla normativa *antitrust* (e in generale dalla precedente regolamentazione europea) nella parte in cui persegue l'obiettivo della "contendibilità",

g) *altre caratteristiche strutturali aziendali o del servizio*".

intesa come riduzione *ex ante*, a livello si direbbe redistributivo, delle barriere all'entrata nel mercato di riferimento.

È stato fatto notare che, nel diritto europeo, non vi sono precedenti di politiche di riduzione “*sic et simpliciter*” di barriere all'entrata<sup>89</sup>.

Esse, infatti, vengono solitamente censurate *ex post* in ambito *antitrust*, a seguito dell'apertura di un'istruttoria nei confronti di un'impresa.

Il *Digital Markets Act*, da questo punto di vista, sembra spingersi oltre, determinando, attraverso le ben diciotto prescrizioni imposte dagli artt. 5 e 6 ai *gatekeepers*, una vera e propria ridefinizione e regolamentazione del mercato digitale.

### 3.2. Sotto il profilo della base giuridica

È stato sostenuto che il D.M.A., tra le sue finalità, non includerebbe la tutela della concorrenza poiché esso dichiara come propria base giuridica l'art. 114 T.F.U.E., mentre quella che regola le imprese in posizione dominante (vietando l'abuso di tale posizione) è l'art. 102 T.F.U.E..

Si è obiettato tuttavia che il fatto per cui il *Digital Markets Act* dichiara, tra le proprie finalità, la tutela dell'equità e della contendibilità dei mercati dove operano i *gatekeeper* permette di considerarlo complementare alla disciplina *antitrust*, con la quale deve essere applicato in maniera coerente nell'interesse della realizzazione del mercato interno, evitando duplicazioni di interventi da parte delle Autorità<sup>90</sup>.

### 3.3. Sotto il profilo dell'enforcement

Si è già accennato al fatto che il *Digital Markets Act* contiene una normativa di *regulation* mentre la disciplina *antitrust* una normativa prevalentemente di *enforcement*: in altre parole, il primo (in maniera non dissimile dal Reg. CE 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese) tende a regolare i mercati mediante l'identificazione di obblighi e divieti in capo a determinati soggetti economici, mentre la seconda indica dei comportamenti vietati e ne delinea i confini.

Per quanto riguarda le Autorità competenti, da ultimo, si segnala che per l'applicazione del *Digital Markets Act* è unicamente competente la Commissione Europea<sup>91</sup>, mentre nell'*antitrust* vi è, com'è noto, una competenza concorrente tra Commissione Europea e Autorità Antitrust Nazionali.

Nel *Digital Markets Act* alla Commissione, oltre ai poteri di *enforcement*, viene demandata anche la designazione dei *gatekeeper* e ogni altro compito inerente all'applicazione del Regolamento, mentre agli Stati membri è lasciata la residuale possibilità (in caso di domanda proveniente da tre o più di essi) di chiedere alla Commissione l'avvio di un'indagine per la designazione di un'impresa come *gatekeeper*<sup>92</sup>.

Da più norme emerge evidente nel Regolamento un forte intento di centralizzare l'*enforcement*.

Tale tendenza centripeta viene manifestata sia nei confronti della potestà legislativa e regolamentare degli Stati, che non potrà aggiungere obblighi ai *gatekeeper* per garantire l'equità e la contendibilità dei mercati<sup>93</sup>, sia nei confronti della potestà amministrativa, in quanto le Autorità nazionali (ci si riferisce alle Autorità Antitrust, più volte richiamate nel Regolamento) non avranno competenza a sorvegliare sull'applicazione del Regolamento stesso.

89 BRUZZONE G., *Verso il Digital Markets Act: obiettivi, strumenti e architettura istituzionale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2021, pagg. 323 ss..

90 LAMADRID A. - BAIÓN FERNÁNDEZ N., *Why the proposed D.M.A. might be illegal under article 114 TFEU and how to fix it*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, settembre 2021, vol 12, Issue 7, pp. 576-589.

91 Cfr. Cons. 91 D.M.A. “*La Commissione è l'unica autorità a cui è conferito il potere di applicare il presente regolamento*”.

92 Art. 41 D.M.A..

93 Art. 1(5) D.M.A..

Naturalmente, resta impregiudicata sia la possibilità degli Stati di imporre ai gatekeeper obblighi inerenti a finalità diverse da quelle del D.M.A. sia di giudicarne l'operato sotto altri profili (tra cui, ad esempio, quello antitrust o della protezione dei dati personali).

Autorevole dottrina ha giustamente evidenziato il potenziale rischio che un *gatekeeper* possa trovarsi, oltre che destinatario degli obblighi del D.M.A., sanzionato *ex post* da un'Autorità Antitrust per condotte anticoncorrenziali, con potenziale violazione del divieto del *ne bis in idem*<sup>94</sup>.

La stessa dottrina si è chiesta se e dove sia ravvisabile un criterio di prevalenza tra le due normative<sup>95</sup>, a tal fine concludendo che “*in presenza di antinomie tra un'obbligazione imposta dalla Commissione europea ai sensi del DMA (che è applicabile a tutta l'Unione) e un rimedio imposto da un'autorità nazionale della concorrenza ai sensi del diritto nazionale della concorrenza (che prescinde dal diritto europeo e che si applica “localmente” a un solo Stato membro), l'obbligazione nascente dal DMA dovrebbe prevalere*”<sup>96</sup>.

## Conclusioni

Giunti alla conclusione di questa analisi, l'auspicio è quello di aver messo in evidenza, senza pretese di completezza, i tratti salienti del dibattito sorto prima della pubblicazione del Reg. UE 2022/1925 (*Digital Markets Act*) e proseguito anche successivamente alla sua entrata in vigore.

Chi scrive ritiene di condividere la posizione di chi vede in questo Regolamento un tassello coerente di una più ampia politica legislativa comunitaria che comprende sia la disciplina della concorrenza sia la regolamentazione dei mercati digitali.

Appare infatti difficile immaginare che, con il Regolamento in questione, l'Unione Europea volesse in qualche modo ridisegnare i confini della concorrenza o del *public enforcement*.

A un'attenta lettura dei vari Considerando e del Regolamento, emerge la dichiarata volontà di fornire alle Autorità, ma anche e forse soprattutto al mercato comunitario, uno strumento aggiuntivo, di natura regolatoria, che viaggia in una direzione parallela e non confliggente a quella dell'*antitrust*.

Ad oggi, dunque, è presente una disciplina volta a indirizzare *ex ante* la condotta delle piattaforme digitali (qual è appunto il Regolamento) e un'altra (l'*antitrust*) tradizionalmente preposta a individuare e sanzionare delle condotte restrittive o abusive che, in presenza di particolare potere di mercato o di posizione dominante, siano idonee ad arrecare danno alla libera concorrenza.

Da un punto di vista pratico, pertanto, può ben dirsi che, laddove una piattaforma digitale rientri, ai sensi dell'art. 3 D.M.A., nella qualifica di “*gatekeeper*”, essa sarà soggetta sia agli obblighi del Regolamento stesso che, come tutte le altre imprese, alla normativa *antitrust* di cui agli artt. 101-102 T.F.U.E. (e alle varie leggi nazionali).

Laddove invece una piattaforma non dovesse rientrare nella categoria di *gatekeeper*, essa sarà comunque soggetta soltanto alla normativa *antitrust*, ove rientri nelle fattispecie ivi contemplate.

94 Cfr., FALCE V. - FARAONE N.,  *Mercati digitali e D.M.A.: note minime in tema di enforcement*, in *Diritto industriale*, 1/2022: “Il principio del *ne bis in idem* assume, infatti, contorni peculiari, nel caso di applicazione al diritto della concorrenza, in cui l'elemento caratteristico dell'“*idem*” è oggetto di interpretazione difforme rispetto al sistema del diritto penale. Nel prisma del diritto della concorrenza, la Corte di giustizia ritiene che tale elemento possa dirsi integrato solo in presenza di tre requisiti: identità del fatto, identità del contravventore e unicità dell'interesse giuridico tutelato dalle norme di cui si lamenta la violazione (11). Sarebbe quest'ultimo elemento, infatti, a consentire di non applicare il principio del *ne bis in idem* - e di duplicare, dunque, la sanzione - a tutti i casi in cui a un'unica condotta del medesimo soggetto sia conseguita una riduzione della concorrenza sia sul mercato interno sia su un mercato nazionale, o su due o più mercati nazionali, oppure allorquando si censuri la medesima condotta commerciale sulla base di due strumenti normativi difformi (come, appunto, nel caso che qui ci occupa, il DMA e norme concorrenziali), a patto che questi ultimi presiedano alla protezione di interessi giuridici diversi”.

95 Cfr., FALCE V. - FARAONE N., cit.: “occorre interrogarsi se sia contemplabile una regola di precedenza tra i due sistemi (e, quindi, nel nostro caso, tra DMA e norme a tutela della concorrenza). Peraltro, l'interrogativo si pone non già nell'interazione del DMA con le regole a tutela della concorrenza dell'Unione europea (poiché l'autorità titolare del potere di enforcement di entrambi i plessi normativi è la medesima: la Commissione europea) (32), ma piuttosto con le legislazioni antitrust nazionali degli Stati Membri, la cui applicazione, come detto, secondo il Considerando 9 e l'articolo 1, par. 6, del DMA, non verrebbe pregiudicata dall'entrata in vigore della nuova Proposta di Regolamento”.

96 Cfr., FALCE V. - FARAONE N., cit. p. 13.

Resta in ogni caso impregiudicata l'applicazione di ogni altra regolamentazione di settore, che continuerà ad essere applicata ai rispettivi destinatari nei rispettivi ambiti (nulla infatti è mutato in relazione, ad esempio, al perimetro del Reg. UE 2016/679 in materia di protezione dei dati personali o al Reg. 139/04 in materia di concentrazioni).

In conclusione, ai fini della qualifica di *gatekeeper* non è necessario l'accertamento della posizione dominante e, parallelamente, nella verifica della posizione dominante (e del suo abuso), le Autorità Antitrust non sono tenute a considerare i parametri previsti per i *gatekeeper* dall'art. 3 D.M.A..

Certo è che appare auspicabile che le prassi e l'applicazione delle due discipline, in futuro, possano tendere a una progressiva coerenza e reciproca ispirazione, con beneficio sia delle Autorità Competenti che degli operatori del mercato.

Non a caso, a riguardo, l'European Competition Network già nel giugno 2021 ha emanato un documento congiunto dove si è cercato di individuare il ruolo delle Autorità Antitrust nazionali nell'applicazione dell'allora nascente D.M.A.<sup>97</sup>

Come infatti, nella configurazione della categoria di *gatekeeper* si è tenuto conto della letteratura economico-giuridica formatasi in ambito *antitrust*, non è irragionevole auspicare che anche le Autorità Antitrust, nelle indagini concernenti le piattaforme digitali, possano trovare nell'art. 3 del *Digital Markets Act* un valido supporto argomentativo e probatorio (trattandosi, come detto, di presunzioni) per snellire e velocizzare la propria attività di ricerca degli abusi di posizione dominante.

Certo è che il D.M.A. influirà anche nell'applicazione della normativa sulla concorrenza e, nel delineare i perimetri operativi della Commissione e delle Autorità Nazionali, come anche i campi di applicazione di una o dell'altra normativa, centrale sarà il ruolo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

<sup>97</sup> Cfr. ECN, *Joint paper of the heads of the national competition authorities of the European Union - How national competition agencies can strengthen the DMA* (23 giugno 2021): [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/DMA\\_EC\\_N\\_Paper.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/DMA_EC_N_Paper.pdf?__blob=publicationFile&v=2)

## BIBLIOGRAFIA

- GHEZZI F. - OLIVIERI G., *Diritto Antitrust*, II<sup>a</sup> edizione, Ed. Giappichelli, Torino, 2019;
- FALCE V., GHIDINI G., OLIVIERI G. (a cura di), *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, in *Quaderni romani di diritto commerciale*, Ed. Giuffrè, Milano, 2018;
- FALCE V. - FARAONE N.,  *Mercati digitali e D.M.A.: note minime in tema di enforcement*, in *Diritto industriale*, 1/2022, pagg. 5 ss.;
- BRUZZONE G., *Verso il Digital Markets Act: obiettivi, strumenti e architettura istituzionale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2021, pagg. 323 ss.;
- IANNOTTI DELLA VALLE A., *La tutela della concorrenza ai tempi di Google Android tra fondamenti costituzionali e analisi tecnologica*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II)*, fasc. 2, 1 aprile 2021, pag. 283;
- BARBANO M., *Verso un Antitrust italiano 4.0? I GAFAM e i Big Data all'esame dell'AGCM*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 4, 1 dicembre 2021, pag. 957;
- BIANCHI D., *Android Auto: Google è gatekeeper e ha l'obbligo dell'interoperabilità* (Nota a: T.A.R. Roma, 18 luglio 2022, n. 10147, sez. I), in *Diritto & Giustizia*, fasc. 136, 2022, pag. 9;
- TULLIO P., *Concorrenza leale e paritaria tra piattaforme digitali e operatori tradizionali all'interno del mercato unico: il caso Star Taxi*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 3, 1 Settembre 2021, pag. 603;
- D'IPPOLITO G., *Il principio di limitazione delle finalità del trattamento tra data protection e antitrust. Il caso dell'uso secondario di big data*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica (II)*, fasc. 6, 1 dicembre 2018, pag. 943;
- AINIS M., *L'Autorità Antitrust alla prova dei mercati digitali* in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II)*, fasc. 1, 1 febbraio 2022, pag. 1;
- LIONELLO L., *La creazione del mercato europeo dei dati: sfide e prospettive*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 3, 1 settembre 2021, pag. 675;
- BUZZACCHI C., *La politica europea per i big data e la logica del single market: prospettive di maggiore concorrenza?*, in *Concorrenza e mercato*, fasc. 1, 1 gennaio 2016, pag. 153;



- FERRARI F., *Le concentrazioni nei mercati data-driven: la privacy rinnegata*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 4, 1 dicembre 2021, pag. 1019;
- MIDIRI M., *Le piattaforme e il potere dei dati (Facebook non passa il Reno)*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II)*, fasc. 2, 1 aprile 2021, pag. 111;
- PROIETTI G., *Algoritmi e interesse del Titolare del trattamento nella circolazione dei dati personali*, in *Contratto e Impresa*, n. 3/2022;
- ALPA G., *Sul potere contrattuale delle piattaforme digitali*, in *Contratto e Impresa*, n. 3/2022;
- D'ALBERTI D., *Google e le nuove Autorità private: la metamorfosi dal fatto al diritto*, in *Riv. di Diritto civile*, 4/2021, pagg. 745 ss.;
- LEMBO S. - PAPPALARDO M. - TESAURO C. - MONTINI A., *Digital Markets Act: entrata in vigore la normativa volta a garantire la contendibilità dei mercati digitali*, in *Società - Il Mensile*, 7 dicembre 2022, n. 13, p. 14.