I mercati digitali tra regolazione e concorrenza
Digital markets: competition vs regulation

Chiara Brunetti*

ABSTRACT

La difficoltà a competere e l'assenza di regole nei mercati digitali hanno portato le autorità nazionali a intervenire sempre più frequentemente con riferimento sia al diritto della concorrenza che alla tutela del consumatore. Tuttavia, gli esiti di alcuni precedenti hanno sollevato dubbi sull'adeguatezza degli strumenti di *enforcement* antitrust a intercettare con tempestività ed efficacia le strategie anticoncorrenziali delle piattaforme digitali. È sorta così la necessità di intervenire – sotto diversi profili – a livello nazionale ed europeo per affrontare le nuove sfide poste dai mercati digitali e in particolare di avere una disciplina, come il *Digital Markets Act* (DMA), in grado di regolare in maniera uniforme ed "*ex ante*" specifiche condotte. Il presente contributo illustra dunque le diverse questioni pratiche, sostanziali e di diritto sollevate, soprattutto in termini di (i) rapporto tra il regolamento e le norme di concorrenza, (ii) coordinamento tra Commissione europea e Autorità nazionali e (iii) di applicazione del principio di *ne bis in idem*. Si esamina anche l'effettiva applicazione del DMA da parte della Commissione per comprendere meglio la sua efficacia rispetto alle aspettative nonché le differenze e le analogie tra il regolamento e il tradizionale diritto della concorrenza.

The difficulty in competing and the absence of rules in digital markets have led national authorities to intervene more and more frequently in the context of competition law and consumer protection. However, the results of some precedents have raised doubts about the adequacy of antitrust enforcement tools to promptly and effectively intercept the anti-competitive strategies of digital platforms. This has led to the need for an intervention – in various ways – at national and european level to face the new challenges in digital markets, such as the Digital Markets Act (DMA), capable of regulating uniformly and "ex ante" specific conduct. This article describes the various practical, substantial and legal issues raised, especially in terms of: (i) relationship between the regulation and the competition rules; (ii) coordination between the European Commission and national authorities; (iii) application of the principle of ne bis in idem. The article also focuses on the effective application of the DMA by the Commission to better understand its effectiveness compared to expectations and the differences and similarities between the DMA and the traditional competition law.

* Giurista d'impresa, area antitrust e regolazione; e-mail: brunettichiara92@gmail.com.

SOMMARIO:

1. Introduzione. – 2. I primi interventi delle autorità antitrust nei mercati digitali e i dubbi sull'adeguatezza dei quadri giuridici esistenti. – 3. Gli interventi legislativi nei mercati digitali e il nuovo modello di *enforcement* adottato dal DMA. – 4. La relazione tra DMA e norme antitrust. – 5. Regolazione e concorrenza: il DMA costituisce una regolazione settoriale *ex ante*? – 6. DMA e norme antitrust: sussiste un rapporto di specialità oppure finalità e tutela di interessi sono differenti? – 7. L'*enforcement* centralizzato del DMA e il rapporto tra Commissione e Autorità nazionali. – 8. L'applicazione del principio di *ne bis in idem* e i potenziali conflitti di competenza. – 9. I primi interventi applicativi del DMA. – 10. Considerazioni finali sulle possibili evoluzioni del rapporto tra DMA e norme antitrust.

1. *Introduzione.*

Il presente contributo intende trattare il rapporto tra concorrenza e regolazione nel settore digitale, nonché i possibili risvolti applicativi in termini di coesistenza e di coordinamento tra le nuove previsioni del *Digital Markets Act* e le vigenti norme poste a tutela della concorrenza.

Il valore economico e la forza competitiva del dato si sono infatti manifestati in maniera sempre più esponenziale nel corso degli anni e l'innovazione tecnologica ha fatto emergere un nuovo ruolo e un nuovo valore del dato, che non può più ritenersi isolato, ma parte integrante di processi digitali, dinamici e interattivi.

La massiccia quantità di dati e di informazioni divulgate attraverso le piattaforme digitali è diventata la nuova energia dell'economia, in grado di comprendere l'andamento dei mercati e le esigenze degli utenti e consentire di orientare in maniera più efficace le offerte. Tuttavia, se da una parte non si può negare l'incremento di tale efficienza e delle opportunità profittevoli per le imprese, dall'altra rilevano i rischi determinati dallo sviluppo dei mercati digitali anche sotto il profilo della concorrenza. In particolare, la capacità di analisi e di valorizzazione ed elaborazione dei dati, da parte dei grandi operatori digitali, ha dato spesso origine a nuove forme di sfruttamento economico del dato e della sua valorizzazione, generando nuove concentrazioni di potere. Tale accumulo di potere di mercato per diverso tempo è stato, a ogni modo, considerato come volto a massimizzare il benessere del consumatore e dunque idoneo a innovare, tanto da rendere marginale l'intervento antitrust in virtù di una valorizzazione dei benefici.

Nel corso degli anni, però, nel contesto di mercato che si è andato delineando si è palesata la difficoltà a competere e l'assenza di regole appositamente predisposte per i servizi digitali e per le piattaforme ha fatto sì che si cercassero alcune soluzioni sotto diversi profili: *privacy*, antitrust e di tutela del consumatore. Le autorità di concorrenza, infatti, pur evolvendo nel tipo di analisi svolta, hanno applicato gli strumenti propri del diritto antitrust, ma gli esiti di alcuni precedenti in materia hanno anche solo implicitamente chiamato in causa la regolazione, trami-

te la quale negli ultimi tempi è stato predisposto un nuovo assetto normativo di riferimento, riportando *in auge* l'annoso tema del rapporto tra concorrenza e regolazione.

2. *I primi interventi delle autorità antitrust nei mercati digitali e i dubbi sull'adeguatezza dei quadri giuridici esistenti.*

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) si è mostrata pronta a intercettare quanto prima le condotte illecite del settore digitale, tanto da chiudere, nel maggio 2017, due istruttorie sulle pratiche realizzate da *Whatsapp* relative alla condivisione di dati personali con *Facebook* e all'imposizione di clausole vessatorie [1]. Nell'ambito del primo procedimento (PS10601), l'Autorità ha accertato la condotta di *Whatsapp* consistente nell'aver indotto gli utenti di *Whatsapp Messenger* ad accettare integralmente i nuovi termini di utilizzo dell'applicazione, in particolare la condivisione dei propri dati con *Facebook*, facendo loro credere che sarebbe stato, altrimenti, impossibile proseguire nell'uso dell'applicazione. Coloro che erano già utenti alla data della modifica dei termini avrebbero avuto, invece, la possibilità di accettarne "parzialmente" i contenuti, potendo decidere di non fornire l'assenso a condividere le informazioni del proprio *account Whatsapp* con *Facebook* e continuare, comunque, a utilizzare l'*app*. Si sono riscontrate in particolare un'inadeguata evidenziazione della possibilità di negare il consenso alla condivisione dei dati con *Facebook* con una preselezione dell'opzione (*opt-in*) e una difficoltà di poter esercitare concretamente tale opzione una volta accettati integralmente i termini. L'attività di condivisione, che avrebbe migliorato l'attività di *advertising* del professionista e avrebbe generato ricavi direttamente a *Facebook*, sarebbe stata aggressiva in quanto idonea – mediante indebito condizionamento – a far assumere una decisione di natura commerciale che l'utente non avrebbe altrimenti preso. Ci sarebbe stato, infatti, un condizionamento a prestare il consenso proprio a causa dell'elevata diffusione e del generalizzato utilizzo delle *app* di comunicazione sociale, quali appunto *Whatsapp* e *Facebook* e, per tali ragioni, l'Autorità ha sanzionato *Whatsapp* per pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 24 e 25 del cod. cons..

Il secondo procedimento (CV154) ha riguardato sempre *Whatsapp*, ma questa volta per la presunta vessatorietà di alcune clausole inserite nei termini di utilizzo dell'applicazione che sarebbero state accettate dai consumatori per usufruire dell'applicazione *Whatsapp Messenger*. La vessatorietà avrebbe riguardato, innanzitutto, le esclusioni e le limitazioni di responsabilità in capo a *Whatsapp* mol-

[1] Cfr. provv. AGCM 11 maggio 2017, n. 26597, *PS10601 – Whatsapp-trasferimento dati a Facebook*, in *Boll.* 18/2017; provv. AGCM 11 maggio 2017, n. 26596, *CV154 – Whatsapp-clausole vessatorie*, in *Boll.* 18/2017.

to ampie e assolutamente generiche, inclusa quella che discende dal proprio inadempimento. Le clausole interessate sono state considerate dall'Autorità ingiuste, così come lo sarebbero state quelle relative alla possibilità di interruzioni del servizio decise unilateralmente da *Whatsapp* senza motivo e senza preavviso.

Nel dicembre 2018, l'AGCM ha chiuso anche un'istruttoria nei confronti di due società del Gruppo *Facebook* (PS11112), contestando due distinte pratiche commerciali scorrette in violazione degli artt. 20, 21, 22, 24 e 25 cod. cons. [2]. In particolare, secondo l'Autorità, con la prima condotta, qualificata come ingannevole, *Facebook* non avrebbe informato adeguatamente e immediatamente l'utente, in fase di attivazione dell'*account*, dell'attività di raccolta e utilizzo, per finalità informative e/o commerciali, dei dati che egli cede, rendendolo edotto della sola gratuità della fruizione del servizio, così da indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. Con la seconda pratica, qualificata come aggressiva, secondo l'AGCM *Facebook* avrebbe esercitato un indebito condizionamento nei confronti dei consumatori registrati, i quali, in cambio dell'utilizzo del *social network*, sarebbero stati costretti a consentire a *Facebook* e a terzi la raccolta e l'utilizzo, per finalità informative e/o commerciali, dei dati che li riguardavano, in modo inconsapevole e automatico, tramite un sistema di preselezione del consenso alla cessione e utilizzo dei dati, risultando indotti a mantenere attivo il trasferimento e l'uso dei propri dati da/a terzi operatori, per evitare di subire limitazioni nell'utilizzo del servizio. Come noto, il T.A.R. Lazio Roma ha poi accolto parzialmente il ricorso proposto da *Facebook*, annullando in parte la decisione dell'AGCM con riferimento all'accertamento della pratica commerciale aggressiva [3] e il Consiglio di Stato ha confermato integralmente la sentenza di primo grado [4].

Quelli appena ricordati sono stati sostanzialmente i primi casi dell'AGCM che hanno riguardato i grandi *player* del mondo digitale per quanto riguarda la raccolta, la condivisione e l'utilizzo dei dati, ma si segnalano anche istruttorie che hanno impegnato successivamente l'Autorità su temi analoghi. Non si possono non menzionare, per esempio, i procedimenti chiusi nel 2021 (PS11147 e PS11150) nei confronti di Google e Apple [5], nell'ambito dei quali l'AGCM ha accertato per ogni società due violazioni del cod. cons., una per carenze informative e un'altra per pratiche aggressive relative all'acquisizione e all'utilizzo dei dati dei consumatori a fini commerciali.

Particolare rilevanza in materia ha assunto il caso tedesco nell'ambito del qua-

---

[2] Provv. AGCM 29 novembre 2018, n. 27432, *PS11112 – Facebook-condivisione dati con terzi*, in *Boll.* 46/2018.

[3] T.A.R Lazio, sede di Roma, sez. I, 13 gennaio 2023, n. 603.

[4] Cons. St., sez. VI, 15 gennaio 2024, n. 497.

[5] Cfr. provv. AGCM 16 novembre 2021, n. 29890, *PS11147 – GOOGLE DRIVE-SWEEP 2017*, in *Boll.* 47/2021; provv. AGCM 9 novembre 2021, n. 29888, *PS11150 – ICLOUD*, in *Boll.* 47/2021.

le il *Bundeskartellamt*, nel 2019, ha qualificato la condotta di *Facebook* quale abuso di posizione dominante, considerando che l'accesso al *social network* era subordinato all'accettazione del trattamento dei dati *off Facebook* degli utenti, ossia dati raccolti al di fuori della piattaforma e provenienti da siti *web*, *app* e altri servizi Meta, in violazione dei principi sanciti nel Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR) [6].

Il provvedimento del *Bundeskartellamt* ha sollevato diverse questioni, la prima delle quali poneva il tema se vi fossero i presupposti per riconoscere un abuso di posizione dominante sulla base di una presunta violazione delle norme europee sulla protezione dei dati contenute nel GDPR [7]. Ciò anche in considerazione del fatto che, con riferimento all'ambito di applicazione, il GDPR mirerebbe a garantire un'applicazione armonizzata a livello europeo delle regole stabilite per la protezione dei dati personali e tale *ratio* avrebbe potuto essere compromessa se le Autorità nazionali garanti della concorrenza fossero giunte a conclusioni diverse in merito al rispetto del Regolamento da parte di una determinata impresa. In termini concreti, *Facebook* avrebbe forse potuto modificare la propria attività di raccolta dei dati personali solo in Germania, anche se il provvedimento tedesco si sarebbe basato su una violazione del GDPR per cui esiste un meccanismo di applicazione omogeneo a livello europeo.

Come noto, comunque, nel luglio 2023 la Corte di giustizia dell'Unione europea ha chiarito i rapporti tra diritto della concorrenza e tutela della *privacy*, ritenendo sussistente il potere in capo alle autorità nazionali della concorrenza di verificare la conformità delle condotte anche rispetto alla normativa *privacy* e rilevando come le finalità e gli obiettivi di tale accertamento non si pongano in conflitto con il ruolo svolto dalle autorità di controllo del GDPR, il cui fine è la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei loro dati personali [8]. Si tratterebbe, dunque, di ruoli complementari che necessitano di un coordinamento tra le autorità interessate.

Al di là della questione relativa al rapporto tra *privacy* e antitrust, negli ultimi anni è stato affrontato anche il tema della frammentazione dell'applicazione del diritto della concorrenza in merito a questioni attinenti, in particolar modo, ai nuovi mercati caratterizzati da forte innovazione con la proposizione di diverse soluzioni a livello nazionale. Ne sono un esempio i procedimenti dell'AGCM e

---

[6] Decisione del *Bundeskartellamt* del 6 febbraio 2019, *B6-22/16 – Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing*.

[7] In merito alla possibilità o meno che un'attività di raccolta di dati personali possa costituire una pratica escludente, anche tenuto conto di alcuni casi di concentrazione, si veda nel dettaglio G. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Data accumulation and the privacy*-antitrust *interface: insights from the Facebook case*, in 8(3) *IDPL*, 2018, 224-239.

[8] CGUE (*grande chambre*), 4 luglio 2023, causa C-252/21, *Meta Platforms Inc. v. Bundeskartellamt*, 44 ss.

del *Bundeskartellamt* sopra richiamati e nell'ambito dei quali, da una parte, l'intervento ha riguardato le pratiche commerciali scorrette e, dall'altra, l'abuso di posizione dominante.

Più volte è stata infatti sollevata la questione degli effetti negativi dell'incertezza giuridica che subirebbe l'intero sistema alla luce dell'adozione di un diverso approccio da parte degli Stati membri dell'Ue rispetto a tematiche simili, se non addirittura analoghe.

Numerosi dubbi sono conseguentemente emersi in merito all'adeguatezza dei quadri giuridici esistenti a risolvere o quantomeno rispondere ai problemi derivanti da determinate condotte soprattutto nell'ambito dell'economia digitale, mettendo così in discussione le norme di concorrenza. In particolare, il timore ha riguardato una possibile inadeguatezza degli strumenti di *enforcement* di cui è storicamente dotato il diritto antitrust a intercettare con tempestività ed efficacia le strategie anticoncorrenziali di diversi operatori digitali. Per esempio, una tutela esclusivamente *ex post* potrebbe rischiare di mostrare i suoi limiti di fronte a un contesto economico – come quello appunto dei dati – in rapidissima evoluzione. Ciò soprattutto a causa della durata dei procedimenti con un intervento delle autorità che spesso è stato ritenuto non compatibile con le dinamiche competitive del mercato digitale e troppo tardivo nella sua fase "esecutiva", quando le condotte contestate e in alcuni casi accertate avrebbero avuto modo di consolidarsi a danno degli utenti e dei concorrenti. Storicamente, le norme antitrust prevedrebbero interventi *ex post*, con procedimenti lunghi, complessi e con la necessità di affrontare questioni dall'esito non scontato e oneri probatori non indifferenti. Gli stretti paletti previsti per l'adozione di misure cautelari e/o strutturali, infatti, non sono stati ritenuti in molti casi sufficienti a rimuovere appieno e prontamente comportamenti illeciti da un punto di vista antitrust, così come si sarebbero rivelate poco efficaci le sanzioni irrogate troppo tardivamente e inidonee a modificare le strategie e le *policy* d'impresa, perché troppo basse rispetto agli alti margini di profitto delle società interessate [9].

Nonostante, quindi, la flessibilità intrinseca del diritto della concorrenza, è stato messo in discussione il fatto che le sue caratteristiche strutturali potessero essere pienamente in grado di affrontare i rischi per la concorrenza tipici dei mercati delle piattaforme [10]. L'art. 102 T.F.U.E., per esempio, grazie alla sua formulazio-

[9] Sui dubbi sollevati relativamente all'adeguatezza dei tradizionali strumenti antitrust cfr. M. LIBERTINI, *Il regolamento europeo sui mercati digitali e le norme generali in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 1069 ss.

[10] Si veda in tal senso P. AKMAN, *Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act*, in 47 (1) *European L. Rev.*, 2022, 85 ss., in cui si evidenzia come i problemi di contendibilità (come barriere all'ingresso e all'espansione, il *multi-homing*, lo *switching* ecc.) in mercati caratterizzati da forti effetti di rete possono essere meglio affrontati da norme *ex ante* attentamente progettate più che da norme *ex post*, ma al contempo si avanzano delle critiche anche alle regole del DMA, per esempio per la loro rigidità

ne "a maglie larghe", ha potuto fornire la base giuridica per alcune delle decisioni più importanti della Commissione europea, come quella su *Google Android*, ma si tratta pur sempre di norme non specificamente tarate sui mercati digitali [11].

In più di un'occasione è apparsa particolarmente complessa una individuazione del potere di mercato nel momento in cui le imprese offrono "gratuitamente" prodotti o servizi ai consumatori/utenti a fronte della cessione dei loro dati, a tal punto da ritenere le misure tipicamente utilizzate non più pienamente consone a un eventuale accertamento di un illecito antitrust. Anche la stessa definizione del mercato rilevante, in un contesto in cui le imprese competono in relazione a parametri diversi dal prezzo, quali la qualità o il livello di innovazione, è risultata spesso non esaustiva secondo i canoni "tradizionali", specialmente laddove i servizi sono offerti "gratuitamente" (c.d. *zero-price markets*) e nei cc.dd. mercati a più versanti [12]. In tal senso, come noto, particolari dubbi sono emersi in merito all'utilizzo di strumenti econometrici, come lo *"SSNIP" test*, che si basano sulla disponibilità dei consumatori/utenti a cambiare fornitore in caso di un ipotetico aumento dei prezzi. Per non parlare dell'approccio "statico" volto a identificare prodotti e/o servizi intercambiabili (o "rivali") dal lato della domanda che cede il passo alla realtà "dinamica" dei mercati digitali, dove anche prodotti e/o servizi

rispetto a eventuali mutamenti di mercati comunque dinamici e in rapida evoluzione. Si veda altresì G. PARKER, G. PETROPOULOS, M. VAN ALSTYNE, *Digital Platforms and* Antitrust, *Winner of Antitrust Writing Award*, 2021, reperibile al seguente indirizzo: https://ssrn.com oppure http://dx.doi.org.

[11] Commissione europea, decisione del 18 luglio 2018, caso *AT.40099*, *Google Android*. La Commissione europea ha irrogato a Google una sanzione di 4.43 miliardi di euro, ritenendo che la società avesse utilizzato il suo sistema operativo *mobile* Android per consolidare, attraverso determinate condotte restrittive, la propria posizione dominante nel mercato dei motori di ricerca *online*. In particolare, Google avrebbe imposto ai produttori di *smartphone* una serie di condizioni contrattuali, quali: *(i)* l'obbligo di pre-installare le applicazioni di ricerca generica (*Google Search*) e di navigazione (*Chrome*) come condizione per poter ottenere da Google una licenza per installare *Google Play Store*; *(ii)* la concessione delle licenze operative per la preinstallazione delle applicazioni *Google Search* e *Play Store* a condizione che il produttore installasse sui propri apparecchi solo versioni del sistema operativo Android approvate da Google; *(iii)* la condivisione di una parte degli introiti pubblicitari di Google con i produttori di dispositivi mobili subordinatamente all'impegno, da parte di questi ultimi, a rinunciare alla preinstallazione di un servizio di ricerca generica concorrente con quelli offerti da Google. Google ha tra l'altro contestato la definizione del mercato dei sistemi operativi, che secondo la Commissione non include anche i sistemi operativi proprietari (come iOS di Apple), ma soltanto quelli offerti in licenza. Il Trib. UE ha confermato la legittimità della decisione della Commissione europea di sanzionare *Google* con la sentenza del 14 settembre 2022, causa *T-604/18, Google e Alphabet v. Commissione (Google Android)*. Cfr. anche A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Il digital markets act e il ruolo dell'unione europea verso un costituzionalismo digitale*, in *Giur. cost.*, 2022, 1867 ss.

[12] Si veda anche V. ROBERTSON, Antitrust *Law and Digital Markets: A Guide to the European Competition Law Experience in the Digital Economy*, in *The Routledge Handbook of Smart Technologies: An Economic and Social Perspective*, Londra, Routledge, 2022, Capitolo 21, 432 ss. in cui si rappresentano le caratteristiche "dinamiche" dei mercati digitali che rendono la definizione del mercato rilevante particolarmente impegnativa rispetto a quella "tradizionale" dei mercati cc.dd. statici.

complementari competono tra di loro [13]. Infatti, spesso si è ritenuto di non dover abbandonare il concetto di mercato rilevante come strumento di analisi del diritto della concorrenza, ma di superare l'idea di una rigida delimitazione del mercato come prerequisito per qualsiasi valutazione antitrust e accogliere, invece, la dinamicità di prodotti e servizi rientranti in ecosistemi complessi [14]. Un *enforcement gap* sarebbe emerso negli anni anche in materia di controllo delle operazioni di concentrazione, soprattutto per la difficoltà di individuare il potenziale competitivo dell'impresa *target* al momento della realizzazione dell'acquisizione e la conseguente necessità di uno scrutinio approfondito ed effettivo delle concentrazioni nei mercati innovativi, anche, ma non solo, in quello digitale. In effetti, alcune operazioni di concentrazione sono "sfuggite" in quanto acquisizioni sottosoglia e altre sono state valutate senza tenere conto di diversi elementi per poi risultare particolarmente rilevanti per la concorrenza e l'innovazione anche nel settore digitale, ma non solo [15]. Ne è un esempio l'operazione di concentrazione *Facebook/WhatsApp*, oggetto di rinvio ai sensi dell'art. 4, par. 5, reg. (CE) n. 139/2004 del Consiglio, che è stata autorizzata senza condizioni nel 2014, non essendo stati ravvisati effetti anticoncorrenziali [16]. In particolare, la Commissione non aveva ritenuto condivisibili i rilievi, da più parti sollevati, secondo cui l'operazione avrebbe comportato un rafforzamento della posizione di *Facebook* nel mercato dei servizi pubblicitari *online* attraverso l'acquisizione dei dati degli utenti di *WhatsApp*, sottolineando a questo riguardo che, ai fini del controllo di compatibilità ai sensi del diritto della concorrenza, dovesse rimanere estranea ogni "*privacy-related concern*" derivante dalla concentrazione di tali dati sotto il controllo esclusivo dell'impresa acquirente [17].

---

[13] Per una panoramica generale sulle questioni sollevate in merito alla definizione del mercato rilevante si veda per esempio V. FALCE, *Piattaforme ed ecosistemi digitali. Scelte pro-concorrenziali*, in *Riv. dir. ind.*, 2022, 4-5-6, 172 ss.; G. COLANGELO, V. ROBERTSON, KAYVAN HAZEMI JEBELLI, A. MANGANELLI, A. NICITA, D. MANTZARI, P. CARO DE SOUSA, V. PAVEL DOBRE, F. BOSTOEN, D. MÂNDRESCU, V. KATHURIA, *Competition policy in the digital economy*, in *Concurrences Review*, maggio 2021, 2/2021; N. ECONOMIDES, I. LIANOS, *Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Market Failure Perspective*, in 17(4) *J. of Competition Law & Economics*, 2021, 765 ss.

[14] M. LIBERTINI, *Digital Markets and Competition Policy. Some Remarks on the Suitability of the* Antitrust *Toolkit*, in questa *Rivista*, 2021, 355 ss.

[15] Per un approfondimento sulle cc.dd. "*killer acquisition*" si veda T. LÉCUYER, *Digital Conglomerates and Killer Acquisitions – A Discussion of the Competitive Effects of Start-up Acquisitions by Digital Platforms*, in *Concurrences*, 1/2020, 42 ss.

[16] Commissione europea, decisione del 3 ottobre 2014, caso *M.7217*, *Facebook/Whatsapp*.

[17] Nella successiva operazione di concentrazione *Microsoft/Linkedin*, autorizzata con condizioni nel 2016, la Commissione ha, invece, concluso che la *privacy* è un importante parametro della concorrenza tra *social networks* professionali e che, in assenza di rimedi adeguati, la concentrazione avrebbe potuto escludere concorrenti con una *privacy* maggiore di quella offerta da Linkedin. Si veda Commissione Europea, decisione del 6 dicembre 2016, caso *M.8124*, *Microsoft/Linkedin*.

Da qui l'esigenza di dotarsi di nuovi strumenti normativi idonei a superare le "rigidità" del sistema di *enforcement* del diritto della concorrenza anche per le ragioni qui brevemente riportate [18].

In un quadro così incerto, si è assistito infatti a un interventismo nazionale ed europeo per intercettare – soprattutto sotto il profilo normativo – iniziative e condotte fino a quel momento di difficile individuazione con conseguente impossibilità di sanare gli effetti prodotti. L'Unione europea si è così contraddistinta fin da subito sullo scenario internazionale per il particolare attivismo nel rinnovamento normativo reputato necessario per affrontare le nuove sfide poste dai mercati digitali e, più nello specifico, dal ruolo svolto dalle grandi piattaforme [19].

3. *Gli interventi legislativi nei mercati digitali e il nuovo modello di enforcement adottato dal DMA.*

Un importante aggiornamento degli strumenti impiegati nell'ambito di applicazione del diritto antitrust ha sicuramente riguardato la Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante, adottata lo scorso 8 febbraio [20]. Le principali novità rispetto alla precedente versione del 1997 riguardano proprio i mercati digitali, dando maggiore enfasi ai parametri di valutazione delle condotte diversi dal prezzo, come il grado di innovazione del prodotto o del servizio, la sua sostenibilità, l'efficienza delle risorse, la possibilità di integrazione con altri prodotti o servizi, l'immagine trasmessa o la sicurezza e la protezione della *privacy*, e ponendo particolare attenzione ai principi applicabili agli ecosistemi digitali e alle piattaforme multi-versante.

Ulteriori interventi hanno riguardato le operazioni di concentrazione cc.dd. "sottosoglia", alla luce di quell'*enforcement gap* di cui si è scritto in precedenza. In tal senso, nel nostro ordinamento nazionale è ora previsto l'art. 16, primo

---

[18] Per una panoramica generale dei casi antitrust sulle condotte di *Facebook*, dei differenti approcci adottati dalle diverse autorità competenti e di alcune questioni emerse in merito all'applicazione dei tradizionali strumenti antitrust, anche in relazione alla normativa in materia di trattamento di dati personali, si veda G. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Data Accumulation and the Privacy-*Antitrust *Interface: Insights from the Facebook Case for the EU and the U.S.*, in *Stanford Law School and the University of Vienna School of Law TTLF Working Paper*, 17 febbraio 2018, n. 31/2018.

[19] Si è parlato anche della ricerca di un protagonismo europeo, con l'Unione che ha sentito l'esigenza di introdursi in un mondo complesso e che si è evoluto velocemente e di recuperare terreno nel mondo digitale, agendo tra due forze: da un lato, divenendo protagonista di caratura globale con un nuovo e più deciso ruolo nello scacchiere internazionale; dall'altro lato, forgiando uno strumentario comune, che concili, o superi, le iniziative già avviate da alcuni Stati. Si veda in tal senso B. CAROTTI, *La politica europea sul digitale: ancora molto rumore*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 997 ss.

[20] Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, C/2023/6789.

comma-*bis*, l. n. 287/1990, introdotto dall'art. 32 della Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (l. 5 agosto 2022, n. 118), che attribuisce all'AGCM il potere di richiedere, al ricorrere di determinate condizioni, la notifica di operazioni di concentrazione sottosoglia, che non soddisfano i requisiti – espressi in termini di soglie di fatturato delle imprese interessate – in presenza dei quali si prevede una comunicazione preventiva all'Autorità. La modifica normativa ha consentito così di adeguare lo strumento del controllo sulle operazioni di concentrazione anche alle sfide dell'economia digitale [21].

Sempre con la stessa Legge è stata introdotta un'ulteriore modifica relativa alla disciplina sull'abuso di dipendenza economica con riferimento al settore digitale. Infatti, sono stati introdotti all'interno dell'art. 9 della l. n. 192/98, *(i)* una presunzione relativa della dipendenza economica di una piattaforma digitale che offre servizi di intermediazione con un ruolo determinante per raggiungere gli utenti finali/fornitori (primo comma dell'art. 9) e *(ii)* un elenco non tassativo delle pratiche abusive delle piattaforme digitali (ultima parte del secondo comma dell'art. 9). Con la riforma sull'abuso di dipendenza economica a livello nazionale, si è manifestata in sostanza la consapevolezza da parte del legislatore che l'assetto di mercato è tale da non consentire alle piccole e medie imprese – o in generale ai concorrenti – di replicare i livelli di efficienza dei grandi operatori dell'economia digitale e che vi è la necessità di un intervento statale che aggiorni le norme che regolano i comportamenti delle imprese e i rimedi *ex post* per tutelare il pluralismo economico nei mercati digitali [22].

---

[21] Proprio in merito alle operazioni di concentrazione sotto-soglia, pur non rientrando nell'oggetto del presente contributo, non si può non menzionare la recente sentenza della CGUE del 3 settembre 2024 con cui è stata annullata la sentenza del Tribunale sull'operazione di concentrazione *Illumina/Grail*, in quanto quest'ultimo avrebbe commesso un errore di diritto nell'interpretazione dell'art. 22, par. 1, primo comma, reg. n. 139/2004 dichiarando che gli Stati membri potevano presentare una richiesta di rinvio alla Commissione indipendentemente dalla portata della loro normativa nazionale in materia di controllo *ex ante* delle concentrazioni. Secondo la CGUE, il Tribunale ha errato nel dichiarare che la Commissione aveva correttamente accettato la richiesta di rinvio e le richieste di adesione ai sensi dell'art. 22 del reg. n. 139/2004. Si tratta senz'altro di una sentenza dalla portata dirompente per le future operazioni di concentrazione, anche in considerazione dei principi in essa riportati: le soglie fissate per definire se un'operazione debba o meno essere notificata sono di importanza cardinale e le imprese devono poter facilmente stabilire se il loro progetto di operazione debba essere oggetto di un esame preliminare e, in caso affermativo, da parte di quale autorità, e in quale data si possa attendere una decisione di tale autorità relativa a tale operazione.

[22] In merito all'introduzione della presunzione relativa di abuso di dipendenza economica a carico delle grandi piattaforme digitali si veda M. LIBERTINI, *La presunzione di dipendenza economica nei mercati digitali. Un commento all'art. 33 della l. 5 agosto 2022, n. 118*, in questa *Rivista*, 2023, 9 s., nonché E. CREMONA, *Le piattaforme digitali come public utilities: perché non applicare alcuni princìpi di servizio pubblico? – digital platforms as public utilities: why not apply some public service principles?*, in *Giur. cost.*, 2023, 467 ss. Per un approfondimento sulle evoluzioni della disciplina in materia di abuso di dipendenza economica a livello nazionale ed europeo si veda anche S. SCALZINI, *Abuso di dipendenza economica, mercati digitali e libertà d'impresa*, in questa *Rivista*, 2022, 113 ss.

Iniziative importanti in tal senso sono state intraprese anche in Germania, nel gennaio 2021, con l'entrata in vigore del X emendamento alla legge antitrust nazionale. Con l'art. 19a [23] *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), al *Bundeskartellamt* sono stati attribuiti nuovi poteri volti a identificare posizioni di imprese «di importanza fondamentale per la concorrenza sui mercati» («paramount significance for competition across markets»") [24] e a intervenire in caso di condotte abusive di tali imprese [25]. Sono state apportate modifiche anche al regime di notifica delle operazioni di concentrazione con l'introduzione del potere – in capo al *Bundeskartellamt* – di richiedere alle imprese la notifica delle future operazioni di concentrazione sottosoglia in determinati settori economici, laddove l'autorità disponga di elementi oggettivamente verificabili per ritenere che tali future operazioni avrebbero significativi effetti negativi sulla concorrenza nei settori in questione, nonché al ricorrere di talune condizioni relative al fatturato delle imprese coinvolte e alle quote di mercato. L'obiettivo è chiaramente quello di evitare – come riportato in precedenza – che operazioni di concentrazione in cui l'impresa da acquisire (la c.d. *target*) abbia un fatturato ridotto, ma venga comunque

[23] Sezione 19a del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschra¨nkungen* (GWB) emendato dal *GWB Digitalisierungsgesetz* nel gennaio 2021. Per maggiori dettagli in merito alle modifiche apportate alla Sezione 19° del GWB si veda M. MIDIRI, *Le piattaforme e il potere dei dati (Facebook non passa il Reno)*, in *Diritto inform.*, 2021, 2, 111 ss. Nel medesimo contributo si menzionano anche le attività della *Competition and Markets Authority* del Regno Unito consistenti in particolare nella proposta di una sorta di regolazione delle piattaforme e nella costituzione di una *Digital Market Unit* già nel corso del 2020.

[24] Tale espressione corrisponde alla versione ufficiale in lingua inglese della disposizione tedesca.

[25] Per la designazione di un'impresa "*di importanza fondamentale per la concorrenza sui mercati*" si prevedono i seguenti requisiti: *(i)* il possesso di una posizione dominante su uno o più mercati; *(ii)* la forza finanziaria o l'accesso ad altre risorse; *(iii)* l'integrazione verticale e la presenza di attività su mercati altrimenti collegati; *(iv)* l'accesso a dati rilevanti per la concorrenza; *(v)* la rilevanza delle attività svolte per l'accesso di terzi ai mercati di fornitura e vendita e la relativa influenza sulle attività commerciali di terzi. All'impresa designata come tale il *Bundeskartellamt* può vietare una serie di condotte elencate nella disposizione, a meno che l'impresa non sia in grado di dimostrare che queste siano oggettivamente giustificate. Il secondo comma della sezione 19° prevede una serie di condotte illecite: favorire le proprie offerte rispetto a quelle dei concorrenti nell'ambito della mediazione per l'accesso ai mercati di approvvigionamento e di sbocco; adottare misure che ostacolino altre imprese nello svolgimento delle loro attività commerciali sui mercati di fornitura o di vendita quando le attività dell'impresa sono rilevanti per l'accesso a tali mercati; ostacolare direttamente o indirettamente i concorrenti su un mercato sul quale l'impresa può espandere rapidamente la propria posizione anche senza essere dominante; creare o aumentare sensibilmente le barriere all'ingresso sul mercato o ostacolare in altro modo altre imprese trattando dati rilevanti per la concorrenza raccolti dall'impresa o richiedendo termini e condizioni che consentano tale trattamento; rifiutare l'interoperabilità di prodotti o servizi o la portabilità dei dati, o renderla più difficile, e in tal modo ostacolare la concorrenza; fornire ad altre imprese informazioni insufficienti sulla portata, la qualità o il successo del servizio reso o commissionato, o comunque rendere più difficile per tali imprese la valutazione del valore di tale servizio; richiedere vantaggi per la gestione delle offerte di un'altra impresa che siano sproporzionati rispetto ai motivi della richiesta.

acquistata per un corrispettivo molto elevato in relazione al suo potenziale, possano sfuggire al controllo dell'autorità.

Anche in merito al divieto di abuso di dipendenza economica nell'ambito del settore digitale sono state introdotte importanti novità in Germania, con un intervento del legislatore di tipo più prettamente regolatorio. L'art. 20(1) GWB prevede espressamente che il divieto di abuso di potere di mercato possa estendersi a imprese che operano come intermediari in mercati multi-versante (le piattaforme) nella misura in cui altre imprese dipendano dai loro servizi di intermediazione per accedere ai mercati di approvvigionamento e di vendita in circostanze in cui non esistano sufficienti e ragionevoli alternative. Inoltre, l'art. 20(1a) GWB prevede una autonoma fattispecie tipica di abuso di dipendenza economica nel caso di rifiuto alla condivisione dei dati in presenza di: *(i)* "controllo" dell'accesso ai dati da parte di un'impresa, *(ii)* stato di dipendenza di altra impresa all'accesso ai dati per le proprie attività, *(iii)* rifiuto di condivisione dei dati in cambio di un "adeguato compenso", che possa costituire un "ostacolo abusivo" alla impresa dipendente [26].

Al di là degli interventi normativi implementati a livello nazionale, rileva più di tutti l'adozione a livello UE di una serie di atti che disegnano la strategia europea per il c.d. "*digital future*" [27]. Già in precedenza, comunque, l'attivismo europeo si è fatto sentire su scala mondiale con il *General Data Protection Regulation* (GDPR) del 2016 che ha imposto una serie di stringenti obblighi di protezione dei dati personali degli utenti europei e che ha inciso, sotto vari aspetti, anche sui sistemi di funzionamento delle piattaforme digitali [28], e il regolamento (UE) 2019/1150 (*Platform2Business*), volto ad affrontare anche il problema della crescente dipendenza degli utenti commerciali dalle piattaforme con cui instaurano rapporti commerciali, attraverso regole di condotta e obblighi di trasparenza [29].

Negli anni successivi, però, pur tenendosi conto della capacità del diritto della concorrenza di reagire all'evoluzione dei mercati, si è invocata una disciplina pe-

---

[26] Per un approfondimento sull'attuale disciplina tedesca e sulle riforme in materia di diritto della concorrenza si veda P. FABBIO, *Il diritto della concorrenza in Germania: osservazioni e valutazioni in prospettiva europea*, in questa *Rivista*, 2019, 549 ss.

[27] Commissione europea, Comunicazione "*Shaping Europe's digital future*", 19 febbraio 2020. In generale, per una panoramica relativa a quello che è stato chiamato anche "attivismo regolatorio europeo" e alle ragioni che avrebbero portato all'ascesa del regime di autoregolamentazione privata e al "ritorno" alla regolazione pubblica si veda G. BUTTARELLI, *La regolazione delle piattaforme digitali: il ruolo delle istituzioni pubbliche*, in *GDA*, 2023, 116 ss.

[28] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

[29] Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online.

netrante per il settore digitale ed è emersa una forte tendenza a prevedere soluzioni volte a regolare in maniera uniforme ed "*ex ante*" determinate condotte di grandi operatori del settore, in particolare di quelli che, di fatto, hanno acquisito la capacità di controllare l'evoluzione dei mercati e le condotte di altri soggetti.

Dopo un lungo processo di analisi e di consultazione, il legislatore europeo ha definito un quadro normativo nuovo mediante *(i)* il *Data Governance Act* (regolamento UE 2022/868), che stabilisce le modalità e i termini per un riutilizzo dei dati oggetto di diritti di terzi o detenuti da enti pubblici, fissando, tra l'altro, le condizioni per i servizi di intermediazione nella condivisione dei dati tra imprese [30], e *(ii)* tre regolamenti relativi rispettivamente ai mercati digitali (*Digital Markets Act* – DMA) [31], ai servizi digitali (*Digital Services Act* – DSA) [32] e all'intelligenza artificiale (*Artificial Intelligence Act* – AI Act) [33].

La scelta dello strumento regolamentare è stata dettata principalmente dallo scopo di fornire una disciplina organica per i servizi digitali e definire norme obbligatorie armonizzate direttamente applicabili su tutto il territorio dell'Unione. Per quanto riguarda il criterio territoriale, rileva la sua applicazione particolarmente ampia, tanto è vero che la nuova disciplina regolamentare si applica a qualsiasi soggetto che operi sul territorio dell'Unione e a qualsiasi servizio reso o sistema di intelligenza artificiale commercializzato o utilizzato all'interno del mercato unico, indipendentemente dallo stabilimento del soggetto o dalla origine del servizio o dalla costruzione del prodotto fuori dall'Unione. In tal modo, si è cercato di superare l'asimmetria tra i confini del regolatore e la dimensione globale dei principali soggetti interessati.

Un elemento comune che caratterizza tutti e tre i regolamenti è la previsione di poteri di vigilanza, controllo e sanzione in capo alla Commissione europea e agli Stati membri, sulla base di un'articolazione diversa, però, nell'ambito di applicazione di ciascun regolamento, soprattutto per quanto riguarda i criteri di attribuzione dei poteri sotto il profilo europeo e nazionale [34].

---

[30] Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla *governance* europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla *governance* dei dati).

[31] Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 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).

[32] Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

[33] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

[34] Per una panoramica generale con riferimento al tre regolamenti si veda L. TORCHIA, *I poteri di*

Con il *Digital Services Act*, entrato in vigore il 16 novembre 2022, l'Unione europea si è dotata di un quadro normativo uniforme per gli intermediari *online* [35], assicurando trasparenza e tracciabilità dei contenuti, protezione dei diritti dei consumatori, contrasto della diffusione di contenuti illegali, della manipolazione delle informazioni, della disinformazione *online*. Si prevede poi una differenziazione di previsioni e di interventi della Commissione europea e degli Stati membri. In particolare, la Commissione ha poteri di vigilanza diretta e di esecuzione e, nei casi più gravi, può imporre pesanti ammende, mentre a livello nazionale il Coordinatore dei servizi digitali (l'AGCOM in Italia) è responsabile della vigilanza, dell'applicazione del Regolamento nello Stato membro ed esercita funzioni di coordinamento delle altre autorità nazionali competenti. Inoltre, i destinatari dei servizi digitali possono chiedere un risarcimento per danni o perdite subite a seguito di violazioni ad opera delle piattaforme. La Commissione dispone comunque di poteri esecutivi analoghi a quelli esercitati nell'ambito dei procedimenti antitrust.

Di recente, al fine di intercettare possibili implicazioni dell'intelligenza artificiale per la tutela degli interessi pubblici e dei diritti fondamentali delle persone, è stato adottato anche il regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, volto a disciplinare l'immissione sul mercato UE dei sistemi di intelligenza artificiale (IA) sulla base di un approccio *ex ante* in funzione del rischio. L'impostazione adottata è modulare e si articola in divieti assoluti per i sistemi di IA che presentano un rischio inaccettabile, prescrizioni obbligatorie per i sistemi che presentano un elevato rischio e per i modelli di IA con finalità generali, obblighi di trasparenza per i sistemi che interagiscono direttamente con le persone fisiche, sino a giungere alla previsione di codici di condotta e di buone pratiche per contribuire al conseguimento degli obiettivi del regolamento. Per le violazioni si prevedono sanzioni pecuniarie rilevanti, misure restrittive nonché il ritiro dal mercato del sistema di IA nei casi di non conformità. Sotto il profilo dell'*enforcement*, a livello europeo si prevede l'Ufficio per l'IA, che opera a supporto della Commissione nell'attuazione del regolamento nonché nella definizione dell'approccio dell'Unione alle iniziative internazionali in materia di IA e ha compiti specifici riguardanti i modelli GPAI (modelli di IA per finalità generali – *General Purpose AI*), su cui la Commissione ha competenza esclusiva. Il Consiglio europeo per l'IA (*European Artificial Intelligence Board* – EAIB), composto anche da un rappresentante per Stato membro, fornisce consulenza e assistenza alla Commissione e

vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 1101 ss.

[35] Si tratta in sostanza di tutti i servizi digitali che mettono i consumatori in collegamento con beni, servizi o contenuti, tra cui i mercati *online* e i *social network*, delle piattaforme di condivisione dei contenuti e delle piattaforme di viaggio *online* e di alloggi, degli *app store*, dei servizi di *cloud* e *hosting web*, delle piattaforme di economia collaborativa.

agli Stati membri per agevolare l'applicazione del regolamento, mentre un Forum consultivo (con i rappresentanti degli *stakeholder*, l'Agenzia europea per i diritti fondamentali, l'ENISA e gli organismi europei di normazione), svolge un'attività di consulenza, mediante pareri e raccomandazioni, e competenze tecniche al Consiglio per l'IA e alla Commissione. È previsto anche un Gruppo di esperti scientifici indipendenti, selezionati dalla Commissione, che offre consulenza e sostegno sia all'Ufficio per l'IA sia alle autorità di vigilanza del mercato degli Stati membri per il potenziamento delle capacità necessarie all'efficace esecuzione del regolamento. A livello nazionale è richiesto a ciascuno Stato membro di identificare una o più autorità competenti per l'applicazione del regolamento (può trattarsi di autorità già esistenti o autorità di nuova istituzione), tra cui almeno un'autorità di notifica e almeno un'autorità di vigilanza del mercato.

L'AI Act è entrato in vigore il 2 agosto 2024, ma le diverse sezioni del regolamento lo saranno di volta in volta, secondo una scansione temporale improntata a gradualità [36].

Il regolamento su cui si focalizzeranno, però, le riflessioni che seguiranno sotto diversi profili è il *Digital Markets Act* (regolamento UE 2022/1925 o DMA), che segna una svolta rispetto all'approccio consolidato nel diritto della concorrenza, dove le condotte illecite sono accertate e sanzionate *ex post*. Il nuovo regolamento sancisce un articolato assetto normativo e istituzionale che si applica alle grandi piattaforme *online* e vieta pratiche che possano arrecare danno alla concorrenza.

Il modello di *enforcement* adottato dal DMA si caratterizza per un approccio fortemente centralizzato a livello UE, con l'attribuzione di ampi poteri alla Commissione europea di natura investigativa, esecutiva e sanzionatoria. In caso di violazione sistematica degli obblighi imposti, la Commissione può imporre anche rimedi comportamentali o strutturali, nel rispetto del principio di proporzionalità e delle consuete garanzie procedimentali.

La configurazione accentrata di questo sistema di vigilanza è confermata dalle previsioni secondo le quali gli Stati membri devono chiedere alla Commissione di avviare un'indagine nel caso in cui ritengono che un'impresa debba essere designata come *gatekeeper* o sospettano che sussistano violazioni sistematiche di un obbligo regolamentare [37]. Sempre al fine di assicurare l'applicazione coerente del-

[36] L'intero corpo regolamentare entrerà completamente in vigore in tempi piuttosto diluiti e secondo un percorso a tappe così scaglionato: i capi I (Disposizioni generali) e II (Pratiche di IA vietate) si applicano dal 2 febbraio 2025; il capo III, sez. IV (Autorità di notifica e organismi notificati), il capo V (Modelli GPAI), il capo VII (*Governance*) e il capo XII (Sanzioni) si applicano dal 2 agosto 2025; le altre previsioni si applicano dal 2 agosto 2026; per i sistemi IA ad alto rischio che sono componenti di sicurezza di prodotti soggetti a norme UE armonizzate gli obblighi dell'AI Act si applicano dal 2 agosto 2027.

[37] Art. 41, par. 2, reg. UE 2022/1925.

le nuove regole è previsto che gli organi giurisdizionali «non formulano decisioni che siano in contrasto con una decisione adottata dalla Commissione» e che essi evitino «decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati», disponendo se del caso la sospensione del giudizio nazionale [38]. Tali previsioni costituiscono un elemento di novità perché incidono sul processo giurisdizionale nazionale e infatti anche i giudici, come le autorità nazionali, sono coinvolti nell'obiettivo di assicurare l'applicazione coerente del regolamento, al fine di limitare l'adozione di decisioni in contrasto con quelle della Commissione. A tal proposito, si prevede un flusso informativo continuo fra i giudici nazionali e la Commissione.

È introdotto, dunque, un assetto dei poteri di vigilanza, controllo e sanzione fortemente centralizzato in capo alla Commissione, in misura certamente maggiore rispetto all'assetto oggi vigente per la tutela della disciplina della concorrenza.

La peculiarità del DMA consiste principalmente nella possibilità di adottare misure – sia comportamentali che strutturali – *ex ante* nei confronti delle piattaforme attive nei mercati digitali con un significativo potere di mercato, senza dover accertare alcun illecito. Tali misure sono previste al fine di assicurare mercati equi e contendibili nel settore digitale e per garantire una disciplina uniforme in tutto il territorio europeo, evitando così una frammentazione degli interventi nazionali.

L'insieme delle iniziative legislative delle istituzioni europee in ambito digitale testimonia senz'altro l'esigenza dell'Unione europea di intervenire in un settore complesso e che si evolve velocemente, cercando di recuperare terreno e di "regolare" fenomeni fino a poco tempo fa non specificamente attenzionati, rafforzando la propria voce a livello internazionale, con l'estensione dei suoi poteri di vigilanza e controllo ben oltre i confini territoriali, riconoscendo alla regolazione e al potere pubblico una dimensione globale.

Il DMA, in particolare, è idoneo a determinare inevitabilmente un impatto significativo sulla concorrenza all'interno dei mercati digitali dell'UE, tanto da sollevare questioni relative all'avvio di indagini parallele e sovrapposte e alla potenziale emarginazione degli artt. 101 e 102 T.F.U.E. da quella che è a oggi una parte considerevole dell'economia europea. Dunque, si esaminerà in seguito l'impatto prospettico del nuovo regolamento sull'ambito di applicazione delle tradizionali norme antitrust, le possibili conseguenze per il ruolo delle autorità nazionali garanti della concorrenza e come il rapporto tra DMA e le regole di concorrenza possa incidere anche sul rispetto dei diritti fondamentali, in particolare del diritto a non essere perseguiti o sanzionati due volte per lo stesso reato, sancito dall'art. 50 Carta dei diritti fondamentali dell'UE (principio del *ne bis in idem*).

[38] Art. 39, par. 5, reg. UE 2022/1925.

4. *La relazione tra DMA e norme antitrust.*

L'entrata in vigore del DMA ha sollevato interrogativi urgenti in merito alla sua applicazione, soprattutto in considerazione dei potenziali conflitti con altre norme e, dunque, dell'importanza di garantire, da un lato, la certezza del diritto e, dall'altro, la piena efficacia della normativa che disciplina le condotte dannose delle piattaforme digitali.

In origine, la proposta non affrontava espressamente la questione relativa al rapporto tra le diverse norme, ma successivamente sono state date alcune risposte alle perplessità sollevate in merito alla relazione tra DMA e diritto della concorrenza, in considerazione di diverse previsioni contenute nel regolamento che richiamano – e in alcuni casi sono proprio modellate su – condotte rilevanti sotto il profilo antitrust, soprattutto con riferimento all'abuso di posizione dominante.

In effetti, gran parte degli obblighi stabiliti nel DMA riflettono alcuni precedenti antitrust. Per esempio, può dirsi ispirato al c.d. *self-preferencing* trattato nel caso *Google Shopping* [39] il divieto di garantire un trattamento più favorevole, in termini di posizionamento e relativi indicizzazione e *crawling*, ai propri servizi e prodotti rispetto a quelli analoghi di soggetti terzi e il corrispondente obbligo di applicare condizioni trasparenti, eque e non discriminatorie a tale posizionamento [40]. Sembra inoltre richiamare il caso *Amazon Marketplace* [41] il divieto imposto ai *gatekeeper* di utilizzare, in concorrenza con gli utenti commerciali, dati non accessibili al pubblico da questi generati o forniti [42]. Emerge poi il riferimento al caso *Apple Pay* [43] nell'ambito dell'obbligo di consentire, a titolo gratuito, ai fornitori di servizi e ai fornitori di *hardware*, così come agli utenti commerciali e ai fornitori alternativi di servizi forniti contestualmente o in ausilio ai servizi di piattaforma di base, l'effettiva interoperabilità e l'accesso a tal fine, con le stesse componenti *hardware* e *software* che sono disponibili per i servizi o l'*hardware* forniti dal *gatekeeper* [44]. Anche i casi nazionali *Booking.com* ed *Expedia* [45], oltre a

---

[39] Commissione europea, decisione del 27 giugno 2017, caso *AT.39740, Google Search* (*Shopping*).

[40] Art. 6, par. 5, reg. UE 2022/1925.

[41] Commissione europea, decisione del 20 dicembre 2022, caso *AT.40462*, *Amazon Marketplace*.

[42] Art. 6, par. 2, reg. UE 2022/1925.

[43] Commissione europea, decisione del 11 luglio 2024, caso *AT.40452*, *Apple – Mobile Payments*.

[44] Art. 6, par. 7, reg. UE 2022/1925.

[45] Si veda AGCM, che nel procedimento *I779* ha accolto, con delibera del 21 aprile 2015, gli impegni di *Booking*. Tali impegni sono stati accolti anche dalle autorità francese e svedese: *Autorité de la Concurrence*, decisione n. 15-D-06 del 21 aprile 2015 e *Konkurrensverket*, caso n. 596/2013, decisione del 15 aprile 2015. Si vedano anche *Bundeskartellamt, Hotel Reservation Service* (HRS), caso B 9-66/10, decisione del 5 marzo 2014 e *Bundeskartellamt, Booking*, caso B 9-121/13, decisione del 22 dicembre 2015.

quello dell'indagine della Commissione sugli *e-books* nei confronti di *Amazon* [46] si presentano come fonte di ispirazione per il divieto di impedire agli utenti commerciali di offrire gli stessi prodotti o servizi agli utenti finali attraverso servizi di intermediazione *online* di terzi o mediante il proprio canale di vendita diretta *online* a prezzi o condizioni diversi da quelli offerti attraverso i servizi di intermediazione *online* del *gatekeeper* [47]. Questi sono solo alcuni esempi di previsioni del DMA che ricalcherebbero l'esperienza in materia di diritto della concorrenza e che hanno sollevato dubbi e incertezze sull'effettiva applicazione del regolamento rispetto ai tradizionali strumenti antitrust.

Al riguardo, la stessa Margrethe Vestager, Vicepresidente esecutivo della Commissione europea, in un discorso tenuto a Bruges nel marzo 2022 [48], aveva sottolineato il fatto che l'applicazione del DMA e delle norme antitrust dell'UE fosse complementare e il regolamento non sarebbe stato destinato a sostituire queste ultime. In tal senso, in diversi passaggi del DMA si richiama il principio di complementarità rispetto alle norme antitrust, sottolineando nei considerando e in particolare all'art. 1, par. 6, DMA che si tratta di uno strumento normativo complementare agli artt. 101 e 102 T.F.U.E. e alle corrispondenti norme nazionali sulla concorrenza e che, dunque, non ne pregiudica l'applicazione [49].

Alla luce della decantata natura complementare del DMA e degli artt. 101 e 102 T.F.U.E. [50] emergono sostanzialmente tre questioni. Innanzitutto, sorge la domanda su come tale complementarità si rifletterà nella prassi di applicazione delle autorità garanti della concorrenza. In secondo luogo, poiché la complementarità comprende anche le norme nazionali sulla concorrenza, la questione della relazione di queste con il DMA deve essere affrontata da un punto di vista sostanziale. E infine, da una prospettiva giuridica, la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia sul principio del *ne bis in idem* può far luce sulla complementarità del DMA e delle disposizioni antitrust per quanto riguarda i procedimenti paralleli.

---

[46] Commissione europea, decisione del 4 maggio 2017, caso *AT.40153*, *Clausole MFN per gli e-book e questioni correlate*.

[47] Art. 5, par. 3, reg. UE 2022/1925.

[48] Discorso del Vicepresidente esecutivo Margrethe Vestager, *Keynote speech of EVP Vestager at the Global Competition Law Centre annual conference:* "*Competition policy: where we stand and where we're going*", *College of Europe*, Bruges, 2 Marzo 2020, reperibile al seguente indirizzo https://ec.europa.eu.

[49] In merito alla riflessione sul nuovo strumento e sul suo inserimento nel contesto europeo e nazionale si veda M. COLANGELO, *La regolazione ex ante delle piattaforme digitali: analisi e spunti di riflessione sul Regolamento sui mercati digitali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 415 ss.

[50] Sul carattere complementare delle norme si veda anche V. H.S.E. ROBERTSON, *The Complementary Nature of the Digital Markets Act and Articles 101 and 102 TFEU*, in 12 *J. of Antitrust Enforcement*, 2024, 325 ss., in cui si propone anche una tabella con le principali differenze tra DMA e norme antitrust, e P. LAROUCHE, A. DE STREEL, *The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions*, in 12 *J. of European Competition Law & Practice*, 2021, 543 ss.

Come già trattato, nel corso del tempo si sono susseguite opinioni diverse sulle intenzioni del legislatore in merito all'introduzione di questo nuovo strumento normativo, ma l'affermazione secondo cui le norme antitrust tradizionali sarebbero insufficienti a contenere lo strapotere dei giganti del *web* appare di dubbia consistenza e si potrebbe dire anche smentita dal fatto che il regolamento si basa molto sull'esperienza antitrust. Sembra dunque piuttosto chiaro che il DMA non intende colmare una lacuna che la normativa sulla concorrenza non potrebbe intercettare e coprire, ma è volto ad affrontare alcune debolezze inerenti all'applicazione delle regole di concorrenza. In effetti, il nuovo strumento normativo, pur prevedendo molti obblighi che si rifanno all'esperienza antitrust, presenta delle novità dettate per esempio dal fatto che in questo caso le previsioni possono essere automaticamente applicate nei confronti di più società, senza peraltro avviare un procedimento istruttorio che, come già ampiamente rappresentato, solleva spesso criticità anche dal punto di vista della durata dello stesso. Inoltre, le disposizioni del DMA non si limitano a vietare il proseguimento di condotte già in parte realizzate, ma a imporre misure positive che devono essere rispettate *ab origine* al fine di rendere i mercati più contendibili. A tal proposito, rileva il considerando 5 del regolamento, che prevede che, sebbene gli artt. 101 e 102 T.F.U.E. si applichino al comportamento dei *gatekeeper*, «l'ambito di applicazione di tali disposizioni è limitato a talune tipologie di potere di mercato, per esempio una posizione dominante in mercati specifici e di comportamento anticoncorrenziale, e la loro applicazione avviene ex post e richiede un'indagine approfondita, caso per caso, di fatti spesso molto complessi. Inoltre, il diritto vigente dell'Unione non affronta, o non affronta in maniera efficace, i problemi per quanto concerne l'efficiente funzionamento del mercato interno, imputabili al comportamento dei gatekeeper che non dispongono necessariamente di una posizione dominante in termini di diritto della concorrenza». Il considerando 5 spiega essenzialmente che gli *standard* probatori che devono essere soddisfatti affinché venga accertata una violazione del diritto della concorrenza sono elevati e che l'intervento avviene solo dopo che un *gatekeeper* ha adottato una condotta dannosa.

Emerge comunque un'intersecazione tra le due normative che solleva questioni in merito a una loro coesistenza o sovrapposizione che hanno costituito negli ultimi tempi aspetti di rilievo nell'analisi delle nuove regole sui mercati digitali.

Alcune previsioni del regolamento sembrano in effetti testimoniare incertezze e qualche incoerenza. Per esempio, il considerando 77, al fine di giustificare possibili future integrazioni del DMA, prevede che questo costituisca «una risposta normativa efficace e globale ai problemi posti dai gatekeeper». Ciò potrebbe far propendere per una scelta del legislatore europeo nel senso dell'autosufficienza (quindi esclusività) della disciplina del DMA ai fini del controllo del potere di mercato dei *gatekeeper*, ma tale conclusione sarebbe eccessivamente affrettata se si leggono altre previsioni del regolamento. Si tenga conto per esempio del considerando 11, che, come si analizzerà meglio in seguito, esplicita la differenza di

scopi perseguiti e di interessi tutelati tra DMA e diritto antitrust.

Il considerando 10 del DMA prevede espressamente che questo mira a integrare l'applicazione del diritto della concorrenza e dovrebbe dunque applicarsi lasciando impregiudicati gli artt. 101 e 102 T.F.U.E., le corrispondenti norme nazionali e le altre norme nazionali in materia di concorrenza. Tuttavia, l'applicazione di queste norme non dovrebbe pregiudicare gli obblighi imposti ai *gatekeeper* ai sensi del DMA e la loro applicazione uniforme ed effettiva nel mercato interno. In tal senso, l'art. 1, par. 5, reg. prevede che gli Stati membri non impongano ulteriori obblighi ai *gatekeeper* per mezzo di leggi, regolamenti o misure amministrative allo scopo di garantire l'equità e la contendibilità dei mercati, fermo restando che nessuna disposizione del DMA impedisce agli Stati membri di imporre obblighi alle imprese, comprese quelle che forniscono servizi di piattaforma di base, per questioni che non rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento, purché tali obblighi siano compatibili con il diritto dell'Unione e non derivino dal fatto che le imprese pertinenti hanno lo *status* di *gatekeeper* ai sensi del DMA. L'art. 1, par. 6, reg. prevede poi l'applicazione impregiudicata *(i)* delle norme nazionali in materia di concorrenza, con la precisazione che quelle che vietano forme di comportamento unilaterale possono essere applicate a imprese diverse dai *gatekeeper* o quando impongono ulteriori obblighi a questi ultimi, e *(ii)* del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio [51] e delle norme nazionali relative al controllo delle concentrazioni.

5. *Regolazione e concorrenza: il DMA costituisce una regolazione settoriale ex ante?*

In primo luogo, rileva sicuramente l'annoso tema della relazione tra regolazione settoriale e diritto generale della concorrenza, oggetto di ampio dibattito in merito a una loro complementarità e non alternatività. Infatti, sin dalla sua formulazione iniziale, ci si è chiesti se il DMA potesse considerarsi uno strumento di regolamentazione settoriale e, se sì, quale fosse il rapporto con le norme poste a tutela della concorrenza. Il rischio paventato da molti consisterebbe in un impatto considerevole del DMA sul quadro giuridico esistente con conseguenti sovrapposizioni con l'applicazione del diritto della concorrenza.

Come noto, nel contesto europeo la prassi e la giurisprudenza appaiono concordi nel riconoscere un rapporto di complementarità tra gli strumenti di regolazione, che opererebbero *ex ante*, in senso prescrittivo, tramite l'imposizione di obblighi positivi agli attori e il controllo su fattori determinanti del settore in que-

[51] Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese ("Regolamento comunitario sulle concentrazioni").

stione (quali per esempio l'accesso al mercato e il prezzo) e il diritto della concorrenza, che si applica a tutti i mercati e dunque ha una portata generale e opera *ex post*, laddove si verifichino condotte anticoncorrenziali.

La scelta di una regolazione *ex ante* per i mercati digitali porrebbe comunque il problema di garantire un bilanciamento tra certezza e flessibilità. In particolare, la previsione di obblighi dettagliati si contrappone a un approccio flessibile maggiormente idoneo a una più ampia interpretazione e valutazione delle condotte e a un più agevole adattamento a evoluzioni future, in considerazione del fatto che si tratta di mercati dinamici e in rapido e continuo sviluppo. Inoltre, ove la formulazione di tali obblighi non risulti sufficientemente chiara, nella pratica questo potrebbe minare l'efficacia applicativa del DMA e aprire la strada a controversie giudiziali.

Tenuto conto però degli altri settori sottoposti a regolamentazione, nel DMA appare assente un obiettivo propriamente settoriale, essendo focalizzato su una tipologia di servizi e di operatori piuttosto che su un vero e proprio settore economico. Inoltre, a differenza di quanto avviene tipicamente nel modello di regolazione settoriale, l'implementazione e l'applicazione del DMA sono concentrate a livello dell'Unione e non in ambito nazionale.

Non si può poi tralasciare quanto già analizzato, ossia che nella sostanza alcuni obblighi proposti nel DMA ricalcano la casistica antitrust e dunque appaiono più vicini alle norme di diritto della concorrenza che alla regolamentazione settoriale *ex ante* e semplicemente consentirebbero di "codificare" come regola un risultato che potrebbe essere raggiunto attraverso un potenziale procedimento di applicazione del diritto della concorrenza, saltandone le fasi di indagine.

In considerazione di ciò, si è anche sostenuto che il DMA presentasse una ibridazione degli strumenti strettamente regolatori e di quelli propri della disciplina antitrust [52], dal momento che comprenderebbe un *mix* di rimedi del diritto della concorrenza e strumenti di regolamentazione del mercato al fine di ottenere il risultato di un intervento rapido ed efficace nel settore digitale [53].

6. *DMA e norme antitrust: sussiste un rapporto di specialità oppure finalità e tutela di interessi sono differenti?*

Alla luce di quanto rappresentato sino ad ora, rileverebbe ancor di più la questione relativa al rapporto tra DMA e norme di concorrenza, provando per esem-

[52] Per maggiori dettagli sulla possibilità di qualificare le previsioni del DMA come una disciplina ibrida tra quella antitrust e quella regolatoria si veda L. TORCHIA, (nt. 34), 1101. Si veda altresì A. MANGANELLI, *La proposta di regolamento EU per i mercati digitali: ratio, criticità e prospettive di evoluzione*, in *Merc. conc. reg.*, 2021.

[53] Si veda in tal senso M. LIBERTINI, (nt. 14), 357.

pio a qualificarlo in termini di specialità. Questa ipotesi, in effetti, potrebbe trovare la sua ragion d'essere in alcune previsioni contenute nello stesso regolamento. Si fa riferimento in particolare al considerando 78, che fa salvo il potere della Commissione di aprire procedimenti ai sensi degli artt. 101 o 102 T.F.U.E. «per quanto concerne il comportamento dei gatekeeper che non è contemplato dagli obblighi di cui al presente Regolamento». Sembrerebbe così che la presenza di previsioni espresse del DMA escluderebbe l'applicazione delle norme di concorrenza rispetto alla medesima fattispecie [54].

Per molti la risposta alla coesistenza tra DMA e diritto antitrust sarebbe invece rintracciata nelle dichiarazioni contenute nel regolamento in merito al perseguimento di obiettivi complementari, ma differenti e alla tutela di interessi diversi rispetto alle norme di concorrenza. Il contenuto del considerando 11 ben si salderebbe peraltro con la disposizione contenuta nell'art. 1, par. 6, reg., che non pregiudicherebbe l'applicazione degli artt. 101 e 102 T.F.U.E.; sarebbe dunque esclusa la sussistenza di un rapporto di specialità.

D'altro canto, la finalità dichiarata del DMA è quella di «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» (considerando 7) [55]. Più esplicitamente, il regolamento persegue «un obiettivo complementare, ma diverso, alla protezione della concorrenza non falsata su un dato mercato», che «consiste nel garantire che i mercati in cui sono presenti gatekeeper siano e rimangano equi e contendibili» (considerando 11) [56].

Le nozioni di contendibilità e di equità, che costituirebbero gli obiettivi del DMA, non sono tuttavia ulteriormente definite nel testo del regolamento e vengono riprese nell'art. 1, par. 1, che esplicita il fine di assicurare «per tutte le imprese che i mercati nel settore digitale nei quali sono presenti gatekeeper siano equi e

---

[54] Sulla configurabilità del DMA come *lex specialis* e più in generale sul rapporto tra il regolamento e le norme di concorrenza si veda anche G. MONTI, *The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement*, in *Discussion Paper* n. 2021-04.

[55] Con riferimento alle finalità del DMA, si veda anche M. MAGGIOLINO, *Is the DMA (Un)fair?*, in 12(2), *J. of Antitrust Enforcement*, luglio 2024, 267. In particolare, il regolamento è equiparato alla morte, che in una poesia citata nell'art. è descritta come uno strumento che garantisce uguaglianza tra individui, sottolineando come le previsioni del DMA mirino non solo a impedire ai *gatekeeper* di aumentare le barriere all'ingresso, ma anche a riequilibrare l'allocazione delle risorse – e dunque a garantire pari opportunità – tra questi e i concorrenti.

[56] Le motivazioni del regolamento probabilmente testimoniano qualche incertezza, nell'*iter* di formazione delle norme, in ordine al rapporto del DMA con le norme generali di concorrenza. Tuttavia, le indicazioni più nette resterebbero quelle ricavabili dal considerando 11, nel senso della differenza di scopi perseguiti e di interessi tutelati fra DMA e diritto antitrust. Si veda in tal senso M. LIBERTINI, (nt. 9), 1069.

contendibili». Senza particolari definizioni, tali obiettivi non possono effettivamente dirsi estranei al diritto della concorrenza e, seguendo questa linea, si potrebbe pervenire anche a un risultato diverso da quello che sembrava fornire una prima lettura del considerando 11, ossia che DMA e norme generali di concorrenza sono sì complementari, ma nel senso che fanno parte di uno stesso sistema, cioè tutelano gli stessi interessi e perseguono gli stessi fini di buon funzionamento del mercato, se pure con impianto organizzativo e rimediale differente.

Secondo tale lettura, gli obiettivi del DMA potrebbero risultare sovrapponibili, o quanto meno interferenti, e non differenti rispetto a quelli del diritto della concorrenza.

Sicuramente, con riferimento alla contendibilità, si è parlato anche del DMA come di una "regolazione pro-concorrenziale", anche alla luce del considerando 107 in cui si precisa che l'obiettivo del regolamento è quello di «garantire l'equità e la contendibilità del settore digitale in generale e dei servizi di piattaforma di base in particolare, nell'ottica di promuovere l'innovazione, l'elevata qualità dei prodotti e dei servizi digitali, prezzi equi e concorrenziali, nonché un'elevata qualità e un'ampia scelta per gli utenti finali nel settore digitale». L'obiettivo sarebbe in sostanza quello di assicurare le dinamiche concorrenziali nei mercati digitali [57].

7. *L'enforcement centralizzato del DMA e il rapporto tra Commissione e Autorità nazionali.*

Un ulteriore interrogativo si è posto sull'*enforcement* "centralizzato" del DMA da parte della Commissione europea che sembra differenziarsi dall'approccio decentralizzato impiegato mediante altri interventi, come il DSA e gli *Artificial Intelligence Act* e *Data Act*, ma che appare in linea con l'obiettivo di promuovere il Mercato Unico Digitale attraverso l'armonizzazione.

Coerentemente con tale approccio, è fatto divieto agli Stati membri di imporre ulteriori obblighi ai *gatekeeper* nell'ambito di applicazione del regolamento e alle autorità nazionali di adottare provvedimenti in contrasto con una decisione assunta dalla Commissione in base alle sue norme (art. 1, par. 7, DMA). Adottando una sorta di soluzione di compromesso tra l'approccio accentratore sulla Commissione e le istanze degli Stati reclamanti uno spazio maggiore per le autorità nazionali, il rapporto tra Commissione e autorità di concorrenza è definito in termini di coope-

[57] Cfr. G. Bruzzone, *Verso il Digital Markets Act: obiettivi, strumenti e architettura istituzionale*, in *Riv. reg. merc.*, 2021, 323, in cui, in risposta a chi sostiene che il DMA non abbia finalità di natura concorrenziale perché trova la sua base giuridica nell'art. 114 T.F.U.E. e non nell'art. 103 T.F.U.E., si evidenzia che la tutela dell'equità e la riduzione delle barriere all'entrata per rafforzare una concorrenza effettiva nei mercati digitali (obiettivo del regolamento) non pregiudicherebbero l'applicazione dell'art. 114.

razione e coordinamento dal regolamento, secondo cui, per evitare sovrapposizioni, alle stesse è richiesto di collaborare e scambiare informazioni sulle rispettive azioni di esecuzione attraverso la rete europea della concorrenza (*European Competition Network*, ECN), senza però chiarire dettagliatamente in cosa si concretizzi tale coordinamento. All'art. 40, par. 5, si prevede l'istituzione di un gruppo ad alto livello di regolatori digitali, il cui scopo è quello di fungere da *forum* per la discussione di «questioni di cooperazione e coordinamento reciproci tra la Commissione e gli Stati membri nelle loro azioni di applicazione della legge».

La Commissione è l'unica autorità cui è conferito il potere di applicare il DMA e le autorità nazionali di concorrenza possono, di propria iniziativa, svolgere nel loro territorio un'indagine su un caso di possibile non conformità agli artt. 5, 6 e 7, previa informativa scritta alla Commissione: in tal caso, ove la Commissione apra un suo procedimento *ex* art. 20, l'azione delle autorità nazionali è preclusa (art. 1, par. 7, artt. 37 e 38 DMA) [58]. Tra le ragioni che avrebbero portato a tale centralizzazione di competenze ci sarebbe il fatto che i soggetti coinvolti sono caratterizzati da dimensioni rilevanti con un'operatività transfrontaliera che determina inevitabilmente un impatto significativo sul mercato interno [59].

L'art. 1, par. 5, DMA prevede che «[g]li Stati membri non impongono ai gatekeeper ulteriori obblighi per mezzo di leggi, regolamenti o disposizioni amministrative allo scopo di garantire l'equità e la contendibilità dei mercati», ma già la seconda parte di tale disposizione introduce un'eccezione, stabilendo che tale obbligo di armonizzazione (e di "non ingerenza" degli Stati membri) «lascia impregiudicate le norme che perseguono altri legittimi interessi pubblici, nel rispetto del diritto dell'Unione» e che «nessuna disposizione [del DMA] impedisce agli Stati membri di imporre, al fine di tutelare i consumatori o di lottare contro atti di concorrenza sleale, obblighi compatibili con il diritto dell'Unione alle imprese, compresi i fornitori di servizi di piattaforma di base, se tali obblighi […] non derivino dal fatto che le imprese pertinenti hanno lo status di gatekeeper […]».

Ciò significa che i *gatekeeper* designati ai sensi dell'art. 3 DMA potrebbero, in astratto, essere destinatari di ulteriori obbligazioni derivanti da un'altra disciplina di livello nazionale applicabile anche a soggetti diversi dai *gatekeeper*.

Alla luce di quanto sopra riportato, non sarebbe dunque preclusa agli Stati membri la possibilità di adottare nuove disposizioni di natura legislativa e/o regolamentare potenzialmente divergenti. Paradossalmente, "centralizzando" l'attività di *enforcement* del DMA a livello della Commissione europea senza limitare o

[58] Si segnala che il 23 luglio 2024 l'AGCM ha adottato con delibera Regolamento sulle forme di collaborazione e cooperazione ai sensi dell'art. 18 della l. 30 dicembre 2023, n. 214.

[59] Si veda in tal senso G. BRUZZONE, (nt. 57), 323, in cui si sottolinea peraltro che soluzioni decentrate comporterebbero inevitabilmente incertezze e frammentazione, in contrasto con l'ambizione della proposta legislativa di contribuire alla realizzazione di un mercato unico integrato nei settori in cui operano le grandi piattaforme.

comunque irrigidire l'attività legislativa degli Stati membri sulle medesime materie (a patto che, idealmente, la nuova normativa trovi applicazione anche per soggetti diversi dai *gatekeeper*), l'effetto ultimo del regolamento potrebbe essere quello di incentivare la proliferazione di legislazioni nazionali parallele, con il risultato di una maggiore frammentazione normativa (che è esattamente ciò che si vuole scongiurare *ab origine*, ponendo come base normativa per l'adozione del DMA proprio l'art. 114 T.F.U.E.) [60]. Si tratta di un "regolamento di confini" che sarà difficile da attuare sul piano applicativo e probabilmente costituirà uno dei punti più controversi.

Si potrebbe infatti assistere a una duplicazione delle azioni di applicazione a livello nazionale e dell'UE, una volta ai sensi dell'art. 102 T.F.U.E. o delle equivalenti norme nazionali e una volta ai sensi del DMA. Tali procedimenti paralleli richiederebbero inevitabilmente uno stretto coordinamento, non solo per garantire che questi strumenti rimangano complementari e che vi sia un'allocazione efficiente delle risorse da parte sia della Commissione europea sia delle autorità di concorrenza nazionali, ma anche per rendere giustizia al principio di *ne bis in idem* come stabilito dalla Corte di Giustizia (si veda *infra*).

8. *L'applicazione del principio di* ne bis in idem *e i potenziali conflitti di competenza.*

Quando si considera la natura complementare del DMA e delle norme antitrust, rileva inevitabilmente il principio di *ne bis in idem*, perché potrebbe configurarsi l'ipotesi di più procedimenti instaurati relativamente a un determinato soggetto e a una specifica condotta.

Il *ne bis in idem* costituisce un principio fondamentale del diritto dell'Unione [61], ormai sancito dall'art. 50 Carta dei diritti fondamentali dell'UE che stabilisce che «[n]essuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge». Il principio di *ne bis in idem* vieta quindi un cumulo tanto di procedimenti quanto di sanzioni con natura penale ai sensi del menzionato articolo per gli stessi fatti e nei confronti di una stessa persona. Tale

[60] Si veda in tal senso V. FALCE, M.M.F. FARAONE, *Mercati digitali e DMA: note minime in tema di enforcement*, in *Dir. ind.*, 2022, 5, in cui si ripercorrono alcuni recenti rinvii pregiudiziali sull'applicazione del principio di *ne bis in idem*, a testimonianza dell'attualità del dibattito.

[61] CGUE, 15 ottobre 2002, causa C-238/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM)*, causa C-244/99 P, *DSM NV e DSM Kunststoffen BV*, causa C-245/99 P, *Montedison SpA*, causa C-247/99 P, *Elf Atochem SA*, causa C-250/99 P, *Degussa AG*, causa C-251/99 P, *Enichem SpA*, causa C-252/99 P, *Wacker-Chemie GmbH* e *Hoechst AG*, causa C-254/99 P, *Imperial Chemical Industries plc (ICI)* v. Commissione, punto 59.

disposizione contiene un diritto corrispondente a quello previsto all'art. 4 del protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950. In tal senso, nei limiti in cui la Carta contiene diritti corrispondenti a diritti garantiti da tale Convenzione, l'art. 52, par. 3, Carta prevede che il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla Convenzione. Si deve quindi tener conto dell'art. 4 del protocollo n. 7 della Convenzione ai fini dell'interpretazione dell'art. 50 della Carta, senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea [62].

Come noto, l'applicazione dell'art. 50 della Carta non si limita unicamente ai procedimenti e alle sanzioni qualificati come "penali" dal diritto nazionale, bensì comprende – prescindendo da una siffatta qualificazione in diritto interno – procedimenti e sanzioni che devono essere ritenuti dotati di natura penale sul fondamento di determinati criteri (qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, natura dell'illecito e grado di severità della sanzione). In considerazione, dunque, del fatto che i procedimenti antitrust e quelli delle autorità di regolazione sono volti all'irrogazione di sanzioni amministrative aventi carattere afflittivo, è inevitabile una loro qualificazione penale. Pertanto, il principio di *ne bis in idem* è stato spesso richiamato anche in materia di diritto della concorrenza e con ancor più forza rileva oggi con l'entrata in vigore del DMA, perché la condotta di un *gatekeeper* potrebbe essere suscettibile di azioni esecutive ai sensi sia del nuovo regolamento sia delle norme antitrust e occorre capire se sia possibile eccepire in un caso del genere tale principio.

L'applicazione del principio di *ne bis in idem* è soggetta a una duplice condizione, vale a dire, da un lato, che vi sia una decisione definitiva anteriore (condizione «*bis*») e, dall'altro, che gli stessi fatti siano oggetto tanto della decisione anteriore quanto del procedimento o della decisione successivi (condizione «*idem*»).

Proprio con riferimento a quest'ultima condizione, è utile richiamare la Corte di Giustizia [63], che ha avuto modo di precisare come, oltre all'identità del soggetto, rilevi l'identità di fatti materiali, intendendoli come l'esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro che hanno condotto all'assoluzione o alla condanna definitiva dell'interessato. L'art. 50 della Carta vieta quindi di infliggere, per fatti identici, più sanzioni di natura penale a seguito di procedimenti differenti svolti a tal fine. Al riguardo, la Corte di Giustizia ha evidenziato che la condizione «*idem*» richiede che i fatti materiali siano identici e non meramente analoghi. L'identità dei fatti materiali deve dunque essere intesa

[62] CGUE (*grande chambre*), 20 marzo 2018, causa C-524/15, *Menci*, punti 23 e 60.

[63] CGUE (*grande chambre*), 22 marzo 2022, causa C-117/20v, *bpost SA v. Autorité belge de la concurrence*, punti 33 e 37; CGUE (*grande chambre*), 20 marzo 2018, causa C-524/15, *Menci*, punto 35; CGUE (*grande chambre*), 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate SA, en liquidation e a. v. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, punto 37.

come un insieme di circostanze concrete derivanti da eventi che sono, in sostanza, gli stessi, in quanto coinvolgono lo stesso autore e sono legati tra loro nel tempo e nello spazio [64].

Una limitazione del diritto fondamentale garantito dall'art. 50 della Carta può essere giustificata sulla base dell'art. 52, par. 1, della stessa e, dunque, se sussistono i requisiti di "legalità", perseguimento di una "finalità legittima" e "necessità". La Corte ha ritenuto che la possibilità di cumulare i procedimenti e le sanzioni rispetta il contenuto essenziale dell'art. 50 della Carta, a condizione che la normativa nazionale non consenta di perseguire e di sanzionare i medesimi fatti a titolo dello stesso reato o al fine di perseguire lo stesso obiettivo, ma preveda unicamente la possibilità di un cumulo dei procedimenti e delle sanzioni ai sensi di normative diverse. Nel caso *bpost*, la Corte ha avuto modo di constatare che le due normative in questione perseguissero obiettivi legittimi distinti: la normativa settoriale aveva per oggetto la liberalizzazione del mercato interno dei servizi postali, mentre la legge sulla tutela della concorrenza, nel caso di specie l'art. 102 T.F.U.E., mirava a garantire che la concorrenza non fosse falsata nel mercato interno.

Gli Stati membri, pertanto, possono prevedere un cumulo di procedimenti e sanzioni, ma ciò deve avvenire nel rispetto del principio di proporzionalità, che richiede che il cumulo di procedimenti e di sanzioni previsto dalla normativa nazionale non superi i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta fra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti.

A tal proposito, la Corte di Giustizia ha sottolineato che le autorità pubbliche possono legittimamente optare per risposte giuridiche complementari a determinati comportamenti nocivi per la società mediante diversi procedimenti che formano un insieme coerente in modo da trattare sotto i suoi diversi aspetti il problema sociale in questione, purché tali risposte giuridiche combinate non rappresentino un onere eccessivo per la persona di cui trattasi [65]. Pertanto, il fatto che due procedimenti perseguano obiettivi di interesse generale distinti, che è legittimo tutelare cumulativamente, può essere preso in considerazione, nell'ambito dell'analisi della proporzionalità di un cumulo di procedimenti e di sanzioni, quale fattore diretto a giustificare tale cumulo, a condizione che tali procedimenti siano complementari e che l'onere supplementare rappresentato da detto cumulo possa così essere giustificato dai due obiettivi perseguiti.

Quanto al carattere strettamente necessario di un siffatto cumulo di procedimenti e di sanzioni, occorre valutare se esistano norme chiare e precise che con-

[64] CGUE (*grande chambre*), 22 marzo 2022, causa C-117/20v*, bpost SA v. Autorité belge de la concurrence*.

[65] Corte EDU, 15 novembre 2016, causa *A e B v. Norvegia*, punti 121 e 132.

sentano di prevedere quali atti e quali omissioni possano costituire l'oggetto di un cumulo di procedimenti e di sanzioni nonché il coordinamento tra le diverse autorità, se i due procedimenti siano stati condotti in modo sufficientemente coordinato e ravvicinato nel tempo e se la sanzione eventualmente inflitta in occasione del primo procedimento sul piano cronologico sia stata presa in considerazione al momento della valutazione della seconda sanzione, di modo che gli oneri derivanti, a carico degli interessati, da un cumulo del genere siano limitati a quanto strettamente necessario e che il complesso delle sanzioni imposte corrisponda alla gravità delle infrazioni commesse [66].

Nel caso di applicazione del principio di *ne bis in idem* al diritto della concorrenza, l'elemento dell'"*idem*" non si basa soltanto sul duplice criterio (identità del fatto e identità del soggetto) [67], ma è caratterizzato da un criterio supplementare, ossia l'unicità dell'interesse giuridico tutelato dalle norme di cui si lamenta la violazione [68].

Il criterio aggiuntivo previsto per il diritto della concorrenza ha portato negli anni a interrogarsi sulle ragioni per le quali il principio del divieto di doppia incriminazione in tale settore differisca dal regime applicabile ad altri settori del diritto e sollevando perplessità sulla possibilità che si materializzino procedimenti paralleli e di decisioni finali in tutto sovrapponibili. In tal senso, nel caso *bpost*, nelle sue conclusioni, l'Avvocato Generale Michal Bobek [69] ha sottolineato che l'art. 50 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che sancisce il principio di *ne bis in idem*, debba avere lo stesso contenuto indipendentemente dal settore del diritto dell'Unione a cui esso si applica, salvo quando una specifica disposizione di diritto dell'Unione garantisca espressamente un livello di protezione più elevato. L'Avvocato Generale ha così proposto di allineare le posizioni applicando estensivamente il test basato sui tre criteri (autore, fatti rilevanti e interesse giuridico protetto) derivanti dalla giurisprudenza *Toshiba* a tutti i campi del diritto europeo, estendendo l'approccio specifico applicato nel diritto della concorrenza in una regola generale valida ai fini dell'applicazione del principio di *ne bis in idem* nell'Unione.

---

[66] Si veda in tal senso CGUE (*grande chambre*), 20 marzo 2018, causa C-524/15, *Menci*, punti 49, 52, 53, 55 e 58, nonché Corte EDU, 15 novembre 2016, causa *A e B v. Norvegia*, punti 130-132.

[67] In merito al duplice criterio si veda CGUE, 9 marzo 2006, causa C-436/04, *Van Esbroeck* e CGUE (*grande chambre*), 20 marzo 2018, causa C-524/15, *Menci*.

[68] CGUE, 14 febbraio 2012, causa C-17/10, *Toshiba Corporation e altri c. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*, punto 97; CGUE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, *Aalborg Portland A/S*, C-205/00 P, *Irish Cement Ltd*, C-211/00 P, *Ciments français SA*, C-213/00 P, *Italcementi – Fabbriche Riunite Cemento SpA*, C-217/00 P, *Buzzi Unicem SpA* e C-219/00 P, *Cementir – Cementerie del Tirreno SpA* v. *Commissione*, punto 338; CGUE, 29 giugno 2006, causa C-289/04 P, *Showa Denko KK* v. *Commissione*, punto 55.

[69] CGUE, Conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek del 2 settembre 2021, causa C-117/20, *bpost SA v. Autorité belge de la concurrence*, punto 122.

Le perplessità sull'applicazione del principio di *ne bis in idem* al diritto della concorrenza risultano ora tutt'altro che sopite con l'entrata in vigore del DMA [70]. È verosimile, infatti, come sopra accennato, l'ipotesi di procedimenti chiusi secondo la disciplina dettata dal DMA e di procedimenti ai sensi del diritto della concorrenza per le medesime condotte: ciò porrebbe problemi di compatibilità con il suddetto principio, che, come ricordato, trova, con riguardo alla tutela della concorrenza, un'applicazione meno rigida rispetto a quanto avviene in materia penale.

Alla luce delle condizioni stabilite dalla recente giurisprudenza ai fini dell'applicazione del principio di *ne bis in idem*, occorre dunque valutare se tali condizioni possano essere soddisfatte nei casi in cui dovessero avviarsi procedimenti ai sensi del DMA e degli artt. 101 e 102 T.F.U.E. (o equivalenti norme nazionali) [71].

Dando per presupposto che la condizione "*bis*" sia soddisfatta (vale a dire che vi sia una precedente decisione definitiva) e che, per quanto riguarda la condizione "*idem*", il trasgressore sia lo stesso, bisognerebbe stabilire se i fatti siano gli stessi e tale valutazione può essere anche particolarmente complessa. La Corte ha sostenuto che i fatti devono essere "identici" e, in base al caso *Nordzucker* [72], ciò deve essere esaminato con riferimento al territorio, al mercato del prodotto rilevante e al periodo durante il quale la condotta in questione ha leso la concorrenza. L'ultimo elemento può essere identificato in maniera agevole. Per quanto riguarda poi il territorio, il procedimento nazionale presumibilmente riguarderebbe il mercato interno e la condizione "*idem*" non sarebbe soddisfatta per i territori di altri Stati membri. Di conseguenza, alla Commissione non sarebbe impedita l'applicazione del DMA in (almeno) quegli altri territori (e forse nel territorio dello Stato membro in cui è stato avviato il primo procedimento, se le condizioni discusse di seguito non sono soddisfatte). Con riferimento, invece, al mercato del prodotto, anche se il DMA non richiede una definizione del mercato del prodotto rilevante, sollevando così interrogativi su come valutare il soddisfacimento di questa condizione, i servizi delle piattaforme digitali (per esempio ricerca *online*, *social network* ecc.) sono stati considerati mercati distinti in alcuni casi antitrust [73]. Di conseguenza, è proba-

[70] In alcuni casi è stato infatti sottolineato che l'entrata in vigore del DMA rafforzerebbe gli argomenti a favore di una riconsiderazione dell'approccio adottato sul tema del principio di *ne bis in idem*. Cfr. per esempio A. ANDREANGELI, *The Digital Markets Act and the enforcement of EU competition law: Some implications for the application of Articles 101 and 102 TFEU in digital markets*, in 43(11) *ECLR*, 2022, 496.

[71] Cfr. anche G. COLANGELO, *The European Digital Markets Act and* Antitrust *Enforcement: A Liaison Dangereuse*, in 47 *European L. Rev.*, 2022, 597 in cui si riprendono alcuni casi come esempio delle questioni sorte in merito all'applicazione del DMA e delle regole di concorrenza.

[72] CGUE (*grande chambre*), 22 marzo 2022, causa C-151/20, *Bundeswettbewerbsbehörde v. Nordzucker AG*, punto 41.

[73] Cfr. la decisione del Bundeskartellamt del 6 febbraio 2019, B6-22/16 – *Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing*. Si veda inoltre

bile che la definizione del mercato del prodotto nei procedimenti nazionali rifletta il servizio della piattaforma che rientra nell'ambito del DMA. Tuttavia, ciò potrebbe non verificarsi sempre e un mercato del prodotto in una decisione antitrust potrebbe essere stato definito in modo più restrittivo. Per esempio, l'espressione «servizi di intermediazione online» prevista dal DMA è abbastanza generica e ampia da poter coprire un'ampia gamma di piattaforme, che vanno dagli *app store* ai siti *web* di prenotazione, che potrebbero non appartenere allo stesso mercato dal punto di vista del diritto della concorrenza. Se si seguisse un approccio rigoroso, si potrebbe sostenere che, nella misura in cui il mercato del prodotto non corrisponde alla definizione del servizio della piattaforma prevista dal DMA, il *ne bis in idem* nemmeno si attiverebbe e sarebbe possibile assistere a procedimenti duplicati [74].

A ogni modo, una volta individuata e soddisfatta la condizione "*idem*" si dovrebbe valutare l'applicabilità dell'art. 52, par. 1, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, si può affermare che un *gatekeeper* può essere sottoposto a procedimenti paralleli ai sensi del DMA e delle norme antitrust per una stessa condotta laddove: *(i)* i procedimenti paralleli siano previsti dalla legge, *(ii)* si perseguano obiettivi e finalità complementari e *(iii)* sia salvaguardato il principio di proporzionalità.

Come ricordato in precedenza l'art. 1, par. 6, DMA prevede che il regolamento non precluda l'applicazione parallela delle norme antitrust. Dunque, il requisito *(i)* è rispettato. Per quanto riguarda il requisito *(ii)*, il DMA sottolinea la sua natura complementare rispetto alle norme antitrust, prevedendo al considerando 10 che il regolamento «mira a integrare l'applicazione del diritto della concorrenza». Il DMA sarebbe volto a salvaguardare la contendibilità e l'equità dei mercati delle piattaforme digitali e le norme antitrust mirerebbero a prevenire accordi anticoncorrenziali e l'abuso del potere di mercato, a beneficio della concorrenza e dei consumatori. Per molti, tale natura complementare sarebbe ulteriormente rafforzata dal fatto che il diritto del mercato interno (art. 114 T.F.U.E.) funge da base giuridica del DMA, a differenza dell'art. 103 T.F.U.E. sulle disposizioni relative al diritto della concorrenza [75].

Per quanto riguarda il principio di proporzionalità di cui al punto *(iii)*, la Corte ha stabilito che devono essere soddisfatti tre requisiti per far sì che sia rispettato tale principio: *(a)* l'esistenza di norme chiare e precise che consentano di prevedere quale condotta potrebbe essere soggetta a una duplicazione di procedimenti e sanzioni; *(b)* che i procedimenti paralleli siano sufficientemente coordinati e si

---

anche Commissione europea, decisione del 27 giugno 2017, caso *AT.39740, Google Search (Shopping)*, punto 154.

[74] Si veda in tal senso K. BANIA, *Fitting the Digital Markets Act in the existing legal framework: the myth of the "without prejudice" clause*, in 19(1) *European Competition J.*, 2023, 116.

[75] Si veda G. BRUZZONE, (nt. 57), 323.

svolgano entro un lasso temporale ravvicinato; *(c)* che la sanzione imposta nei precedenti procedimenti venga presa in considerazione nei procedimenti successivi.

Per quanto riguarda il requisito di cui alla lettera *(a)*, i *gatekeeper* sanno quali delle loro condotte possono essere soggette ad applicazione sia ai sensi del DMA che delle norme sulla concorrenza. Con riferimento alla lettera *(b)*, le previsioni di cui all'art. 38 DMA consentirebbero questo coordinamento, in particolare tramite l'affidamento all'*European Competition Network*. Infine, per quanto riguarda il requisito *(c)*, spetterà alle autorità coinvolte garantire che una sanzione precedente venga presa in considerazione in base alle linee guida per le sanzioni. In tal senso, si potrebbero prevedere norme vincolanti per tenere conto delle sanzioni precedenti o anche aggiornare sia le linee guida della Commissione europea sulla determinazione delle sanzioni sia le equivalenti linee guida nazionali.

In generale, comunque, l'approccio concorrenziale permane, ma sono altrettanto evidenti le incursioni "regolatorie" e sembrano residuare alcuni coni d'ombra in materia di competenza che si tenta di superare facendo riferimento a meccanismi cooperativi che dovranno necessariamente rivelarsi efficaci, anche perché le autorità dovranno muoversi in contesti inesplorati, mettendo a dura prova i loro poteri.

9. *I primi interventi applicativi del DMA.*

Una volta analizzati i principali profili sollevati con l'entrata in vigore del DMA, può essere utile esaminare i primi interventi della Commissione in tale contesto al fine di comprendere meglio l'effettiva applicazione del regolamento e la rispondenza dei risultati conseguiti rispetto alle aspettative.

La prima fase di designazione sulla base del DMA è stata sostanzialmente completata e, presumibilmente, nei prossimi anni l'elenco dei *gatekeeper* dovrebbe rimanere stabile. In particolare, la Commissione ha completato una prima serie di designazioni nel settembre 2023 nei confronti di *Alphabet*, *Amazon*, *Apple*, *ByteDance* (nota con *TikTok*), *Meta*, *Microsoft*, individuando 22 servizi da questi forniti come *core platform services* (di seguito anche "servizi di piattaforma di base" o "SPB"), per poi dichiarare, nell'aprile 2024, come *gatekeeper Apple* in un ulteriore SPB (iPadOS) e designare, nel maggio 2024, come settimo *gatekeeper Booking*.

Le imprese interessate hanno peraltro potuto presentare argomentazioni per dimostrare che non avrebbero dovuto essere designate come *gatekeeper* ai sensi dell'art. 3, par. 5, DMA. Delle dieci confutazioni ricevute [76] nell'ambito della

[76] La Commissione ha ricevuto confutazioni da *Alphabet* in merito al suo servizio di comunicazione interpersonale indipendente dal numero (N-IICS) *Gmail*, da *Apple* in merito al suo servizio di comunicazione interpersonale indipendente dal numero *iMessage*, da *ByteDance* in merito al

prima fase di notifiche, la Commissione ne ha accettate tre [77], respinte altre tre [78] e ha ritenuto che quattro confutazioni fossero sufficientemente fondate da indurla ad avviare indagini di mercato per valutare ulteriormente le argomentazioni in esse contenute [79].

Sin da subito non sono mancate pronunce delle Corti europee sull'applicazione del DMA. Ne è un esempio l'ordinanza del Tribunale del 9 febbraio 2024 con cui è stata respinta la richiesta di *ByteDance* di sospendere l'esecuzione della decisione con cui la Commissione l'ha designata come *gatekeeper*, riconducendo il servizio di piattaforma di base nella categoria di "servizi di social network online" e rilevando il raggiungimento delle soglie di cui all'art. 3 DMA. Infatti, nel novembre 2023, *Bytedance* ha presentato ricorso per l'annullamento della decisione davanti al Tribunale, con una istanza urgente di adozione di misure cautelari al fine di sospenderne l'esecuzione, con particolare riferimento agli obblighi di cui agli artt. 5, 6 e 15 DMA. Il Tribunale è successivamente intervenuto anche in merito al giudizio principale, rigettando il ricorso di *ByteDance* con sentenza del 17 luglio 2024. È stata infatti confermata la decisione della Commissione in merito alla designazione come *gatekeeper* della società, evidenziando peraltro come quest'ultima sia cresciuta in maniera esponenziale nell'UE, nonostante i pochi anni di attività, e anche soltanto per tale ragione non può essere accolta l'eccezione circa l'irrilevanza di *ByteDance* nel mercato di riferimento [80].

Analoghi ricorsi sono stati presentati da *Meta* e da *Apple*. In particolare, *Meta* ha presentato ricorso contro la designazione del "servizio di comunicazione interpersonale indipendente dal numero" *Messenger* e dei "servizi di intermediazione *online*" *Marketplace* come punti di accesso importanti affinché gli utenti com-

---

suo servizio di *social network online* (notificato da ByteDance come servizio di piattaforma per la condivisione di video) *TikTok*, da *Meta* in merito al suo servizio di comunicazione interpersonale indipendente dal numero *Messenger* e al suo servizio di intermediazione *online Marketplace*, da *Microsoft* in merito al suo servizio di comunicazione interpersonale indipendente dal numero *Outlook*, al suo servizio pubblicitario *online Microsoft Advertising*, al suo motore di ricerca *online* Bing e al suo *browser web* Edge, e da *Samsung* in merito al suo *browser web Samsung Internet Browser* (SIB).

[77] La Commissione ha accolto le confutazioni presentate da *Alphabet* riguardo a *Gmail*, da *Microsoft* riguardo a *Outlook* e da Samsung riguardo al *browser web* SIB.

[78] La Commissione ha respinto *in toto* le confutazioni presentate da *ByteDance* riguardo a *TikTok* e da *Meta* riguardo a *Messenger* e *Marketplace*.

[79] La Commissione ha avviato indagini di mercato per *iMessage* di *Apple* e per *Bing*, *Microsoft Advertising* ed *Edge* di *Microsoft*. Dopo un'attenta valutazione di tutti gli argomenti delle imprese interessate, tenendo conto del loro contributo e dopo aver ascoltato il *Digital Markets Advisory Committee*, la Commissione ha ritenuto che *iMessage*, *Bing*, *Edge* e *Microsoft Advertising* non fossero qualificabili come servizi di *gatekeeper* e ha così chiuso le indagini il 12 febbraio 2024.

[80] Tribunale, 17 luglio 2024, Causa *T-1077/23, Bytedance Ltd v. Commissione europea*. Si veda altresì l'Ordinanza del presidente del Tribunale del 9 febbraio 2024, Causa *T-1077/23 R, Bytedance Ltd v. Commissione europea*.

merciali raggiungano gli utenti finali [81]. Al riguardo, si segnala che già in fase di confutazione (dunque prima della decisione di designazione), contrariamente alle argomentazioni addotte da *Meta*, la Commissione ha ritenuto che *(i) Messenger* sia un servizio di piattaforma di base inteso come "servizio di comunicazione interpersonale indipendente dal numero" autonomo che non può essere considerato soltanto come la funzione *chat* del servizio di piattaforma di base di *social network online Facebook* e che *(ii) Marketplace* abbia utenti commerciali e che quindi costituisca anche un servizio di intermediazione *online* tra imprese e consumatori. *Apple*, invece, ha presentato ricorso contro la decisione di designazione come *gatekeeper* su specifici servizi [82] e contro la decisione di avviare un'indagine di mercato in relazione a *iMessage* [83].

Non solo. Nell'ottica di perseguire determinate condotte dei giganti del *web* in maniera rapida ed efficace, motivo per cui è sostanzialmente entrato in vigore il DMA, lo scorso 25 marzo la Commissione ha avviato le prime procedure istruttorie nei confronti dei *gatekeeper* designati, che dal 7 marzo 2024 avrebbero dovuto conformarsi alle previsioni del regolamento, ritenendo che determinate attività descritte dagli stessi negli appositi *report* di *compliance* presentati nel mese di marzo potrebbero risultare in violazione delle previsioni del regolamento. In particolare, la Commissione contesta ad *Alphabet* e *Apple* l'adozione di norme di *steering* con riferimento alle applicazioni per la vendita di altre applicazioni, in quanto per esempio l'inserimento di *link* esterni e il loro utilizzo da parte degli utenti potrebbe essere subordinato al pagamento di una commissione. Al riguardo, l'art. 5, par. 4, DMA prevede che il *gatekeeper* consenta gratuitamente agli utenti commerciali di comunicare e promuovere offerte agli utenti finali anche attraverso canali diversi dal proprio servizio di piattaforma di base e di stipulare contratti con tali utenti finali a prescindere dal fatto che si avvalgano dei servizi di piattaforma di base del *gatekeeper*. Al riguardo, le misure adottate dai due operatori potrebbero non essere pienamente conformi, imponendo restrizioni e limitazioni [84].

---

[81] Ricorso proposto il 15 novembre 2023, Causa *T-1078/23*, *Meta Platforms v. Commissione*.

[82] Ricorso proposto il 16 novembre 2023, Causa *T-1080/23*, *Apple v. Commissione*. In particolare, *Apple* contesta la qualifica del sistema operativo iOS come un punto di accesso importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali con la conseguente imposizione dell'obbligo di interoperabilità di cui all'art. 6, par. 7, DMA, contesta la qualifica di servizio di intermediazione online dell'*App Store Apple* come un singolo servizio di PSB e, ancora, ritiene che la Commissione abbia errato nel concludere che *iMessage* sia un servizio di comunicazione interpersonale indipendente dal numero.

[83] Ricorso proposto il 16 novembre 2023, Causa *T-1079/23*, *Apple v. Commissione*. *Apple* sostiene che *iMessage* non sia un servizio di comunicazione interpersonale indipendente dal numero e, pertanto, chiede l'annullamento – per questa parte – della decisione della Commissione di avvio di un'indagine di mercato ai sensi degli artt. 16 e 17, par. 3, DMA.

[84] Il 24 giugno 2024, la Commissione europea ha informato *Apple* delle conclusioni preliminari in base alle quali le sue regole relative all'*App Store* violano il *Digital Markets Act*, in quanto impediscono agli sviluppatori di app di indirizzare liberamente i consumatori verso canali alternativi per

Ancora, ad *Alphabet* si contesta l'adozione di misure relative al *self-preferencing* (per esempio con riferimento a *Google Shopping*, *Google Flights*, *Google Hotels*) nei risultati del proprio motore di ricerca. Infatti, la Commissione teme che non sia garantito un trattamento equo e non discriminatorio ai servizi di terze parti presenti sulle pagine di risultati di ricerca di Google e che dunque le misure adottate non eliminino i profili attenzionati non solo dall'art. 6, par. 5, DMA, che prevede che il *gatekeeper* «… non garantisce un trattamento più favorevole, in termini di posizionamento e relativi indicizzazione e *crawling*, ai servizi e prodotti offerti dal *gatekeeper* stesso …», ma anche dalle precedenti decisioni della stessa Commissione sul tema. Nei confronti di *Apple*, invece, si è avviata un'istruttoria anche in virtù di quanto previsto dall'art. 6, par. 3, reg. che prevede, tra l'altro, l'obbligo per i *gatekeeper* di consentire «… agli utenti finali di disinstallare con facilità qualsiasi applicazione software presente nel sistema operativo del gatekeeper, fatta salva la possibilità per tale gatekeeper di limitare tale disinstallazione in relazione alle applicazioni software essenziali per il funzionamento del sistema operativo o del dispositivo …». Dal *report* trasmesso da *Apple* non sembra pienamente riconosciuta agli utenti la libertà di scelta con riferimento alle applicazioni del sistema operativo. Infine, la Commissione ha avviato un procedimento contro *Meta* per verificare se il sistema "*pay or consent*" recentemente introdotto sia conforme all'art. 5, par. 2, DMA, che prevede il divieto per i *gatekeeper* di «combinare dati personali provenienti dal pertinente servizio di piattaforma di base con dati personali provenienti da altri servizi di piattaforma di base o da eventuali ulteriori servizi forniti dal gatekeeper o con dati personali provenienti da servizi di terzi», a meno che sia stata presentata all'utente finale la scelta specifica e quest'ultimo abbia prestato il proprio consenso a ciò, ai sensi del GDPR. La Commissione, in questo caso, teme che la possibilità di scelta fornita all'utente possa non rispondere a un'effettiva libertà del consenso prestato dall'utente, che deve decidere se prestare il proprio consenso al trattamento dei dati personali oppure avere accesso a una versione "*ads free*" della piattaforma di *social network*, dietro il pagamento di un compenso [85].

Il 24 giugno 2024, la Commissione ha avviato un'ulteriore procedura di non conformità contro *Apple* in ragione del fatto che i nuovi obblighi contrattuali per gli sviluppatori terzi di *app* e gli *app store* di terze parti, tra cui la nuova "*Core Technology Fee*" (commissione per le tecnologie di base) di *Apple*, potrebbero non garantire l'effettiva osservanza degli obblighi sanciti dal regolamento sui mercati digitali.

---

offerte e contenuti. *Apple* ha ora la possibilità di esercitare i propri diritti di difesa esaminando i documenti del fascicolo di indagine della Commissione e rispondendo per iscritto alle conclusioni preliminari della Commissione.

[85] Il 1° luglio 2024, la Commissione ha informato *Meta* delle sue conclusioni preliminari secondo cui il suo modello "*pay or consent*" non è conforme al DMA.

Le istruttorie avviate dovranno concludersi entro il termine di 12 mesi dall'avvio e la Commissione potrebbe anche imporre ai *gatekeeper* una sanzione pecuniaria fino al 10% del fatturato dell'ultimo esercizio finanziario [86].

Sarà interessante analizzare la posizione dei *gatekeeper* coinvolti e, soprattutto, verificare se gli esiti di tali procedure ai sensi del DMA confermeranno quelli dei procedimenti antitrust avviati in passato su temi analoghi dalla stessa Commissione o dalle autorità nazionali competenti.

In questi primi mesi di applicazione del regolamento sui mercati digitali, sembra comunque emergere *ab origine* la difficoltà degli stessi operatori a intercettare quanto richiesto dalla Commissione, dal momento che il DMA non prescrive le modalità specifiche mediante le quali vorrebbe che i *gatekeeper* rispettino le sue previsioni, rimettendo di fatto tale decisione alle imprese.

A tal proposito, rileva però l'art. 8, par. 2, DMA, che prevede per la Commissione, di propria iniziativa o su richiesta di un *gatekeeper*, la facoltà di aprire un procedimento e «adottare un atto di esecuzione che specifica le misure che il gatekeeper interessato deve attuare per garantire un'osservanza effettiva degli obblighi di cui agli articoli 6 e 7». Ebbene, proprio lo scorso 19 settembre la Commissione europea ha avviato due procedimenti per aiutare *Apple* a rispettare i suoi obblighi di interoperabilità ai sensi dell'art. 6, par. 7, DMA. Si tratta sostanzialmente di procedimenti caratterizzati da quello che potremmo chiamare "dialogo regolatorio" tra la Commissione e i *gatekeeper*.

In considerazione delle diverse attività svolte sin da subito dalla Commissione, è possibile comunque effettuare alcune prime valutazioni di merito sull'applicazione del DMA, anche al fine di meglio comprendere le differenze tra il regolamento e le tradizionali norme del diritto della concorrenza.

Come già rappresentato in precedenza, l'esigenza di prevedere il DMA è stata dettata soprattutto dalla complessità e dalla lungaggine dei tradizionali procedimenti antitrust nell'ambito dei quali la prima valutazione da effettuare consiste nella definizione del mercato. Come noto, si tratta di un'analisi che deve essere svolta in maniera accurata e approfondita sulla base della quale deve essere poi accertato l'illecito antitrust. Ebbene, con il DMA si è pensato di superare tale complessità rendendo agevole l'individuazione dei *gatekeeper* – e conseguentemente anche delle loro eventuali violazioni rispetto alle previsioni del regolamento – con la classificazione dei servizi di piattaforma di base – come definiti all'art.

[86] La Commissione ha inoltre adottato misure investigative per raccogliere informazioni in merito *(i)* alla nuova struttura tariffaria di *Apple* per *app store* alternativi in virtù dell'art. 6, par. 4, DMA e *(ii)* alle pratiche di classificazione di *Amazon* sul suo *marketplace* per un'eventuale violazione dell'art. 6, par. 5, DMA. Infine, la Commissione ha ordinato ad *Alphabet, Amazon, Apple, Meta* e *Microsoft* di conservare i documenti che potrebbero essere utilizzati per valutare l'effettiva conformità agli obblighi del regolamento e, ai sensi dell'art. 7, par. 3, DMA e a seguito di una richiesta motivata di *Meta*, ha concesso a questa una proroga di sei mesi per conformarsi all'obbligo di interoperabilità (art. 7 DMA) con riferimento a *Facebook Messenger*.

2 reg. – ai quali ricondurre gli specifici servizi degli operatori da designare. La velocità è ulteriormente garantita da un approccio proattivo che pone l'onere iniziale sul potenziale *gatekeeper*, che, infatti, se soddisfa le soglie, deve notificarlo alla Commissione europea. Questa, sulla base delle informazioni ricevute, designa l'impresa come *gatekeeper* nell'ambito di un "processo di designazione rapido", come precisato nel considerando 16 del DMA.

Per rispondere a una maggiore efficienza procedurale sono state fissate a monte delle soglie quantitative, così da superare anche il concetto di posizione dominante del diritto della concorrenza, ma riprendendo comunque un elemento che non è del tutto estraneo alla normativa antitrust. Basti pensare alle soglie fissate per il controllo sulle operazioni di concentrazione in cui la velocità di intervento è fondamentale.

Tali soglie fissate nel DMA potrebbero risultare caratterizzate da una scarsa flessibilità, ma è pur vero che questa sembra essere in qualche modo compensata dalla possibilità per la Commissione di avviare indagini di mercato. In generale, comunque, al fine di designare un *gatekeeper* è necessario effettuare delle valutazioni di merito: per prima cosa occorre definire in maniera precisa ogni servizio di piattaforma di base o SPB, poi è necessario applicare il principio di neutralità del dispositivo e identificare i servizi che rientrano in un SPB tenuto conto dell'interazione degli utenti commerciali e finali con tali servizi.

Il processo appena descritto, che potrebbe *prima facie* sembrare veloce, in realtà deve fare i conti con le confutazioni rappresentate dalle imprese destinatarie delle decisioni di designazione [87]. Infatti, un potenziale *gatekeeper* può sostenere che il suo servizio non costituisca un SPB e, laddove al contrario si dovesse confermare la riconducibilità del servizio a un SPB, potrebbe sollevare questioni in merito all'individuazione della corretta categoria di SPB. Per quanto riguarda la prima ipotesi, effettivamente *Microsoft* ha ritenuto che il suo servizio di posta elettronica *Outlook.com* non costituisse un "servizio di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero" ai sensi de DMA, a differenza di quanto ha poi deciso la Commissione. Ancora, con riferimento alla seconda tipologia di confutazione, si può ricordare *ByteDance*, che ha notificato *TikTok* come servizio di condivisione di video (dunque come un servizio che fornisce programmi o video generati dagli utenti per informare, intrattenere o educare), mentre la Commissione, pur non negando il fatto che *TikTok* rispondesse a tale definizione, ha ritenuto di doverlo classificare come un "servizio di *social network online*", ossia «una piat-

[87] Il considerando 23 del DMA prevede che «un'impresa che fornisce servizi di piattaforma di base dovrebbe, in circostanze eccezionali, poter confutare la presunzione secondo cui l'impresa ha un impatto significativo sul mercato interno dimostrando che, sebbene raggiunga le soglie quantitative definite nel presente regolamento, non soddisfa i requisiti per essere designata come gatekeeper». Tale eccezionalità non sembra tuttavia riscontrata sin dai primi processi di designazione, che sono stati caratterizzati da tutta una serie di confutazioni da parte delle imprese interessate.

taforma che consente agli utenti finali di entrare in contatto e comunicare gli uni con gli altri, condividere contenuti e scoprire altri utenti e contenuti su molteplici dispositivi e, in particolare, attraverso chat, post, video e raccomandazioni». In fase di designazione è dunque emersa la questione su quale categoria scegliere, anche perché *ByteDance* sosteneva che lo scopo primario del servizio fosse quello di fornire agli utenti video di breve durata sulla base dei loro interessi e per argomentare la tesi ha ripreso alcuni precedenti antitrust in termini di definizione del mercato rilevante [88]. La Commissione ha comunque optato per la classificazione come servizio di *social network online*, in quanto rifletterebbe meglio le caratteristiche e le funzionalità di *TikTok* e non ha considerato i precedenti in materia di diritto della concorrenza.

Anche *Meta* si è trovata a confutare, in fase di designazione, la riconducibilità di *Messenger* alla categoria di SPB "servizio di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero", ritenendo al contrario che quel servizio fosse soltanto accessorio al servizio di *social network Facebook*. Le sue considerazioni non sono state però accolte, tant'è vero che la Commissione ha qualificato *Messenger* come un servizio autonomo a tutti gli effetti, in quanto sarebbe utilizzato indipendentemente dal fatto che gli utenti finali utilizzino anche *Facebook*, per esempio quando *Messenger* è utilizzato tramite un'applicazione separata o con un *account Facebook* disattivato. Per la Commissione, infatti, non rileverebbe il fatto che *Messenger* si basa sull'*ID Facebook* per connettere tra loro gli utenti di *Messenger*. Anzi, tale integrazione solleverebbe ulteriori profili di barriere all'ingresso e a tal proposito la Commissione si richiama il considerando 64 del preambolo del DMA che riconosce che «i gatekeeper forniscono spesso servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero nell'ambito del loro ecosistema di piattaforme, e questo accentua ulteriormente le barriere all'ingresso per i fornitori alternativi di tali servizi e aumenta, per gli utenti finali, i costi del passaggio ad altri fornitori». Nella sua decisione di designazione la Commissione ha peraltro considerato come distinto tale servizio da WhatsApp, richiamando anche alcuni *report* pubblici secondo cui *Messenger* è il secondo servizio di messaggistica più utilizzato dopo *WhatsApp* o addirittura il più utilizzato in alcuni Stati membri, senza dare ulteriori spiegazioni di dettaglio.

In generale, nei primi mesi di applicazione del DMA si è riscontrato come, alla luce della previsione secondo cui sono i potenziali *gatekeeper* a notificare il raggiungimento delle soglie stabilite dall'art. 3, par. 2, DMA e a dare informazioni sui propri servizi e tenuto conto dei diversi obblighi del regolamento che riguar-

[88] Si veda in tal senso F. Bostoen, G. Monti, *The Rhyme and Reason of Gatekeeper Designation under the Digital Markets Act*, in *TILEC Discussion Paper* n. 2024-16, reperibile ai seguenti indirizzi: https://ssrn.com oppure http://dx.doi.org. In particolare, si evidenzia come tali precedenti non siano stati citati nella decisione della Commissione, ma si può pensare per esempio alla decisione del *Bundeskartellamt* del 2022, in cui l'autorità ha affermato che i servizi come *TikTok* non fanno parte del mercato dei *social network* (*Bundeskartellamt*, Caso *B6-27/21*, Provvedimento nei confronti di *Meta*, 2 maggio 2022, par. 152).

dano specifici servizi di piattaforma di base, possa esservi il rischio di un'implementazione – da parte degli operatori interessati – di descrizioni "strategiche" volte a delineare e classificare in proprio favore i servizi offerti. Per esempio, un potenziale *gatekeeper* potrebbe circoscrivere in maniera molto stringente i servizi, così da non raggiungere le soglie stabilite, oppure potrebbe far rientrare più servizi in una categoria molto ampia al fine di non intercettare specifici obblighi relativi a determinati servizi (come quelli relativi all'accesso e all'interoperabilità). Si tratta a ben vedere di informazioni e dati che, una volta trasmessi, determinano in capo alla Commissione il compito di svolgere analisi anche approfondite relativamente alle funzionalità e caratteristiche dei servizi nonché dell'uso che ne fanno gli utenti commerciali e finali, anche perché l'ipotesi di ricorso – come peraltro avvenuto da parte di *ByteDance*, *Meta* e *Apple* – è concreta.

Ecco, quindi, che, pur in presenza del considerando 23 del DMA, secondo cui «non dovrebbero essere prese in considerazione giustificazioni per motivi economici basate sulla definizione del mercato […], poiché non sono pertinenti per la designazione come gatekeeper», sembrano emergere, in tale contesto, analogie rispetto alle valutazioni proprie del diritto della concorrenza nell'ambito dei procedimenti avviati dalla Commissione europea o dalle autorità nazionali competenti. Si potrebbe quasi affermare che un processo analogo a quello della definizione del mercato sembrerebbe di fatto implementato anche per le decisioni di designazione e conseguentemente per le procedure instaurate in caso di presunta violazione delle previsioni del DMA.

In generale, una volta chiusa la fase di designazione, al fine di fornire rimedi efficaci e non rendere nulli gli sforzi fatti a livello normativo fino ad ora e al contempo non dimostrare l'incapacità del regolamento di apportare un valore aggiunto rispetto all'applicazione delle tradizionali regole del diritto della concorrenza, è importante che la Commissione intervenga prontamente in caso di presunte violazioni delle previsioni del DMA da parte dei *gatekeeper*, come sembra peraltro aver fatto già in questi primi mesi di applicazione del regolamento.

Le attività della Commissione sono peraltro avvantaggiate dalla presenza di obblighi e divieti espressamente fissati nel DMA che non rendono necessaria la dimostrazione di un danno significativo alla concorrenza, a differenza di quanto richiesto nell'applicazione del diritto antitrust. Ciò che conta è la prova della violazione di quella determinata previsione rispetto alla quale il *gatekeeper*, con riferimento allo specifico servizio in esame, avrebbe dovuto conformarsi.

10. *Considerazioni finali sulle possibili evoluzioni del rapporto tra DMA e norme antitrust.*

Sono state ripercorse le tappe che hanno portato all'intervento regolatore nel settore digitale, partendo dal decennio precedente in cui le autorità si sono attivate

in via residuale per valutare determinate condotte adottate sul mercato in questione, non tanto per il fatto che le norme a tutela della concorrenza sarebbero state limitate a specifici mercati e a specifiche pratiche (considerando 5 del DMA), quanto per la scelta di non intervenire nella convinzione della piena apertura dei mercati digitali ("*competiton is a click away*"). In sostanza, è stato per diverso tempo apprezzato il dinamismo concorrenziale introdotto dalla crescita dei grandi operatori digitali come un successo dell'economia di mercato, meritevole come tale di assecondamento. Inoltre, in USA e Cina sono state implementate politiche di *self-restraint* con l'obiettivo di non ostacolare i grandi operatori. Negli ultimi tempi, però, in Europa è emerso un atteggiamento di interventismo tutt'altro che marginale, sicuramente con riferimento ai mercati digitali, ma in generale nei diversi settori dell'economia. Ne è un esempio anche la consultazione che era stata avviata nel 2020 dalla Commissione europea sull'introduzione di un *New Competition Tool*, un nuovo strumento – appunto – che avrebbe consentito di avviare indagini approfondite a fronte di rilevanti criticità per il processo concorrenziale con la possibilità di imporre, al termine di apposite indagini, rimedi di natura comportamentale o addirittura strutturale nei confronti delle imprese [89]. Nell'ambito di tale consultazione era stato però messo in discussione un potere così invasivo e di portata generale in capo alla Commissione a tal punto da portare quest'ultima ad abbandonare l'iniziativa e a prevedere diverse proposte legislative, come quelle menzionate e trattate nel presente contributo.

Se, però, a livello UE il processo di introduzione di poteri dalla portata generale è stato arrestato, in diversi Paesi è avvenuto il contrario. Ne sono un esempio i *new competition tools* previsti nel Regno Unito [90], in Germania [91] e da ultimo in Italia. Infatti, con parere del 29 gennaio 2024, n. 61, il Consiglio di Stato si è espresso sull'art. 1, quinto comma, d.l. n. 104/2023, come convertito dalla l. n. 136/2023 ("Decreto Asset"), ritenendo che l'AGCM, in esito a un'indagine conoscitiva, possa imporre alle imprese interessate, anche in assenza di specifici illeciti quali intese anticoncorrenziali o abusi di posizione dominante, ogni misura strutturale o comportamentale al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza, "senza restrizioni di ordine settoriale o merceologico", nonostante l'art. 1 Decreto

[89] Cfr. "*Mercato unico: nuovo strumento complementare per rafforzare l'applicazione della normativa sulla concorrenza*", Bruxelles, 2020, reperibile al seguente indirizzo: https://ec.europa.eu.

[90] Cfr. *Enterprise Act 2002* (EA02), disponibile al seguente *link*: https://www.legislation.gov.uk.

[91] Cfr. art. 32f GWB in cui sono elencate le condizioni che giustificherebbero l'attivazione di tale strumento e sono rappresentati in maniera dettagliata i criteri di analisi del mercato che devono essere rispettati dall'Autorità. In particolare, tra gli elementi che giustificherebbero un simile intervento vi sono: (i) un elevato potere di mercato dal lato dell'offerta o della domanda; (ii) limitazioni all'entrata o all'uscita dal mercato o della capacità produttiva o della facoltà di cambio di fornitori o clienti; (iii) la presenza di condotte uniformi o coordinate da parte delle imprese; (iv) il boicottaggio di fattori produttivi o di clienti in rapporti verticali.

Asset sembrasse volto ad arginare aumenti ingiustificati dei prezzi dei voli [92]. Ai fini del presente contributo, senza entrare nel merito della vicenda, si evidenzia soltanto che l'interpretazione estensiva del Consiglio di Stato ha sollevato non poche perplessità, perché si tratta di una normativa dal potenziale impatto significativo sui poteri dell'AGCM, che potrebbe disporre provvedimenti di regolazione correttiva anche in assenza dei "tradizionali" illeciti antitrust [93].

Si segnala al riguardo che nel recente *report* "*The Future of European Competitiveness*" commissionato a Mario Draghi e pubblicato il 9 settembre 2024 dalla Commissione europea si suggerisce di introdurre un "new competition tool" per avviare indagini in determinate circostanze, ivi incluse quelle in cui azioni di *enforcement* non hanno avuto in precedenza effetti sulla concorrenza [94].

In generale, si può affermare che si sta assistendo da qualche anno a un percorso che potremmo chiamare di "progressiva regolazione" di diverse attività, in particolare quelle svolte nel settore digitale [95], e tutto ciò fa emergere con ancora più forza il tema del rapporto tra concorrenza e regolazione. D'altronde, tutte le volte in cui l'*enforcement* antitrust sembra sconfinare nel campo dell'*ex ante* o tutte le volte in cui, al contrario, è l'attività di regolazione ad avvicinarsi a un esercizio dei poteri *ex post*, si solleva la questione del possibile conflitto tra le diverse discipline e autorità.

Dopo ormai quattro anni dalla proposta del DMA, considerato un regolamento rivoluzionario, si assiste, infatti, ancora oggi, a un dibattito significativo circa il suo impatto dal punto di vista pratico sul diritto della concorrenza.

Il presente contributo ha così illustrato le diverse questioni pratiche, sostanziali e di diritto sollevate, soprattutto in termini di rapporto tra il regolamento e le norme di concorrenza, tra Commissione europea e Autorità nazionali e di applicazione del principio di *ne bis in idem*.

Le implicazioni del DMA sulla politica della concorrenza restano comunque tutte da vedere. La Commissione d'altronde ha la possibilità di decidere a quale disciplina ricorrere per far fronte a determinate condotte dei *gatekeeper* dannose per il mercato interessato. Potrà così accadere che, per un utilizzo più efficiente delle risorse, la Commissione opti per l'applicazione del regolamento. Tuttavia, in considerazione delle previsioni di quest'ultimo, che in gran parte ricalcano in ma-

---

[92] L'art. 1 Decreto Asset è peraltro rubricato «*Disposizioni per la trasparenza dei prezzi praticati sui voli nazionali*».

[93] Sulle questioni sollevate a seguito del parere del Consiglio di Stato, anche in termini applicativi, si veda M. LIBERTINI, *L'introduzione in Italia del "New Competition Tool" (all'insaputa del legislatore) – AGCM e prezzo dei biglietti di trasporto aereo passeggeri*, in *GDA*, 2024, 361.

[94] *Report "The future of European competitiveness"*, Part A, *A competitiveness strategy for Europe*, Settembre 2024, reperibile al seguente indirizzo: https://commission.europa.eu.

[95] Si veda anche F. DONATI, *Verso una nuova regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. reg. merc.*, 2021, 238.

niera generalizzata misure e rimedi ritenuti appropriati in casi specifici, si auspica che la sua applicazione avvenga sempre nel rispetto dei principi di proporzionalità e di certezza del diritto. Potrebbe peraltro rilevare una difficoltà – per la c.d. "*hard law*" – a imporsi sulle grandi piattaforme digitali, anche tenuto conto della rigidità che potrebbe caratterizzare alcune previsioni del regolamento. Non possono infatti essere sottovalutati la flessibilità insita delle tradizionali norme antitrust e i vantaggi degli interventi *ex post* del diritto della concorrenza, come la capacità di analizzare in maniera approfondita determinate condotte, caso per caso, alla luce dei mercati interessati, dei concorrenti attuali o potenziali, nonché delle eventuali efficienze generate, portando così a valutazioni molto accurate.

Il DMA potrebbe infatti non essere sempre in grado di fornire risposte adeguate ai mercati digitali e in tali circostanze la normativa antitrust può risultare lo strumento più efficace da adottare e nemmeno si esclude che il principio di tutela della concorrenza possa trarre nuova linfa dall'applicazione del DMA.

Il regolamento, comunque, si basa su una forte consapevolezza dei problemi relativi ai mercati digitali ed è caratterizzato da elementi di speditezza e celerità nell'intervento, tanto è vero che gli obblighi previsti, che – come ricordato più volte – in gran parte coincidono con impegni e rimedi adottati nell'ambito di procedimenti antitrust, sono imposti direttamente ai *gatekeeper* senza dover avviare un'istruttoria lunga e complessa per poi intervenire con un provvedimento finale [96]. In tal senso, la Commissione europea ha un compito molto importante, perché è chiamata a intervenire con tempestività per non annullare i benefici che hanno dato vita alla nuova normativa e ciò deve essere fatto garantendo un funzionamento regolare del meccanismo di cooperazione e coordinamento previsti dagli artt. 38 e 1, settimo comma, DMA e nel rispetto del principio del *ne bis in idem*, garantendo un processo dinamico e complementare con riferimento alle norme antitrust.

Ciò si rende necessario anche tenuto conto dei modelli di *business* interessati dal *Digital Markets Act*, perché questi, pur presentando aspetti comuni, possono risultare anche molto diversi tra loro e applicare a essi regole generali e "statiche" è sfidante e rischioso. È dunque importante prevedere un dialogo efficace tra Commissione e imprese affinché queste possano anche comprendere appieno le modalità specifiche mediante le quali conformarsi al DMA, che al momento non offre prescrizioni in tal senso. Un'eccessiva rigidità dell'approccio normativo in settori ad alto tasso d'innovazione potrebbe infatti portare a disincentivare i grandi operatori a effettuare determinati investimenti, a differenza di quanto avviene in altri continenti, in mercati così dinamici e in rapida evoluzione. Tale rischio rileverebbe con forza anche in considerazione dell'obbligo di informazione previsto all'art. 14 DMA in merito alle concentrazioni dei *gatekeeper*, a prescindere dal fatto che tali operazioni

[96] Si vedano, tuttavia, alcune considerazioni fatte nel paragrafo precedente con riferimento, per esempio, alla definizione del mercato rilevante.

siano notificabili alla Commissione a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 o a un'autorità nazionale della concorrenza competente ai sensi delle norme nazionali sulle concentrazioni. Peraltro, al fine di garantire che la politica sulla concorrenza si adatti ai cambiamenti dell'economia e non diventi un ostacolo al raggiungimento degli obiettivi dell'Europa (ivi incluso quello di ridurre il *gap* con USA e Cina), nel *report* "*The Future of European Competitiveness*" recentemente pubblicato è inserita una proposta volta a enfatizzare il peso dell'innovazione e della concorrenza futura nelle decisioni della Commissione, suggerendo di riconoscere, nell'ambito del controllo sulle operazioni di concentrazione, una vera e propria "*innovation defence*" in favore delle imprese interessate [97].

La sfida principale sarà dunque quella di intervenire con il giusto bilanciamento tra velocità e accuratezza della valutazione, flessibilità e certezza giuridica.

[97] Nella parte A del *report*, 13, si evidenzia che per esempio «since innovation in the tech sector is rapid and requires large budgets, merger evaluations should assess how the proposed concentration will affect future innovation potential in critical innovation areas».