

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/368511837>

Il Digital Markets Act e il ruolo dell'Unione europea verso un costituzionalismo digitale

Article · December 2022

CITATIONS

0

READS

46

1 author:



[Aldo Iannotti della Valle](#)

Suor Orsola Benincasa University of Naples

14 PUBLICATIONS 5 CITATIONS

SEE PROFILE

Aldo Iannotti Della Valle

**IL *DIGITAL MARKETS ACT*
E IL RUOLO DELL'UNIONE
EUROPEA VERSO UN
COSTITUZIONALISMO DIGITALE**

Estratto

IL *DIGITAL MARKETS ACT* E IL RUOLO DELL'UNIONE EUROPEA VERSO UN COSTITUZIONALISMO DIGITALE

SOMMARIO: 1. Concorrenza e benessere dei consumatori dall'ordoliberalismo al *Digital Markets Act*. — 2. La dimensione costituzionalistica della concorrenza nell'era digitale. — 3. Concorrenza e innovazione tecnologica tra strumenti di tutela *ex ante* ed *ex post*. — 4. Oligopolio dei dati e adeguatezza tecnologica: criticità e prospettive future. — 5. Costituzionalismo digitale e concorrenza dopo il *Digital Markets Act*.

1. *Concorrenza e benessere dei consumatori dall'ordoliberalismo al Digital Markets Act*.

La tutela della concorrenza (1) è già da anni la leva attraverso cui l'Unione europea sta acquisendo un ruolo di primo piano nella regolamentazione del settore digitale, anche nei confronti delle cosiddette *Big Tech* (2).

Questo ruolo si è finora manifestato soprattutto in applicazione di norme non specificamente tarate sui mercati digitali, come gli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che forniscono una tutela *ex post* rispetto ad ogni abuso di posizione dominante. È stata soprattutto la formulazione “a maglie larghe” dell'art. 102 TFUE a fornire la base giuridica per alcune delle decisioni più incisive della Commissione europea, come la pronuncia *Google Android* (3). L'entità delle sanzioni irrogate, nel solo caso di Google pari complessivamente all'incredibile cifra di

(1) Sulla concorrenza nella disciplina euorounitaria, in generale, cfr. A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea. Profili sostanziali*, Torino 2018. Più in particolare, sul diritto della concorrenza nell'epoca delle *Big Tech*, cfr. M. JAMISON, *Applying antitrust in digital markets: foundations and approaches*, in *bciprf.org*, 2020; V. FALCE, M. GRANIERI, *La “search neutrality” tra regolazione e abuso di posizione dominante*, in *Merc. conc. reg.* 2016, fasc. 2, 289-312; V. VISCO COMANDINI, *Google e i mercati dei servizi di ricerca su Internet*, *ibidem* 2013, 541 ss.

(2) In merito ai rischi derivanti dalla posizione assunta dalle *Big Tech*, cfr. T.E. FROSINI, *Internet e democrazia*, in *Dir. Inf.* 2017, 670. Si veda, poi, N. PETIT, *The ‘Moligopoly Hypothesis’ and Holistic Competition: A Primer*, in *SSRN online*, 2016, il quale ha ipotizzato per le *Big Tech* una posizione “moligopolistica”, basata su un ibrido tra le figure di oligopolio e monopolio.

(3) Comm. eu., decisione 18 luglio 2018, caso AT.40099, *Google Android*, con cui la Commissione europea ha irrogato a Google una sanzione di 4,34 miliardi di euro per abuso di posizione dominante in relazione al sistema operativo *Android*. Sia

8,25 miliardi di euro negli ultimi anni (4), inevitabilmente ha finito per orientare la politica commerciale delle *Big Tech* (5) non solo in Europa ma a livello globale.

Il legislatore eurounitario ha più di recente intuito che una tutela esclusivamente *ex post* rischia di mostrare i suoi limiti di fronte a un contesto economico in rapidissima evoluzione. Con il regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che prende il nome di *Digital Markets Act (DMA)* (6), il diritto della concorrenza dell'Unione europea si arricchisce quindi di *forme di tutela prevalentemente ex ante* (7), finalizzate al raggiungimento di mercati digitali più aperti, equi e contendibili. Queste nuove tutele non si sovrappongono a quelle già esistenti (8), definite espressamente come *complementari* (9).

Il cammino del DMA è proceduto quasi di pari passo con quello della riforma dei servizi digitali, che prende il nome di *Digital Services Act (DSA)* (10), la cui proposta era stata pubblicata contestualmente il 15

consentito rinviare ad A. IANOTTI DELLA VALLE, *La tutela della concorrenza ai tempi di Google Android tra fondamenti costituzionali e analisi tecnologica*, in *Dir. inf.* 2021, 283-315, e alla dottrina ivi citata.

(4) Oltre a quella resa sul caso *Google Android*, riguardano la società di Mountain View anche le decisioni seguenti: Comm. eu., decisione 27 giugno 2017, caso AT.39740, *Google Shopping*, con cui la Commissione ha sanzionato per 2,42 miliardi di euro un abuso di posizione dominante relativo al servizio di acquisti online di Google; Comm. eu., decisione 20 marzo 2019, caso AT.40411, *AdSense*, con cui la Commissione europea ha sanzionato per 1,49 miliardi di euro un abuso di posizione dominante riscontrato nel campo dei *search advertising*. Cfr. G. CINTRA GUIMARÃES, *Global technology and legal theory. Transnational constitutionalism, Google and the European Union*, New York, Routledge, 2019, 74 ss.; A. BUTTA, "Google Search (Shopping)": una panoramica sul caso "antitrust" della Commissione europea, in *Riv. it. Antitrust* 2018, fasc. 1, 16 ss.; G. DE MINICO, *Does the European Commission's decision on Google open new scenarios for the Legislator?*, in *Oss. cost.* 2017; S. BROS, J.M. RAMOS, *Google, Google Shopping and Amazon: The Importance of Competing Business Models and Two-Sided Intermediaries in Defining Relevant Markets*, in *Antitrust Bull.* 2017, vol. 62, fasc. 2; I. DE CESARE, *Concorrenza e utilità sociale*, in *Federalismi.it* 2020, fasc. 8, 55 ss.

(5) Google si è per il momento adeguata a quanto richiesto alla Commissione in relazione alle diverse fattispecie, pur coltivando in taluni casi il contenzioso volto alla riduzione o all'annullamento delle sanzioni. Cfr., sul punto, A.M. GAMBINO, C. MANZI, *Intelligenza artificiale e tutela della concorrenza*, in *Giur. it.* 2019, 1657 ss.

(6) Reg. 2022/1925/UE.

(7) Si veda il *considerando* 5.

(8) Cfr. G. MONTI, *The Digital Markets Act - Institutional Design and Suggestions for Improvement*, TILEC Discussion Paper, 22 febbraio 2021, 3, che chiarisce: «*the DMA is more than an enhanced and simplified application of Article 102 TFEU: while the obligations may be criticized as being based on existing competition concerns, they are forward-looking in trying to create a regulatory environment where gatekeeper power is contained and perhaps even reduced*».

(9) Si vedano i *considerando* 9 e 11.

(10) Reg. 2022/2065/UE.

dicembre 2020 (11). L'accordo tra il Parlamento europeo e il Consiglio sul DMA è stato raggiunto il 24 marzo 2022. Il testo è stato poi pubblicato in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il 12 ottobre 2022 (12) ed è entrato in vigore il 1° novembre 2022, anche se si applicherà in larga parte a decorrere dal 2 maggio 2023. Il DSA, invece, è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il 27 ottobre 2022.

La scelta del tipo di fonte per il DMA e il DSA, come già nel caso del GDPR (13), è da salutare con favore, perché il regolamento affronta in modo più efficace fenomeni così ampi e globalmente radicati (14): la diretta applicabilità negli Stati membri consente di stabilire lo stesso livello di diritti e obblighi in tutta l'Unione e di garantire un'applicazione coerente delle norme.

Nello specifico, il DMA costituisce un importante passo avanti sulla strada della regolamentazione di Internet, nell'ottica di un maggiore benessere dei consumatori.

La concezione di concorrenza del DMA pare ispirata da una lettura attualizzante dei principi dell'ordoliberalismo (15): pensati per un contesto molto diverso da quello attuale, essi acquisiscono nuova luce in relazione all'emergere del potere delle *Big Tech* (16), quando la concorrenza deve essere letta in chiave strumentale rispetto all'obiettivo di salvaguardare, oltre al mercato economico, anche il «mercato delle idee» (17): il pensiero economico ordoliberalista guadagna così una rinnovata attualità anche attraverso le lenti del costituzionalista (18).

(11) La base giuridica di entrambe le proposte è nell'art. 114 TFUE. Sulla proposta di DMA, la sua base giuridica e i suoi obiettivi, in rapporto anche alle politiche antitrust degli Stati membri, cfr. V. FALCE, *Digital Markets between Regulation and Competition policy. Converging agendas*, in *EJPLT*, 2021, fasc. 1, 9 ss.; V. FALCE, N. M.F. FARAONE, *Digital Markets Act and competition law enforcement. A convergent approach*, in V. FALCE (a cura di), *Competition law enforcement in digital markets*. Torino 2021, 235 ss.

(12) GUUE, 12 ottobre 2022, n. 265.

(13) Reg. 2016/679/UE (*General Data Protection Regulation*).

(14) Il considerando 7 specifica la necessità di evitare la frammentazione e l'adozione di modelli di business differenziati tra gli Stati membri da parte dei *gatekeeper*.

(15) In questo senso, cfr. C. MASSA, *Ultimi sviluppi della riforma del digitale in Europa: il Digital Markets Act tra costituzionalismo europeo e concorrenza*, in *I Post di AISDUE*, 2021, fasc. 3, 142-143.

(16) Cfr. M. WÖRSDORFER, *Ordoliberalism 2.0: Towards a New Regulatory Policy for the Information Age*, in *SSRN online*, 26, che mette in connessione i principi dell'ordoliberalismo con le esigenze dettate dalla comparsa sulla scena economica delle *Big Tech*.

(17) Cfr. T.E. FROSINI, *Internet e democrazia* cit., 670.

(18) Di ordoliberalismo in una rinnovata prospettiva costituzionale si discute già, ad esempio, nella dottrina francese. Cfr. H. RABAULT, *L'ordolibéralisme: vers un constitutionnalisme économique?*, in *Rev. fr. dr. const.* 2019, fasc. 4, 91-101.

2. *La dimensione costituzionalistica della concorrenza nell'era digitale.*

Il costituzionalismo, nel ventunesimo secolo, non può essere indifferente alla tecnologia, ai problemi e alle opportunità che essa pone: al contrario, la principale sfida che lo attende è proprio quella di preservare la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo nel contesto della rivoluzione digitale (19).

Oggi c'è più che mai bisogno di un costituzionalismo che, a partire dalla necessaria delimitazione dell'esercizio dei poteri, non solo pubblici ma anche privati, consenta di valorizzare e tutelare i diritti in modo efficace.

La tutela adeguata dei diritti impone che si tenga conto di uno scenario profondamente mutato, in cui le *Big Tech* contano talvolta più degli Stati nazionali, e per questo passa necessariamente attraverso la tutela della concorrenza.

Questo nuovo antitrust, con solide radici nella Costituzione e nei Trattati europei, deve divenire elemento caratterizzante del costituzionalismo digitale.

Il fondamento più chiaro della tutela della concorrenza è nei Trattati dell'Unione europea, ma non mancano ulteriori fondamenti all'interno della Costituzione italiana, nonostante il testo originario del 1948 non se ne occupasse espressamente e oggi l'unico riferimento esplicito sia all'art. 117, nell'ambito della distribuzione di competenze tra Stato e regioni.

Nella prospettiva necessariamente globale imposta dall'ampiezza dei fenomeni in considerazione, riferirsi anche alla Costituzione italiana è in realtà molto utile. Richiamare il patrimonio di principi che ruotano attorno alla Carta è ben più di un semplice ausilio interpretativo: serve a farli rivivere in chiave evolutiva e a rafforzare così anche la tutela della concorrenza, a far camminare il passato con il presente e il futuro.

Le coordinate fornite da una lettura costituzionalistica della tutela della concorrenza aiutano a precisare meglio la sua connotazione quale principio anche del nostro ordinamento e, più in generale, contribuiscono a chiarire a cosa debba mirare il moderno antitrust.

Esso può anzitutto fondarsi sul richiamo all'«utilità sociale» contenuto nell'art. 41 della Costituzione: un concetto che ricomprende anche quello di benessere dei consumatori e della collettività (20).

(19) Sul ruolo del costituzionalismo nell'era digitale, si veda anzitutto T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Dir. Inf.* 2020, fasc. 4, 465; cfr. anche E. CELESTE, *Digital Constitutionalism: A New Systematic Theorization*, in *International Review of Law, Computers and Technology*, 2019, vol. 33, 76 ss.; con riguardo alle prospettive del costituzionalismo digitale in Europa cfr. il recente volume G. DI GREGORIO, *Digital Constitutionalism in Europe. Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge, Cambridge University Press 2022.

(20) Secondo I. DE CESARE, *Concorrenza e utilità sociale*, in *Federalismi.it* 2020, fasc. 8, 102, «la concorrenza può e deve trovare fondamento nell'art. 41, comma 2, Cost., perché è in questo fondamento che si ritrova la necessità che il legislatore, nel rispetto del diritto europeo, ne orienti la disciplina verso la realizzazione del benes-

È significativo rilevare che la stessa Corte costituzionale, sin dal 1982, ha ritenuto che la tutela della concorrenza fosse «diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi» (21).

La concezione di antitrust fondata sul benessere dei consumatori va oggi ulteriormente valorizzata secondo la nuova prospettiva suggerita dal costituzionalismo digitale: non solo in termini di efficienza economica (22), ma come ottenimento di un vantaggio in termini di maggiore qualità, innovatività e accessibilità dei prodotti tecnologici. Tale concezione diviene così, più che un limite, un incentivo a una legislazione antitrust costituzionalmente orientata.

In quest'ottica, è il caso di leggere il principio di concorrenza anche e soprattutto come esplicazione del principio di eguaglianza, che nella Costituzione italiana ha la sua tutela all'art. 3 (23). Il raggiungimento del benes-

sere sociale, fine riconosciuto esplicitamente anche nel Trattato di Lisbona, ma soprattutto principio fondamentale dell'ordinamento nazionale». Cfr. anche G. CORSO, *Il mercato. Profili costituzionali*, in *www.spisa.unibo.it* 2020, 22, il quale chiarisce che «concorrenza che non è più soltanto libertà di concorrenza, ma è un bene o un valore a beneficio dei consumatori».

(21) Corte cost., 2 dicembre 1982, n. 223; nello stesso senso, più di recente, Corte cost., 20 maggio 2013, n. 94; Corte cost., 29 ottobre 2015, n. 210. Sulla sentenza n. 94 del 2013, cfr. I. DE CESARE, *op. cit.*, 66; M. LIBERTINI, *Sulla legittimità costituzionale delle norme che impongono l'esclusività dell'oggetto sociale delle Società Organismi di Attestazione (S.O.A.) e vietano la partecipazione al capitale delle stesse da parte degli organismi di certificazione delle imprese*, in questa *Rivista* 2013, 1663-1675.

(22) Una concezione improntata a criteri di efficienza economica è quella prevalsa negli ultimi decenni negli Stati Uniti, anche se più di recente è stata messa in discussione. Nel 2017, un saggio di Lina Khan ha ripreso il "paradosso antitrust" e lo ha in un certo senso rovesciato, prendendo in esame il caso di Amazon e mettendo in evidenza come politiche dei prezzi predatorie siano anticoncorrenziali e dannose per il mercato. Nel farlo, l'A. ha suggerito un superamento dell'impostazione teleologica sin qui fondata sul benessere dei consumatori e sull'efficienza economica, che avrebbe favorito la formazione di potentati economici come quello di Amazon (cfr. L. M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in *Yale Law J.* 2017, vol. 126, 710 ss.; per l'originario "paradosso antitrust" si rinvia al classico R. H. BORK, *The Antitrust Paradox: A policy at war with itself*, New York, Free Press 1978). L'evoluzione del diritto antitrust negli Stati Uniti dovrà essere valutata anche a seguito della decisione che sarà resa dalla *U.S. District Court in the District of Columbia* sull'azione intentata dal Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti contro Google. Cfr., nella dottrina italiana, G. PRIEST, F. ROMANI, *L'antitrust negli Stati Uniti e in Europa. Analisi e psicoanalisi di una divergenza*, in *Merc. conc. reg.* 2002, 151 ss.

(23) Cfr. M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza* cit., 53, secondo cui «nessuno contesta [...] che l'obbligo di impedire la formazione di autorità o poteri privati si fonda sul compito prescritto alla Repubblica dall'art. 3, comma 2, Cost., che è reso operativo in subjecta materia dall'art. 41, comma 2, con riguardo ai

sere dei consumatori (24) si lega infatti alla necessità che tutti i cittadini accedano in egual modo e senza discriminazioni ai servizi digitali: specialmente a quelli che vengono forniti attraverso la rete Internet, che più ancora di altri concorrono al «pieno sviluppo della persona umana» (25).

La libera fruizione dei servizi digitali, che soltanto una maggiore concorrenzialità potrà assicurare, può anche costituire il varco per un'effettiva «pari dignità sociale»: l'accesso ai luoghi virtuali ove si svolge una parte sempre più significativa delle nostre vite non può essere orientato o limitato in alcun modo da chi detiene posizioni dominanti nei rispettivi mercati digitali. Anche per questo **l'odierno antitrust si riconnette strettamente alla tutela dei diritti.**

Sarà però sempre necessario verificare che la tutela della concorrenza non comporti un peggioramento dei servizi o inutili aggravii per gli utenti: essa deve servire, e non penalizzare, i cittadini che utilizzano i servizi digitali. Ad esempio, se *Google Search* viene percepito dall'utenza come il motore di ricerca più efficace e affidabile, la tutela della concorrenza non potrà mirare a scoraggiare o a renderne più complesso l'utilizzo. Anche con questo dato di fatto sarà necessario fare i conti, se si aspira davvero al benessere dei consumatori.

In definitiva, la tutela della concorrenza nell'era digitale deve ispirarsi ai principi dell'ordoliberalismo e a una lettura evolutiva del principio di eguaglianza, senza perdere mai di vista consumatori, cittadini e i loro diritti: a un ordoliberalismo digitale, insomma, non può non essere collegato un costituzionalismo digitale.

3. *Concorrenza e innovazione tecnologica tra strumenti di tutela ex ante ed ex post.*

Qualsiasi tentativo di regolamentazione dei mercati digitali deve mirare all'innovazione tecnologica e verificare che questa non venga rallentata da

limiti che l'iniziativa economica subisce in nome della garanzia delle libertà costituzionali». Sulla concorrenza come strumento per la tutela dell'eguaglianza, cfr. anche M. FIORILLO, *Concorrenza ed eguaglianza*, *ibidem*, 76 ss., secondo cui «nella direzione di favorire una maggiore interconnessione tra gli Stati europei, eliminando le diseguaglianze, i disagi e l'isolamento a cui alcuni territori sono stati esposti per anni e, sostanzialmente, realizzando anche in questo campo quella promozione sociale». Cfr. anche G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza*, *ibidem*, 23, secondo cui, in assenza di un intervento antitrust (sul modello europeo più che americano), rischiano di accentuarsi le diseguaglianze.

(24) Cfr. I. DE CESARE, *op. cit.*, 101, secondo cui, favorendo il benessere della collettività, il diritto antitrust va «nella direzione di favorire una maggiore interconnessione tra gli Stati europei, eliminando le diseguaglianze, i disagi e l'isolamento a cui alcuni territori sono stati esposti per anni e, sostanzialmente, realizzando anche in questo campo quella promozione sociale».

(25) Cfr. T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, Napoli 2015, 65.

effetti collaterali di scelte regolatorie, come accaduto anche nel recente passato (26).

Una maggiore offerta è infatti anche una migliore offerta, più ampia e innovativa.

Il DMA si occupa, nello specifico, di alcuni servizi (27) per cui la presenza di un numero limitato di grandi piattaforme ha determinato, o rischia di determinare, una scarsa contendibilità sia dei servizi stessi sia dei mercati in cui questi intervengono, soprattutto da parte delle PMI.

Il legislatore eurounitario parte dal presupposto che, sebbene nell'ambito dell'economia digitale europea operino oltre 10.000 piattaforme *online*, la maggior parte delle quali sono PMI, poche grandi piattaforme *online* si accaparrano la quota maggiore del valore complessivo generato (cosiddetti *gatekeeper* (28)).

Grazie alla supremazia tecnologica e al potere economico acquisiti, i *gatekeeper* creano vere e proprie barriere all'ingresso e all'uscita dai mercati digitali nei quali sono radicati, in un circolo vizioso che rischia di renderli sempre meno contendibili ed efficienti. Inoltre, la creazione di una forte

(26) Con riferimento al GDPR, ad esempio, l'analisi economica del mercato delle *app* ha evidenziato che, al netto dei benefici in termini di maggiore tutela dei dati personali, il regolamento ha causato nei primi quattro anni un rallentamento dell'innovazione, causando la fuoriuscita dal mercato delle *app* di un terzo di quelle esistenti e dimezzando il numero di nuove applicazioni sul *Google Play Store* (si tratta dei risultati emersi dal recente studio R. JANSEN, R. KESLER, M.E. KUMMER, J. WALDFOGEL, *GDPR and the Lost Generation of Innovative Apps*, NBER Working Paper 2022, n. 30028).

(27) I servizi di cui il regolamento si occupa sono i servizi di intermediazione *online* (come gli *app store* oppure i servizi nei settori della mobilità e dei trasporti), i motori di ricerca, i servizi di *social network*, i servizi di piattaforma per la condivisione di video; i servizi di comunicazione elettronica interpersonale indipendente dal numero; i sistemi operativi; i *browser*; gli assistenti virtuali; i servizi *cloud* e i servizi di pubblicità.

(28) Secondo P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Markets Act*, in *I Post di AISDUE*, 2021, fasc. 2, 32-33, la principale innovazione del DMA consiste proprio nell'introduzione della figura giuridica del *gatekeeper* e nella conseguente introduzione di obblighi concorrenziali connessi a tale status. La figura del *gatekeeper* era inizialmente emersa negli Stati Uniti, sia pure con caratteristiche diverse. Se nel DMA quello di *gatekeeper* è un concetto legato a parametri prevalentemente economici, per definire il grado di controllo su un mercato digitale, negli Stati Uniti il concetto è stato utilizzato soprattutto per definire il grado di controllo degli spazi *online* da parte dei gestori delle piattaforme digitali: negli Stati Uniti, quindi, il *gatekeeping* è una manifestazione di quella stessa sovranità digitale che consente, ad esempio, ai gestori delle piattaforme di assumere decisioni vincolanti in merito alla libertà di espressione o ad altri diritti fondamentali. Sulle origini della figura del *gatekeeper* nella dottrina statunitense, cfr. J. ZITTRAIN, *History of Online Gatekeeping*, in *Harvard J. of Law & Tech.*, 2006, vol. 19, fasc. 2, 253 ss.; nonché, più di recente, E.B. LAIDLAW, *A Framework for Identifying Internet Information Gatekeepers*, in *Int. R. of Computer Law and Techn.* 2012, vol. 24, fasc. 3, 263 ss.

dipendenza negli utenti commerciali sfocia talvolta in **comportamenti sleali** nei loro confronti. 2

Queste **pratiche sleali**, unitamente alla mancanza di contendibilità, creano **inefficienze** nel settore digitale in termini di prezzi più alti, qualità inferiore, minore scelta e minore innovazione, a scapito dei consumatori europei (29).

Il DMA mira a correggere queste disfunzionalità con l'imposizione di numerosi **obblighi e divieti in capo ai gatekeeper**, tra di loro molto eterogenei (30) ma tutti basati sulla necessità di garantire un'effettiva concorrenza. h

Il regolamento non intende combattere posizioni dominanti di per sé legittime, ma evitarne in radice gli abusi; non intende nemmeno mortificare la capacità innovativa delle imprese, ma rendere i mercati più aperti ed equi (31).

Il regolamento si basa sull'intuizione che mercati più chiusi costituiscono un terreno meno fertile per l'innovazione e che scoraggiare l'emersione di operatori economici diversi — portatori di nuove idee — danneggia anche i consumatori finali ||

Partendo da questo presupposto, il legislatore è molto attento ad evitare che il numero di piattaforme divenga in futuro ancora più limitato (32), ma non si limita a prevenire ulteriori degenerazioni.

4. *Oligopolio dei dati e adeguatezza tecnologica: criticità e prospettive future.*

Una volta chiarita la dimensione costituzionalistica della concorrenza, è necessario che lo studioso di diritto pubblico si interroghi attentamente sulle possibili criticità e gli eventuali vuoti di tutela cui porre rimedio.

Anche a seguito delle numerose modifiche che hanno preceduto la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, il DMA presenta ancora alcuni profili di parziale inadeguatezza, che potranno essere oggetto di futuri interventi normativi.

Inadeguata pare anzitutto la risposta al problema dei cosiddetti **Big Data** (33), particolarmente significativo anche sotto il profilo della tutela

(29) Si richiama, a tal proposito, il *considerando* 39.

(30) Cfr. P. MANZINI, *Equità e contendibilità* cit., 33-39.

(31) Si tratta di obiettivi esplicitati al *considerando* 106 e all'art. 1, par. 1. Sul punto, cfr. M.W. MONTEROSSO, *La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali*, in *Contratto e impr.* 2021, fasc. 3, 920 ss.

(32) A questo proposito, l'art. 12 prevede che il *gatekeeper* sia tenuto ad informare la Commissione di qualunque progetto di concentrazione, qualora l'oggetto della concentrazione sia costituito da servizi di piattaforma di base, da altri servizi digitali o che consentano la raccolta dei dati. Particolarmente opportuno è quest'ultimo riferimento, aggiunto in sede di accordo, considerato quanto si dirà nel prosieguo sui rischi di un oligopolio dei dati.

(33) Le aziende possono elaborare quantità sempre più significative di dati degli utenti, a seconda delle loro abitudini di ricerca, delle foto caricate o dei *like* espressi sui *social media*, in modo da tracciarne una precisa identità digitale da sfruttare prevalentemente a fini commerciali, incrementando in modo esponenziale }

della concorrenza (34), oltre che dal punto di vista della protezione dei dati personali (35).

I *gatekeeper* raccolgono e accumulano grandi quantità di dati provenienti dagli utenti finali: in questo modo, è per loro possibile fissare il prezzo massimo che ciascun cliente sarebbe disposto a spendere e ridurre artatamente la concorrenza.

Di per sé, la raccolta dei dati personali è legittima, se accompagnata dai relativi presupposti, né è contrastata dal regolamento. Tuttavia, la circostanza che i potenziali futuri concorrenti delle *Big Tech* non possano accedere ai dati con un'accuratezza analoga o su una scala paragonabile non deve autoalimentare la disparità di fatto esistente e chiudere sempre di più le vie d'accesso a quei mercati.

Garantire un livello adeguato di trasparenza delle pratiche di profilazione di cui si avvalgono i *gatekeeper* agevolerebbe la contendibilità dei mercati e favorirebbe il mantenimento di un'adeguata concorrenzialità anche a lungo termine.

Il nuovo regolamento, invece, si limita ad utilizzare rimedi basati sulla prestazione del consenso da parte dell'utente (36) e condivide gli stessi difetti della normativa consumeristica e sulla *privacy* (37). Su quest'opzione

h

la propria ricchezza. Cfr. T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo* cit., 473, nonché V. ZENO ZENCOVICH, *Big data e epistemologia giuridica*, in S. FARO, T.E. FROSINI, G. PERUGINELLI (a cura di), *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, Bologna 2020, 13 ss.; A. STAZI, *Legal big data: prospettive applicative in ottica comparatistica*, *ibidem*, 77 ss.; sull'intreccio tra sfruttamento dei *Big Data* e antitrust, cfr. anche G. D'IPPOLITO, *Il principio di limitazione della finalità del trattamento tra data protection e antitrust. Il caso dell'uso secondario di big data*, in *Dir. Inf.* 2018, 943 ss.

(34) P. MANZINI, *Equità e contendibilità* cit., 31, sottolinea come i parametri tradizionali del diritto antitrust debbano essere adeguati alla circostanza che «spesso i servizi digitali sono offerti agli utenti finali senza corrispettivo monetario, bensì in cambio — di solito non consapevole — di dati e informazioni». Sottolinea l'A., infatti, che «scompare in tal caso il parametro secolare utilizzato per determinare il punto di equilibrio tra offerta e domanda».

(35) Sarebbe stato forse auspicabile un maggiore coordinamento tra gli strumenti di tutela della concorrenza forniti dal DMA e le proposte di regolamento emerse nell'ambito della strategia europea in materia di dati, che pure si dichiarano espressamente complementari. Per le proposte di regolamento della *EU Data Strategy* cfr., Comm. eu., *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on European data governance (Data Governance Act)*, COM/2020/767 final, 25 novembre 2020; nonché Comm. eu., *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act)*, COM(2022) 68 final, 23 febbraio 2022.

(36) Con specifico riferimento al *Digital Markets Act*, M.W. MONTEROSSO, *op. ult. loc. cit.*, osserva che «la raccolta dei dati costringerà il privato utente commerciale in una situazione di “prendere o lasciare”».

(37) Sull'inefficacia dello strumento del consenso al trattamento dei dati personali si vedano D.J. SOLOVE, *Privacy self-management and the Consent Dilemma*, in *Harv. Law Rev.*, 2013, Vol. 126, 1880 ss.; J. MIŠEK, *Consent to personal data*

di fondo nemmeno l'accordo del 24 marzo 2022 ha inciso significativamente.

I rimedi basati sul consenso **non sono sufficienti per tutelare l'utente**, come confermano anche studi statistici (38). L'utente tende a sottovalutare questo tipo di informative e dedica poco tempo alla loro lettura: si limita a proseguire nella navigazione per fruire del servizio, sentendosi costretto a prestare il consenso per accedere a quelle piattaforme digitali ove si svolge la propria vita virtuale.

Un ulteriore problema riguarda **l'adeguatezza tecnologica del testo rispetto ad evoluzioni già in atto, anche per quanto riguarda i rischi connessi alla profilazione dei dati**.

In questo ambito, lo sviluppo delle tecnologie di intelligenza artificiale, che sono in grado di autoalimentare e moltiplicare i dati in possesso delle *Big Tech*, comporta una chiara fortificazione della loro posizione dominante. Esse, infatti, non solo dispongono di strumenti tecnologici più all'avanguardia, che consentono lo sviluppo di algoritmi di *machine learning* maggiormente adatti a profilare gli utenti, ma dispongono anche di un patrimonio di dati che quantitativamente e qualitativamente è già oggi assai più rilevante di quello delle concorrenti.

Il possesso congiunto di entrambi gli elementi conferisce alle *Big Tech* un vantaggio sul mercato forse già insormontabile e difficilmente neutralizzabile. La moltiplicazione dei dati ottenuta attraverso gli algoritmi di *machine learning* avvia infatti un circolo vizioso, destinato a far crescere esponenzialmente il loro potere economico, con il rischio di compromettere irrimediabilmente la tutela della concorrenza.

Sarebbe, inoltre, auspicabile un maggiore coordinamento tra le diverse proposte normative. I regolamenti sui servizi e sui mercati digitali, ad esempio, non paiono sufficientemente integrati rispetto alla proposta di

processing - The panacea or the dead end?, in *Masaryk U. J. of Law and Techn.* 2014, fasc. 8, 69 ss.; L. GATT, R. MONTANARI, I.A. CAGGIANO, *Consenso al trattamento dei dati personali e analisi giuridico-comportamentale. Spunti di riflessione sull'effettività della tutela dei dati personali*, in *Pol. dir.* 2017, fasc. 2, 340 ss.; M.C. GAETA, *Data protection and self-driving cars: the consent to the processing of personal data in compliance with GDPR*, in *Comm. Law*, 2019, fasc. 1, 15 ss.; M.C. GAETA, *La protezione dei dati personali nell'internet of things: l'esempio dei veicoli autonomi*, in *Dir. Inf.* 2018, 171 ss.; A. MANTELERO, *The future of consumer data protection in the E.U. Rethinking the "notice and consent" paradigm in the new era of predictive analytics*, in *Comp. Law & Security Rev.* 2014, vol. 30, 643 ss.; A. VIVARELLI, *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale*, Napoli 2019.

(38) Sul punto si rinvia allo studio condotto presso l'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa dai ricercatori del *Living Lab UTOPIA* L. GATT, R. MONTANARI, I.A. CAGGIANO (a cura di), *Privacy and Consent. A Legal and UX&HMI Approach*, Napoli, Suor Orsola U. P. 2021.

regolamento più specificamente incentrata sull'intelligenza artificiale (39), al momento in cui si scrive in fase di approvazione.

Non da ultimo, alcune perplessità suscita l'apparato sanzionatorio del DMA, se non altro per l'evidente asimmetria con quello del GDPR, visto che si prevede una soglia massima ma non una soglia minima (40). L'innalzamento in caso di recidiva di una soglia massima già molto alta (41) non pare sufficiente a supplire all'assenza di una soglia minima, che avrebbe avuto l'effetto di rendere generalmente più efficaci le misure dell'intero pacchetto normativo.

Problemi opposti presenta invece la misura prevista all'art. 18 in caso di violazione sistematica degli obblighi sanciti agli artt. 5, 6 e 7 del regolamento.

Tale norma consente l'imposizione di qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale proporzionato alla violazione commessa e necessario per garantire il rispetto del regolamento.

Si tratta, in quest'ultimo caso, di una sanzione del tutto indeterminata e potenzialmente illimitata, la cui incertezza rischia di sfavorire l'innovazione tecnologica e danneggiare eccessivamente il mercato.

La tutela della concorrenza, infatti, non deve mai bloccare il mercato, come la possibile indeterminatezza di una norma rischia di fare, ma stimolarne una maggiore vitalità nell'interesse anzitutto dei consumatori oltre che degli operatori economici: si tratta di un rischio di cui il legislatore eurounitario mostra consapevolezza, avendo previsto dei correttivi, ad esempio in relazione all'attribuzione dello *status* di *gatekeeper* (42), ma che ancora pervade alcune norme, come il citato art. 18.

(39) Comm. eu., atto COM(2021) 206, 21 aprile 2021. Sulla proposta di regolamento in tema di intelligenza artificiale si rinvia a G. RESTA, *Cosa c'è di "europeo" nella Proposta di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale?*, in *Dir. Inf.* 2022, fasc. 2, 323-342.

(40) La proposta del Parlamento europeo di introdurre una soglia minima del 4% e portare la soglia massima al 20%, secondo un modello simile a quello del GDPR, è stata quasi integralmente rigettata. Cfr. il testo approvato in prima lettura il 15 dicembre 2021 dal Parlamento europeo, poi superato dall'accordo provvisorio con il Consiglio del 24 marzo 2022 e dal testo definitivo.

(41) Sulla soglia massima l'art. 30, a seguito dell'accordo, conferma il limite 10% del fatturato totale dell'operatore economico nel precedente esercizio finanziario, che sale però al 20% in caso di recidiva. La recidiva deve consistere in una violazione accertata da una decisione emessa negli 8 anni precedenti. In caso di sistematiche violazioni, inoltre, è previsto che la Commissione possa porre un limite alle acquisizioni. Come controbilanciamento dell'inasprimento delle sanzioni, vengono innalzati i requisiti di fatturato e capitalizzazione previsti per l'applicabilità del regolamento.

(42) La precisazione dei contorni della figura del *gatekeeper* e dei requisiti per l'attribuzione di questo *status* assume una valenza cruciale per l'effettività dell'intero regolamento. Opportunamente il testo dell'accordo, oltre a rendere più stringenti i requisiti, ha anche conservato le disposizioni che prevedono un monitoraggio conti-

Per trarre un primo bilancio, l'effettività della disciplina del DMA è assicurata da strumenti sia *ex ante* che *ex post*: alcuni, più tradizionali, si inseriscono nel solco di regolamentazioni già esistenti; altri appaiono più innovativi e forse destinati anche ad una maggiore efficacia.

Certamente, la vocazione del DMA verso forme di tutela *ex ante* è meglio incarnata da quelle disposizioni del Capo V che consentono un monitoraggio continuo da parte della Commissione sulle attività dei *gatekeeper* e favoriscono l'applicazione *by design* di alcuni tra gli obblighi più rilevanti.

Questi strumenti d'intervento *ex ante* a disposizione della Commissione potranno garantire un'applicazione uniforme, efficace e costante nel tempo dei diversi obblighi previsti dal DMA ed evitare il più possibile il ricorso a forme di tutela sanzionatoria *ex post*.

5. *Costituzionalismo digitale e concorrenza dopo il Digital Markets Act.*

Il problema di una regolamentazione di Internet che garantisca un'efficace tutela dei diritti ha carattere necessariamente globale e coinvolge attori privati oltre che pubblici.

È un discorso che si colloca nel quadro della crisi della sovranità statale che caratterizza l'era contemporanea: in questo contesto, con il venir meno delle tradizionali coordinate Stato-sovrani-giurisdizione, s'insinua il potere economico delle *Big Tech*, che diviene a tutti gli effetti anche giuridico e normativo.

I giganti della tecnologia, forti di questa situazione di fatto e preso atto della negligenza di molti legislatori nel regolamentare Internet, hanno sempre più spesso la pretesa di costituire propri apparati di regole (43). Ad avvalorare questa pretesa vi è anche la consapevolezza che essi sono gli unici soggetti in grado di far rispettare le proprie regole, in maniera uniforme ed effettiva, oltre che tecnologicamente adeguata, avendo il controllo totale delle proprie piattaforme e delle proprie tecnologie.

È necessario ricordare, però, che spetta ancora alle istituzioni — nazionali, europee e internazionali — il compito di dettare regole uniformi e di far rispettare i diritti. Un compito a cui non è possibile abdicare (44).

nuo per il mantenimento dello *status* di *gatekeeper*: la Commissione può rivedere d'ufficio la propria decisione e l'operatore economico può contestare la qualificazione mediante un'apposita procedura. La possibilità di riesaminare lo *status* di *gatekeeper* costituisce un parziale correttivo alla potenziale arbitrarietà dell'inquadramento di un operatore economico come *gatekeeper*.

(43) Cfr. S. SILEONI, *Autori delle proprie regole. I codici di condotta per il trattamento dei dati personali e il sistema delle fonti*, Milano, Cedam, 2011, 19, che individua nel cambiamento del ruolo degli attori pubblici le cause dell'emersione di una sempre maggiore tendenza all'autoregolamentazione da parte dei privati. Sull'autoregolamentazione da parte dei privati nell'era digitale, con particolare riguardo al caso dei *social network*, cfr. P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *Federalismi.it* 2020, fasc. 11, 265 ss.

(44) In questo senso, particolarmente significative le parole pronunciate dal Ministro dell'innovazione tecnologica e della transizione digitale, Vittorio Colao, in

Se l'*hard law* (45) fatica ad imporsi sulle *Big Tech*, lo strumento più efficace anche in prospettiva futura è la legislazione antitrust. In uno scenario globale dominato dagli Stati Uniti, dalla Cina e dalle rispettive *Big Tech* (46), la tutela della concorrenza conferisce al diritto dell'Unione un ruolo di primo piano, anche oltre i suoi stessi confini. L'eco internazionale di alcune decisioni della Commissione europea, come *Google Android*, lo conferma.

Violare il diritto dell'Unione europea, se non altro, è poco conveniente. Lo è stato già negli ultimi anni e lo sarà ancor meno con l'adozione del DSA e del DMA.

Il DMA riconosce anche l'importanza dell'accesso a una tutela giurisdizionale effettiva (47), il che pare quasi una risposta all'evoluzione delle giurisdizioni verso forme di giustizia privata, come l'*Oversight Board* di Facebook (48).

Il legislatore del DMA dimostra su più fronti di avere contezza dei problemi che riguardano i mercati digitali: le soluzioni adottate consentiranno certamente di aumentare l'impatto del diritto dell'Unione in questi settori. Permane, tuttavia, il rischio che il DMA fornisca soltanto alcune delle risposte necessarie ai mercati digitali, come già ricordato.

una recente intervista al quotidiano *La Repubblica*, secondo cui «le regole le fanno le istituzioni, non i tycoons». Cfr. A. DI NICOLA, *Colao: "La tecnologia spinge il lavoro. Nel Pnrr 500 milioni per il digitale"*, in *La Repubblica* 30 aprile 2022.

(45) Particolarmente vasta è ormai la letteratura sulla contrapposizione tra *soft law* e *hard law*. Tra i vari contributi, si rinvia in particolare ad A. SOMMA, *Soft law sed law: diritto morbido e neocorporativismo nella costruzione dell'Europa dei mercati e nella distruzione dell'Europa dei diritti*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2008, 437 ss.; R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino 2009, 31 ss.; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova 2008; B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lav. dir.* 2003, 5 ss.. In merito all'avanzata della *soft law*, stante l'incapacità dell'*hard law* di tenere il passo dei progressi tecnologici, si veda T.E. FROSINI, *Le declinazioni del governare*, Torino 2018, 81, ove si osserva che «per quanto riguarda il valore e la forza della legge negli stati contemporanei, questa risulta significativamente indebolita dall'incapacità di regolare la complessità del reale e le continue trasformazioni dei processi sociali e tecnologici. E quindi in buona parte sostituita da altri modi di normare, dalla soft law al diritto dei privati».

(46) Sul predominio di Stati Uniti e Cina nello scenario globale, anche in ambito tecnologico, cfr. A. ARESU, *Le potenze del capitalismo politico: Stati Uniti e Cina*, Milano 2020, 410-411.

(47) Cfr. il [considerando 39](#). Non sembra un caso, poi, che l'art. 5, par. 6, preveda espressamente che il *gatekeeper* non debba impedire agli utenti — direttamente o indirettamente — di sollevare qualsiasi questione di non conformità con il diritto dell'Unione o nazionale presso qualsiasi autorità pubblica competente, compresi i tribunali nazionali, in relazione a qualsiasi pratica del *gatekeeper*.

(48) Sull'*Oversight Board* di Facebook, nella cornice della crisi della sovranità e del monopolio statale della giurisdizione, si rinvia ad A. IANNOTTI DELLA VALLE, *La giurisdizione privata nel mondo digitale al tempo della crisi della sovranità: il "modello" dell'Oversight Board di Facebook*, in *Federalismi.it* 2021, fasc. 26, 144 ss.

Al netto di alcuni difetti (49) il regolamento costituisce comunque un importante progresso verso una maggiore concorrenzialità dei mercati digitali ed è specificamente modulato su di essi. È chiaro che si tratta di un compromesso, destinato a scontentare tanto le *Big Tech* (50) quanto i fautori di una concorrenzialità ancora maggiore, ma come molti incontri a metà strada è da apprezzare: è dai compromessi che spesso si sviluppano innovativi percorsi nella regolamentazione e che nascono gli accordi, come quello del 24 marzo 2022 tra Parlamento europeo e Consiglio, che ha contribuito ad arricchire il testo senza depotenziarlo.

La sfida per un'efficace regolamentazione del settore digitale è più che mai aperta e il principio di tutela della concorrenza è destinato a trarre nuova linfa dalla pubblicazione del regolamento. Il ruolo dell'Unione europea dovrà valorizzare le aspirazioni individuali degli utenti del *web* e tutelare, oltre al mercato economico, anche il «mercato delle idee»: sarà necessario che al rinnovato «fervore antitrust» corrisponda sempre, quale interesse primario, il benessere dei consumatori e che le porte girevoli dei mercati digitali garantiscano sempre il pieno svolgimento della personalità dell'individuo sulle piattaforme digitali.

ALDO IANNOTTI DELLA VALLE

ABSTRACT

Il contributo prende le mosse dal *Digital Markets Act*, all'indomani della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, per provare a chiarire quale debba essere il ruolo del diritto della concorrenza europolitano nel quadro di un nuovo costituzionalismo digitale. Si intende verificare se gli strumenti di tutela *ex ante* previsti dal regolamento siano adeguati rispetto agli ambiziosi scopi che si propone. Ci si interroga, poi, su quali siano i passi ancora da compiere per regolamentare efficacemente i mercati digitali e raggiungere il benessere dei consumatori, incentivando al contempo l'innovazione tecnologica.

(49) Si sottolinea che al *public enforcement* fornito dal DMA si sarebbe potuto affiancare un *private enforcement*, seguendo il modello della Direttiva 2014/104/UE. Cfr. G. MONTI, *The Digital Markets Act* cit., 18, che evidenzia: «*private enforcement may be rare but it can serve as an additional deterrent service*». Secondo C. MASSA, *Ultimi sviluppi della riforma del digitale* cit., 146-148, l'introduzione di disposizioni volte a facilitare la proposizione di azioni di risarcimento del danno avrebbe reso la concorrenza più effettiva, per l'appunto mediante la realizzazione di un effetto deterrente. Più in generale cfr. G. TESAURO, *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013; C. FRATEA, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea - Profili europei, internazional-privatistici e interni*, Napoli 2015.

(50) Cfr. S. STOLTON, *EU ushers in brave new world of Big Tech regulation*, in *Politico*, 25 marzo 2022.

The paper tries to clarify what the role of EU competition law should be within the framework of a new digital constitutionalism, in the aftermath of the publication of the Digital Markets Act in the Official Journal of the European Union. The paper also seeks to verify whether the ex-ante protection tools provided by the regulation are adequate for his objectives. And it questions what steps are still needed to effectively regulate digital markets and achieve consumer welfare while incentivizing technological innovation.