



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DEL MOLISE

III EDIZIONE

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA ITALIANO E DELL'UNIONE EUROPEA

Regolamentazione UE

a cura di
Lorenzo Federico Pace

Edizioni  **Efesto**

L'arte del buono e del giusto



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DEL MOLISE

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA ITALIANO E DELL'UNIONE EUROPEA

Regolamentazione UE – vol. 3

III Edizione

a cura di
Lorenzo Federico Pace

Edizioni  **Efesto**

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA ITALIANO E DELL'UNIONE EUROPEA

III Edizione – Vol. III



COPYRIGHT 2026, EDIZIONI EFESTO ©



Efesto Libri SRLS - Via Corrado Segre, 11 (Roma)

06.5593548 - info@edizioniefesto.it

www.edizioniefesto.it

*A norma di legge è vietata la riproduzione,
anche parziale, del presente volume
o di parte di esso con qualsiasi mezzo*

Collana: *L'arte del buono e del giusto*

Curatore: *Lorenzo Federico Pace*

ISBN 978-88-3381-791-0

gennaio 2026

Impaginazione e stampa:

Libreria Efesto | **edizioniefesto.it**

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA ITALIANO E DELL'UNIONE EUROPEA

Vol. 3 - Indice

VOLUME 3

IV. REGOLAMENTAZIONE E POLITICA INDUSTRIALE	p.	7
F. Ferraro, C. Massa – Le nuove frontiere della politica UE di concorrenza e regolamentazione: dai servizi digitali all'intelligenza artificiale e dagli investimenti esteri alle sovvenzioni estere.....	p.	9
A. Buttà – Analisi economica, diritto <i>antitrust</i> e regolamentazione.....	p.	23
A. Pezzoli – La politica industriale e l' <i>antitrust</i>	p.	45
G. Contaldi – Il <i>Digital Market Act</i> (DMA)	p.	65
F. Battaglia – Il <i>Digital Service Act</i> e il suo impatto sulla concorrenza nel mercato interno.....	p.	79
F. Ferri, S. Villani – Il Regolamento sull'intelligenza artificiale (<i>AI ACT</i>)	p.	95
M. Maggolino – Il diritto <i>antitrust</i> e i dati.....	p.	115
G. Gattinara – La disciplina delle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno.....	p.	127
F. Rossi Dal Pozzo – Il quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione	p.	147
M. Carpagnano – La disciplina della “ <i>golden power</i> ” in Italia.....	p.	173
E. Spinelli, L. Stiz – Il diritto <i>antitrust</i> e il settore delle telecomunicazioni.....	p.	181
R. D’Orazio – Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali Regolamento (UE) 2016/679 - GDPR).....	p.	199

IV. *Regolamentazione e politica industriale*

LE NUOVE FRONTIERE DELLA POLITICA UE DI CONCORRENZA E REGOLAMENTAZIONE: DAI SERVIZI DIGITALI ALL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE E DAGLI INVESTIMENTI ESTERI ALLE SOVVENZIONI ESTERE

Sommario: **I.** Premessa. – **II.** L'evoluzione del diritto della concorrenza. **III.** – Segue. Il rapporto tra concorrenza e regolamentazione. – **IV.** Gli atti di regolamentazione dei servizi digitali e dell'IA. – **V.** Segue. L'efficacia extraterritoriale degli atti di regolamentazione dei servizi digitali e dell'IA. – **VI.** Gli atti di protezione del mercato interno dalle ingerenze esterne.

I. Premessa

L'Unione europea mira a evitare che la concorrenza sia alterata a danno dell'interesse pubblico, delle singole imprese e dei consumatori, contribuendo in tal modo al benessere collettivo. La politica dell'Unione europea in materia di concorrenza si è evoluta significativamente nel corso degli anni, ma ha invariabilmente garantito alle imprese di competere ad armi pari e ai consumatori di scegliere i prodotti e servizi che meglio rispondono alle loro esigenze, in termini di prezzo e di qualità. Al tempo stesso, tale politica ha consentito una certa flessibilità per far fronte ai cambiamenti dello scenario mondiale e agli eventi imprevedibili.

In particolare, nel 2020 la Commissione europea ha avviato un riesame generale delle norme in materia di antitrust, concentrazioni e aiuti di Stato. La Comunicazione della Commissione del novembre 2021 su una politica di concorrenza pronta a nuove sfide¹ riassume gli

elementi chiave di tale riesame, sottolineando come esso contribuisca a promuovere la ripresa dell'Unione dopo la pandemia, a creare un mercato interno più resiliente, a promuovere l'attuazione del c.d. "Green Deal europeo" (i.e. il pacchetto di iniziative che mira ad avviare l'Unione sulla strada di una transizione verde) e ad accelerare la transizione digitale.

In tale contesto, si è manifestata l'esigenza di adottare nuovi tipi di misure per affrontare sfide emergenti, quali l'affermazione dei c.d. "digital gatekeepers" (v. *infra*) o il prodursi di effetti distorsivi a causa delle sovvenzioni estere. Così, l'attenzione del legislatore dell'Unione si è estesa anche alla regolamentazione di specifici mercati, in quanto i tradizionali strumenti del diritto della concorrenza si sono rivelati inadeguati.

In effetti, la nuova politica dell'Unione europea in materia, più propriamente definibile "di concorrenza e regolamentazione", si sviluppa su due fronti: un primo fronte concernente la regolamentazione dei servizi digitali, dei mercati digitali e dell'intelligenza artificiale (di seguito "IA") e un secondo fronte avente ad oggetto la disciplina delle sovvenzioni estere e il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione.

Per quanto concerne il primo fronte, l'Unione europea ha riconosciuto che nello scenario di forte sviluppo di un'economia sempre più digitalizzata le grandi piattaforme digitali, se non adeguatamente regolate, possono soffocare la concorrenza

¹ Communication from the commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the

Committee of the Regions, *A competition policy fit for new challenges*, COM/2021/713 final.

e danneggiare i consumatori, e che l'IA può essere tanto uno strumento di progresso quanto una fonte di nuovi rischi per i diritti dei cittadini. Pertanto, è emersa la necessità di sviluppare una politica fondata sul bilanciamento tra innovazione, competitività, sicurezza e protezione dei diritti, nonché sulla prevenzione dei fenomeni di monopolizzazione, al fine di promuovere un mercato più equo, sostenibile e inclusivo. Da questo punto di vista, dunque, le nuove frontiere della politica dell'Unione di concorrenza e regolamentazione segnano un cambio di paradigma, in quanto la tecnologia è vista sia come un motore di crescita economica sia come una materia da regolare attentamente per evitare abusi di potere e proteggere i valori fondamentali su cui si basa l'Unione (v. art. 2 del Trattato sull'Unione europea, di seguito "TUE").

Questo approccio dell'Unione si è contrapposto con vigore a una diffusa opinione secondo cui una regolamentazione più stringente dell'economia digitale, in generale, e dei servizi digitali e dell'IA, in particolare, comprometterebbe l'innovazione e minerebbe il progresso tecnologico. Tale opinione – assunta innanzitutto dalla *"tech industry"* – ha acquisito largo consenso negli Stati Uniti, luogo in cui convivono una fiorente economia tecnologica e una convinta impostazione di libero mercato, che inducono i legislatori statunitensi a esitare ancora oggi nel disciplinare questo settore peculiare. Al contrario, l'Unione europea ha scelto di regolamentare l'economia digitale con severe norme sulla privacy dei dati, l'antitrust, la moderazione dei contenuti e altre regole volte a modellare l'evoluzione di tale economia sulla base dei valori fondanti di cui all' art. 2 TUE – *in primis* il rispetto dei diritti umani, la libertà, la democrazia e l'uguaglianza – nella convinzione di rendere il mercato unico digitale meno frammentato e più fertile per la nascita e lo sviluppo delle imprese tecnologiche. Più in dettaglio, il legislatore dell'Unione

ha recentemente adottato quattro regolamenti che disciplinano differenti aspetti del settore digitale: il *Digital Services Act*² (di seguito "DSA"), il *Digital Markets Act*³ (di seguito "DMA"), l'*Artificial Intelligence Act*⁴ (di seguito "AI Act") e il *Data Act*⁵.

Per quanto concerne il secondo fronte della nuova politica dell'Unione europea di concorrenza e regolamentazione, invece, si rileva che esso è strettamente collegato alla politica commerciale comune dell'Unione stessa. Infatti, sono stati recentemente adottati due regolamenti formalmente afferenti al settore della politica commerciale comune che, però, riprendono concetti e strumenti tipici della normativa dell'Unione in tema di concorrenza, aiuti di Stato e concentrazioni. Si tratta, più in dettaglio, del regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione⁶ e del regolamento relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato

² 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, PE/30/2022/REV/1, G.U. L. 277 del 27.10.2022, pp. 1-102.

³ 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, PE/17/2022/REV/1, G.U. L. 265 del 12.10.2022, pp. 1-66.

⁴ 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, PE/24/2024/REV/1, G.U. L., 2024/1689, 12.7.2024.

⁵ Regolamento (UE) 2023/2854 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2023, riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva (UE) 2020/1828, PE/49/2023/REV/1, G.U. L., 2023/2854, 22.12.2023.

⁶ Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, PE/72/2018/REV/1, G.U. L. 791 del 21.3.2019, pp. 1-14.

interno⁷. Tali regolamenti, come si vedrà meglio *infra*, differiscono profondamente in relazione al contenuto, ma hanno in comune la volontà di proteggere il mercato interno dell'Unione da potenze globali "estere", segnatamente, dalla Cina.

Prima di procedere a una analisi trasversale dei due gruppi di atti di cui si è detto, è necessario un preliminare approfondimento dell'evoluzione nell'Unione europea del diritto della concorrenza e del suo rapporto con la regolamentazione.

II. L'evoluzione del diritto della concorrenza

Per comprendere appieno il rapporto tra concorrenza e regolamentazione nel diritto dell'Unione europea, occorre innanzitutto chiarire qual è stata l'evoluzione del diritto della concorrenza.

In origine, la normativa (allora comunitaria) della concorrenza era considerata come uno strumento del mercato comune, funzionale a integrare i diversi mercati nazionali in un mercato unico con caratteristiche analoghe ai mercati interni dei Paesi membri, al fine di eliminare gli ostacoli alle quattro libertà fondamentali (i.e. la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali). Sulla base di questa visione, la Commissione e la Corte di giustizia assunsero un atteggiamento severo e formalistico, soprattutto nei confronti delle intese verticali di natura territoriale, non tanto per i loro effetti restrittivi sul mercato quanto per la loro idoneità astratta a erigere barriere nazionali alla circolazione di merci e servizi all'interno della Comunità.

In seguito, la funzione della suddetta normativa si è estesa e la politica di concorrenza si è rivolta non più esclusivamente alla tutela del bene pubblico del "mercato" e dei diritti soggettivi delle imprese concorrenti ma anche alla salvaguardia dei consumatori e dei cittadini. Di pari passo, la Corte di giustizia ha cambiato orientamento (soprattutto a partire dalla celebre pronuncia *Manfredi*⁸), e ha prestato particolare attenzione alla categoria debole dei consumatori finali, affrontando questioni quali la loro legittimazione a intervenire nei procedimenti antitrust, a ricorrere in impugnazione e a chiedere il ristoro dei danni anticompetitivi. Appare chiaro, quindi, che i consumatori vengono sempre più considerati come i destinatari delle politiche di concorrenza, in ossequio agli insegnamenti ordoliberali, secondo cui «la vera democrazia economica sta [...] sul mercato, ove i consumatori sono elettori al cui costante plebiscito l'imprenditore deve adeguarsi» (Röpke). Questo cambio di approccio ha fatto acquisire progressivamente alla concorrenza una propria autonomia e una propria collocazione nella gerarchia dei valori che ispira l'azione dell'Unione.

Appare dunque chiaro che i principi in materia di concorrenza fissati dai Trattati istitutivi vengono influenzati dall'elaborazione economica della Scuola di Friburgo, che proponeva la creazione di un ordinamento della società liberale e, al tempo stesso, impegnato e progressista sul piano sociale, al fine di realizzare un'economia sociale di mercato. Più in dettaglio, l'intenzione degli ordoliberali di Friburgo era quella di realizzare un assetto legale della concorrenza e, quindi, di tutelare i cittadini contro il formarsi di un

⁷ Regolamento (UE) 2022/2560 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno, PE/46/2022/REV/1, G.U. L. 330 del 23.12.2022, pp. 1-45.

⁸ Sentenza della Corte del 13 luglio 2006, cause riunite C-295/04 a C-298/04, *Vincenzo Manfredi contro Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, EU:C:2006:461.

potere privato senza freni e contro la colusione tra economia e politica, in modo da garantire la pace, il benessere sociale e l'interesse generale. L'idea di fondo è che la piena realizzazione dell'individuo non possa avvenire senza la tutela della libera iniziativa, della libertà d'impresa, della libertà di mercato e della proprietà privata, ma queste condizioni, da sole, non sono sufficienti ad assicurare il benessere di tutti gli individui (la cosiddetta "giustizia sociale") né a salvaguardare la loro integrità; per questo lo Stato deve intervenire quando esse mostrano i propri limiti. L'intervento non deve però guidare il mercato o interferire con i suoi esiti naturali: esso deve semplicemente prestare il suo soccorso laddove il mercato stesso fallisce nella sua funzione sociale e deve fare in modo che diminuiscano il più possibile i casi di fallimento. Questi principi sono stati riprodotti nel sistema dell'Unione e plasmati in funzione delle finalità perseguite da questo ordinamento, peculiare e *sui generis*. La natura "sociale" della politica europea sulla concorrenza è ora espressamente affermata dall'art. 3, n. 3, TUE, che per l'appunto richiede la promozione di «un'economia sociale di mercato», sia pure «fortemente competitiva».

III. (*Segue*) Il rapporto tra concorrenza e regolamentazione

Venendo al rapporto tra concorrenza e regolamentazione, occorre innanzitutto sottolineare che anch'esso è stato influenzato dall'economia sociale di mercato e la sua evoluzione nel corso degli anni è avvenuta parallelamente all'avanzamento del processo di integrazione europea.

La regolamentazione dei mercati, com'è noto, è dovuta a motivazioni eterogenee, persegue molteplici obiettivi, utilizza strumenti vari e avviene in diversi settori in cui appaiono più evidenti i fallimenti del

mercato, come, per esempio, il settore bancario, caratterizzato, oltre che dalla presenza di importanti asimmetrie informative, dall'esigenza di salvaguardia della stabilità. Le ragioni della regolamentazione sono sostanzialmente due: il fallimento del mercato, ossia la sua incapacità di raggiungere gli obiettivi che tradizionalmente si ritiene gli siano propri, o a causa di esternalità o per debolezza (temporanea o strutturale) della concorrenza o per asimmetrie informative, o per altri motivi; il limite del mercato, vale a dire la sua incapacità di perseguire obiettivi socialmente utili perché estranei alla sua logica. Tra gli obiettivi socialmente utili si possono annoverare quelli di solidarietà sociale, di coesione territoriale e di accessibilità (com'è il caso, ad esempio, delle risorse naturali scarse).

Il rapporto tra regolamentazione e concorrenza nel diritto dell'Unione è stato interessato da un'evoluzione, in quanto si è passati da un'iniziale fase di contrapposizione del diritto della concorrenza alla regolamentazione nazionale (caratterizzata da norme protezionistiche idonee a perpetuare equilibri collusivi o monopolistici) a una situazione di sinergia e complementarità, in cui, a fronte del progressivo aumento dei settori liberalizzati, si sono moltiplicate le autorità di regolamentazione e le discipline settoriali di nuova generazione. Queste ultime sono ispirate all'analisi economica e hanno finalità di promozione o di tutela della concorrenza insieme ad altri obiettivi, in parte comuni e in parte variabili da settore a settore (ad esempio, la tutela degli utenti, il pluralismo, la sicurezza degli approvvigionamenti, ecc.). Ne consegue che talvolta regolamentazione e concorrenza si sovrappongono a tal punto che risulta piuttosto difficile distinguere con precisione che cosa rientra nell'una o nell'altra. Un esempio è dato dal DMA, strumento di regolamentazione *ex ante* che, come si vedrà meglio in prosieguo, stabilisce regole di base in merito ai comportamenti

permessi e vietati di imprese digitali di dimensioni molto grandi.

In sostanza, è possibile affermare che sul rapporto tra concorrenza e regolamentazione sta influenzando la sempre più concreta attuazione dei principi dell'economia sociale di mercato piuttosto che il puro liberalismo, che non è in grado di garantire una soddisfacente equità sociale, soprattutto nel contesto del digitale e in presenza dei cosiddetti "*Tech Giants*". Si è affermata, dunque, la centralità del ruolo del regolatore, che deve stare al passo con il progresso tecnologico e valutare costantemente se vi è il bisogno di incrementare la qualità o il livello della regolamentazione, introducendo nuovi obblighi o inasprendo quelli esistenti. Nel far ciò, il regolatore deve tenere in considerazione che la concorrenza, per svilupparsi, ha bisogno di flessibilità e che un ordine precostituito che si traduce in rigide regole frena l'evoluzione concorrenziale dei mercati.

Oggi, dunque, l'ago della bilancia nel rapporto tra concorrenza e regolamentazione appare nettamente spostato a favore della seconda: si pensi, ad esempio, al DSA, in cui, come si vedrà meglio in prosieguo, l'esigenza di realizzare la democrazia, la libertà dei media e la tutela di altri diritti e valori fondamentali prevale rispetto alla concorrenza. In una prospettiva analoga si colloca il *Green Deal* europeo, con il quale si realizza una funzionalizzazione delle regole di concorrenza a una particolare categoria di obiettivi sociali: l'ambiente viene posto al centro dell'agenda politica dell'Unione e assume valenza derogatoria, nel senso che l'obiettivo della salvaguardia ambientale può consentire di derogare alle regole di concorrenza. Inoltre, nelle relazioni della Commissione europea (ma anche dell'Autorità Antitrust italiana, "AGCM") è ormai dichiarata la messa in atto di un processo di strumentalizzazione delle regole di concorrenza sia alla politica industriale sia alla transizione ecologica. Ad esempio,

negli Orientamenti della Commissione sui c.d. "accordi di sostenibilità"⁹ emerge chiaramente che la deroga alle regole di concorrenza prescinde dalle soglie di fatturato; che l'interesse tutelato è la tutela dell'ambiente, quindi non il mercato in sé considerato; che gli interessi presi in considerazione sono quelli dei cittadini e non dei consumatori (si veda, ad esempio, l'interesse all'aria pulita). Pertanto, appare modificata anche la nozione di mercato rilevante, non più coincidente con i soli consumatori del bene o servizio prodotto, ma con la più ampia platea dei cittadini. La Corte di giustizia, infatti, ha già avuto occasione di affermare che: «se i consumatori nel mercato rilevante si sovrappongono sostanzialmente al, o costituiscono parte del, gruppo di beneficiari esterni al mercato rilevante, i benefici collettivi per i consumatori nel mercato rilevante che si verificano al di fuori del mercato, possono essere presi in considerazione se sono sufficientemente significativi da compensare i consumatori nel mercato rilevante per il danno da questi subito»¹⁰. In effetti, nel settore dell'ambiente il fallimento del mercato consiste solitamente nel fatto che un consumo non sostenibile causa esternalità negative per altri. Tali esternalità negative (quali le emissioni) non sono completamente internalizzate (prese in considerazione) dai singoli consumatori, il che si traduce in un consumo eccessivo del prodotto non sostenibile. Analogamente il fallimento del mercato può consistere in esternalità positive (quali una riduzione

⁹ Comunicazione della Commissione, Orientamenti della Commissione sull'esclusione dall'applicazione dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea per gli accordi di sostenibilità dei produttori agricoli a norma dell'articolo 210 bis del regolamento (UE) 1308/2013, C/2023/8306, GU C, C/2023/1446, 8.12.2023.

¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 23 novembre 2006, C-238/05, *Asnef-Equifax*, ECLI:EU:C:2006:734, punto 72.

delle emissioni) derivanti dal consumo sostenibile. In tal caso, i prodotti sostenibili sono forniti in misura insufficiente dal mercato essenzialmente per lo stesso motivo, ossia perché i consumatori non tengono conto degli effetti del loro consumo su altri¹¹. A fronte di tali fallimenti, si rende necessaria la regolamentazione, che fa sì che i consumatori possano essere compensati attraverso benefici in termini di sostenibilità o attraverso una combinazione di vantaggi individuali e collettivi.

Alla luce di questo nuovo equilibrio tra concorrenza e regolamentazione, i poteri della Commissione si stanno evolvendo in virtù non solo e non tanto di una discrezionalità tecnica ma anche di discrezionalità politica. Con le crisi, prima finanziaria, poi pandemica derivante dal Covid-19 e infine energetica derivante dall'aggressione russa in Ucraina, e con il conseguente mutamento dell'agenda politica dell'Unione, si assiste a un cambio di paradigma in relazione al ruolo dell'intervento pubblico nell'economia: l'Unione europea, che in un primo momento ha influenzato il processo di liberalizzazione e privatizzazione negli Stati membri, ha recentemente assunto una posizione a favore dell'intervento pubblico. L'applicazione rigorosa delle regole del mercato unico e della concorrenza e il rispetto del Patto di Stabilità e Crescita hanno ceduto il passo alla sospensione di tale Patto e all'introduzione di sempre più frequenti misure di sostegno all'economia, aiuti di Stato per consentire agli Stati membri di aumentare la spesa pubblica e deroghe

di varia natura (come i cosiddetti "quadri temporanei" in tema di aiuti di Stato). Negli ultimi anni, l'Unione europea non è stata caratterizzata da politiche di rigore, ma dalla spesa e dall'intervento pubblico nell'economia: misure che sembravano per lo più superate, nell'ottica della sana concorrenza, sono risultate talvolta necessarie, sia pure temporaneamente, al fine di fronteggiare le situazioni emergenziali e affrontare le nuove sfide. In vista del superamento della situazione di emergenza e del ritorno a una situazione di normalità, l'Unione si è proposta, quindi, di realizzare un nuovo modello economico fondato su alcuni obiettivi strategici, quali la transizione digitale ed ecologica nonché il perseguimento di una politica industriale green.

In realtà, con la recente nomina della Commissione europea si è entrati ancora in una nuova fase, che potrebbe portare a ulteriori cambiamenti, in quanto taluni obiettivi strategici, in particolare, la tutela dell'ambiente, potrebbero essere rimodulati o comunque subire un rallentamento, così come ci potrebbero essere delle variazioni nella regolamentazione di alcuni settori¹².

IV. Gli atti di regolamentazione dei servizi digitali e dell'IA

L'attuale prevalenza della regolamentazione rispetto alla concorrenza appare evidente, come accennato, nel settore del digitale, soprattutto in relazione agli atti adottati più recentemente. In effetti, l'Unione europea ha intrapreso il percorso di riforme

¹¹ Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, GUC 101 del 27.4.2004, pp. 97-118, punto 43. Cfr. anche la sentenza del Tribunale del 27 settembre 2006, T-168/01, *GlaxoSmithKline Services e a./Commissione*, EU:T:2006:265, punti 248 e 251; la sentenza della Corte di giustizia dell'11 settembre 2014, C-382/12 P, *MasterCard Inc.*, EU:C:2014:2201, punto 242; la decisione della Commissione del 23 maggio 2013 nel caso AT.39595 *Air Canada/United Airlines/Lufthansa* ("STAR alliance").

¹² Con riferimento a quest'ultimo profilo, è il caso di ricordare che il rapporto Draghi sul "futuro della competitività europea" ha sostenuto la necessità di facilitare il consolidamento del settore delle telecomunicazioni e ha suggerito a tal fine una riduzione della regolamentazione *ex ante* a livello nazionale a favore di un'applicazione *ex post* nei casi di abuso di posizione dominante.

ma del settore digitale a partire dal 2015, quando con la “*Digital Market Strategy*” ha proposto di rimuovere le barriere online e di facilitare le vendite online transfrontaliere. Le tappe salienti di tale riforma sono state segnate non solo dalla revisione di atti già esistenti (i.e. del Regolamento di esenzione per categoria relativo agli accordi verticali¹³, il cui contenuto è stato adattato agli sviluppi del mercato, in particolare all’e-commerce e alle piattaforme online) ma anche dall’adozione di vari nuovi atti di diritto derivato.

Tra gli atti adottati in prima battuta vi è il Regolamento sul Geo-Blocking del 2018¹⁴, con il quale sono state introdotte regole volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e le forme di discriminazione territoriale diretta e indiretta; il Regolamento sui servizi di intermediazione online del 2019¹⁵, volto ad assicurare maggiore trasparenza per le imprese che utilizzano piattaforme online e con un focus su marketplace, servizi di applicazioni software, servizi di social media e motori di ricerca online; la Direttiva sul copyright del 2019¹⁶, con la quale è stato garantito

un maggiore accesso transfrontaliero ai contenuti online e sono state previste licenze più semplici per le trasmissioni online; la Direttiva sulla modernizzazione delle norme sulla tutela dei consumatori del 2019¹⁷, volta ad assicurare più trasparenza sui mercati online e a prevedere gli stessi diritti dei consumatori per il digitale “gratuito”.

Alla fine del 2022, poi, in considerazione dell’insufficienza e inadeguatezza delle regole di concorrenza esistenti ad affrontare le sfide specifiche poste dal mercato digitale, sono stati adottati due complessi regolamenti che si presentano come strumenti di regolamentazione *ex ante* e si concentrano sui servizi digitali nell’Unione europea: il DSA e il DMA. Questi atti hanno, in sintesi, due obiettivi principali: quello di creare uno spazio digitale più sicuro in cui i diritti fondamentali di tutti gli utenti dei servizi digitali siano protetti e quello di stabilire condizioni di parità per promuovere l’innovazione, la crescita e la competitività, sia nel mercato unico europeo che a livello globale.

Più in particolare, il DSA è incentrato su questioni quali la responsabilità degli intermediari online per i contenuti di terze parti, la sicurezza degli utenti online e gli obblighi asimmetrici in materia di dovere di diligenza per i diversi fornitori di servizi della società dell’informazione. Nel concreto, tale regolamento contiene una serie di obblighi armonizzati a livello dell’Unione, che si applicano a tutti i servizi digitali che collegano i consumatori

e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE, PE/51/2019/REV/1, G.U. L. 130 del 17.5.2019, pp. 92-125.

¹⁷ Direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell’Unione relative alla protezione dei consumatori, PE/83/2019/REV/1, G.U. L. 328 del 18.12.2019, pp. 7-28.

¹³ Regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione, del 20 aprile 2010, relativo all’applicazione dell’articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell’Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, G.U. L. 102 del 23.4.2010, pp. 1-7.

¹⁴ Regolamento (UE) 2018/302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 febbraio 2018, recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell’ambito del mercato interno e che modifica i regolamenti (CE) n. 2006/2004 e (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, G.U. L. 60I del 2.3.2018, pp. 1-15.

¹⁵ 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, PE/56/2019/REV/1, G.U. L. 186 dell’ 11.7.2019, pp. 57-79.

¹⁶ Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d’autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale

a beni, servizi o contenuti, e prevede nuove procedure per una più rapida rimozione dei contenuti illegali e una protezione globale dei diritti fondamentali degli utenti online.

Il DMA, invece, può essere considerato come lo strumento europeo di lotta alla dominanza delle “*Big Tech*” sui mercati digitali e, infatti, riguarda gli squilibri economici e le pratiche commerciali sleali che possono essere messe in atto dalle piattaforme che hanno assunto il ruolo di controllori dell’accesso al mercato digitale (c.d. “*gatekeepers*”), nonché gli effetti negativi che ne conseguono, come la minore contendibilità dei mercati delle piattaforme. Tale regolamento contiene, quindi, norme armonizzate che definiscono e vietano determinate pratiche sleali dei *gatekeepers* (come quella di favorire i propri servizi a discapito di quelli dei concorrenti) e prevedono un meccanismo di applicazione basato su indagini di mercato.

Nel 2023, invece, è stato adottato il Data Act, ossia il regolamento attraverso cui il legislatore dell’Unione ha inteso garantire un accesso equo ai dati (specialmente a quelli generati dall’utilizzo di prodotti connessi quali gli smartphone o gli elettrodomestici intelligenti) per creare un mercato competitivo e opportunità di innovazione, assicurando, al contempo, la protezione dei dati personali, dei segreti commerciali e dei diritti di proprietà intellettuale. In sostanza, tale regolamento chiarisce chi può utilizzare i dati e a quali condizioni, vietando contratti abusivi che ostacolano l’equa condivisione e stimolando un’interoperabilità (i.e. scambio e utilizzo) dei dati più efficiente. Inoltre, il regolamento consente agli enti pubblici di accedere e utilizzare determinati dati del settore privato, ad esempio per contribuire alla loro risposta alle emergenze pubbliche.

Nel 2024, infine, è stato adottato l’AI Act, il primo regolamento al mondo volto a garantire che i sistemi di IA siano sviluppati e utilizzati in modo responsabile.

Tale regolamento contiene obblighi per i fornitori e per i “*deployer*” (i.e. «qualsiasi persona fisica o giuridica, compresi un’autorità pubblica, un’agenzia o altro organismo, che utilizza un sistema di IA sotto la sua autorità, salvo nel caso in cui il sistema di IA sia utilizzato nel corso di un’attività personale non professionale») di tecnologie di IA e disciplina l’autorizzazione dei sistemi di IA nel mercato unico dell’Unione. L’approccio utilizzato nel regolamento è basato sul rischio, in quanto i vari sistemi di IA sono classificati in quattro categorie: quelli a rischio inaccettabile, elevato, limitato e minimo o nullo. A ciascuna di queste categorie si applicano regole diverse: l’utilizzo dei sistemi di IA considerati a rischio inaccettabile (come quelli di manipolazione cognitivo-comportamentale o di riconoscimento delle emozioni sul luogo di lavoro e negli istituti di istruzione) è totalmente vietato nell’Unione, mentre l’uso di sistemi a rischio elevato (come quelli utilizzati nella diagnosi delle malattie o nella guida autonoma) è consentito a patto che siano soddisfatti requisiti rigorosi quale la supervisione umana. Regole meno rigide si applicano, invece, ai sistemi di IA che presentano rischi limitati (come le chatbot o i sistemi di IA che generano contenuti), atteso che essi devono solo sottostare a obblighi di trasparenza, quale quello di informare gli utenti che i contenuti sono generati ricorrendo all’IA. Infine, i sistemi di IA che non pongono rischi (come i giochi o i filtri antispam) possono essere utilizzati liberamente e non sono interessati dal regolamento sull’IA. A ben vedere, il sistema appena descritto intende, da un lato, proteggere i cittadini dell’Unione evitando che le tecnologie di IA danneggino i loro diritti fondamentali o generino discriminazioni, dall’altro, promuovere l’innovazione e lo sviluppo di tecnologie IA europee competitive a livello globale.

Da questa breve disamina del contenuto dei quattro regolamenti recentemente

adottati dal legislatore dell'Unione appare subito chiaro che essi non sono rivolti soltanto ad assicurare il buon funzionamento del mercato interno ma hanno anche lo scopo di garantire la libertà dei singoli e l'esercizio dei loro diritti, assicurando il rispetto dei principi e valori propri del diritto dell'Unione, tra cui la democrazia, lo Stato di diritto e la tutela dei diritti fondamentali (art. 2 del TUE). Al centro dei suddetti regolamenti vi è sia la protezione dei consumatori e dei loro diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito "Carta"), quali la protezione della sicurezza, dei dati personali, della salute e dell'ambiente, sia la tutela della libertà di impresa di cui all'art. 16 della Carta e dell'innovazione in generale. A tal proposito, è eloquente il testo dell'art. 1 dell'AI Act, secondo il quale «[l]o scopo del [...] regolamento è migliorare il funzionamento del mercato interno e promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale (IA) *antropocentrica* e affidabile»¹⁸. Allora, l'utilizzo dell'art. 114 TFUE come base giuridica per l'adozione di tali atti (solo l'AI Act è stato basato anche sull'art. 16 TFUE per motivi di tutela dei dati personali) può dirsi, per certi versi, innovativo, dato che dimostra che la tutela dei suddetti diritti e libertà è cruciale per il buon funzionamento del mercato. Inoltre, anche la scelta di utilizzare strumenti di regolamentazione *ex ante* piuttosto che strumenti di *enforcement* è fortemente indicativa del fatto che l'Unione abbia voluto assicurare, indipendentemente dalla commissione di illeciti anticoncorrenziali, l'esistenza di un ambiente equo e contendibile, in cui siano rispettati i diritti fondamentali di tutte le imprese e di tutti i consumatori. Gli strumenti di *enforcement*, per definizione, avrebbero posticipato il momento di tutela a una fase successiva rispetto a quella della

commissione dell'illecito, per cui gli obiettivi perseguibili sarebbero stati soltanto quello di ristabilire la concorrenzialità del mercato ingiungendo l'interruzione della pratica illecita, se del caso, quello di punire l'*infringer* imponendo una sanzione, ed eventualmente quello di risarcire il danno, in un'ottica più spiccatamente economica che di tutela del diritto alla partecipazione a un mercato fortemente competitivo.

Può dirsi, dunque, che la nuova frontiera della politica dell'Unione europea di concorrenza e regolamentazione nel settore dei servizi digitali e dell'IA è molto diversa rispetto alla precedente, in quanto non si preoccupa più solo di evitare effetti negativi sull'innovazione e gli investimenti ma è attenta anche ai rischi e ai danni sociali, in particolare al rischio di impatti di lungo periodo sui diritti e libertà dei consumatori. Questo nuovo approccio segna – come anticipato nel paragrafo precedente – un ritorno ai fondamenti della dottrina ordoliberal per almeno due motivi: da un lato, perché i consumatori vengono posti al centro della nuova politica europea di concorrenza e regolamentazione, dall'altro perché, in opposizione alla visione classica del "*laissez-faire*", tale nuova politica si fonda sulla convinzione che non è possibile sviluppare un buon ordine economico naturale tramite il solo libero mercato. Dunque, lo stigma della dottrina ordoliberal secondo cui occorre regolare il mercato in modo tale da renderlo effettivamente libero riprende forza. Un testimonianza molto chiara è data dal DMA, il quale regola il comportamento che devono assumere le *Big Tech* in modo tale da rendere il mercato digitale libero, sia per le imprese che possono effettivamente esercitare la loro libertà di impresa sia per i consumatori che possono scegliere se condividere i propri dati personali, se abbonarsi a un servizio, quali applicazioni software utilizzare, etc. Come nella visione ordoliberal lo Stato interviene esclusivamente per rendere il mercato

¹⁸ Corsivo aggiunto.

meno anarchico e per evitare il pericolo che, senza alcuna regolamentazione, possano emergere e formarsi monopoli o oligopoli, così il DMA interviene per stabilire le regole volte a creare un mercato equo e contendibile e per combattere i monopoli delle *Big Tech*.

Anche in questa nuova fase, la politica in commento ha il pregio di essere flessibile sia dal punto di vista intrinseco che estrinseco, e ciò le permette di far più efficacemente fronte alle evoluzioni del settore del digitale e delle sue tecnologie. Si pensi, ad esempio, all'approccio basato sul rischio che sottende l'AI Act, il quale è l'emblema di un meccanismo flessibile volto a bilanciare l'innovazione con i principi democratici e a incorporare i valori dell'Unione nella progettazione, nello sviluppo e nell'uso dei sistemi di IA. Ancora, si pensi al fatto che l'art. 12 del DMA conferisce alla Commissione il potere di adottare atti delegati per integrare il regolamento con ulteriori obblighi per i *gatekeepers*, il che consente di fronteggiare anche nuove pratiche sleali o limitanti la contendibilità del mercato.

In conclusione, con i regolamenti recentemente entrati in vigore e con i loro approcci flessibili si cerca di ottenere, in generale, un rafforzamento dei principi e dei valori fondanti dell'Unione europea, e la tutela dei diritti fondamentali di consumatori e imprese prevale nettamente sull'obiettivo della crescita economica.

V. (*Segue*) L'efficacia extraterritoriale degli atti di regolamentazione dei servizi digitali e dell'IA

L'obiettivo di proteggere i diritti fondamentali ha portato il legislatore dell'Unione a introdurre nei nuovi atti di regolamentazione in materia di servizi digitali e di IA obblighi aventi anche una proiezione extraterritoriale, ossia applicabili anche a

entità situate al di fuori del territorio europeo, a condizione che i loro servizi o prodotti abbiano effetti significativi all'interno dell'Unione. In questo modo, l'Unione ha inteso garantire che le imprese non europee che operano nel mercato intero rispettino gli stessi standard di quelle europee, al fine di proteggere l'integrità del mercato unico digitale e i diritti fondamentali degli utenti dell'Unione, indipendentemente dalla localizzazione del fornitore di servizi.

Più in dettaglio, le norme in materia di moderazione dei contenuti, di diligenza e trasparenza contenute nel DSA si applicano ai prestatori di servizi intermediari che offrono servizi nell'Unione «come dimostrato da un collegamento sostanziale con l'Unione» (v. considerando n. 7). Tale collegamento è presente non solo, com'è ovvio, quando il prestatore di servizi è stabilito nell'Unione ma anche quando, in mancanza di tale stabilimento, il numero di destinatari del servizio in uno o più Stati membri è significativo in relazione alla rispettiva popolazione, o sulla base dell'orientamento delle attività verso uno o più Stati membri. L'orientamento delle attività verso uno o più Stati membri può essere determinato sulla base di tutte le circostanze del caso, tra cui fattori quali l'uso di una lingua o di una moneta generalmente usata nello Stato membro in questione (v. considerando n. 8). Il DMA, invece, si applica ai servizi di piattaforma di base forniti o offerti dai *gatekeepers* a utenti commerciali o finali stabiliti o situati nell'Unione, a prescindere dal luogo di stabilimento o di residenza dei *gatekeepers* e dalla normativa altrimenti applicabile alla fornitura del servizio (v. art. 1, par. 2, DMA). L'AI Act, infine, impone requisiti di conformità per i sistemi di IA che si applicano anche «ai fornitori e ai *deployer* di sistemi di IA che hanno il loro luogo di stabilimento o sono situati in un paese terzo, laddove l'output prodotto dal sistema di IA sia utilizzato nell'Unione» (v. art. 2, par. 1, lett. c)).

Questo approccio del legislatore dell'Unione potrebbe apparire in contrasto con alcuni principi di diritto internazionale, in particolare con il principio di territorialità, secondo cui gli Stati sovrani hanno il diritto esclusivo di regolamentare le questioni all'interno dei loro confini. Tuttavia, occorre tenere presente che lo stesso diritto internazionale consente l'applicazione extraterritoriale in due casi specifici, ossia laddove vi sia la necessità di proteggere interessi essenziali di uno Stato (secondo il c.d. "principio degli effetti") o laddove sia stato espresso un consenso reciproco attraverso trattati bilaterali o multilaterali.

Atteso che le nuove regole di diritto dell'Unione a portata extraterritoriale si basano essenzialmente sul principio degli effetti, essendo state introdotte per proteggere l'interesse essenziale dell'Unione alla tutela dei valori e diritti fondamentali nel mercato interno, potrebbe sostenersi che non sussiste alcun contrasto con il suddetto principio di diritto internazionale. D'altra parte, però, non può nascondersi che, soprattutto nel caso dell'AI Act, l'Unione propone dei veri e propri modelli di regolamentazione, fondati sui valori comuni europei come lo Stato di diritto, da applicarsi anche nella dimensione extraterritoriale. Pertanto, il dubbio sull'incompatibilità dei nuovi regolamenti di diritto dell'Unione con il diritto internazionale non può dirsi totalmente dissolto.

Peraltro, sussiste comunque un evidente rischio di un conflitto normativo: le imprese extra-UE potrebbero trovarsi obbligate a rispettare normative dell'Unione che contrastano con quelle dei Paesi di origine. Ad esempio, i requisiti di trasparenza o di moderazione dei contenuti potrebbero essere in contrasto con le leggi sulla libertà di espressione di altri Paesi. Pertanto, appare sempre più necessario un dialogo globale sulla regolamentazione dei servizi digitali e dell'IA.

VI. Gli atti di protezione del mercato interno dalle ingerenze esterne

Un'impronta leggermente diversa hanno i due regolamenti adottati nel contesto della politica commerciale comune (art. 207, par. 2, TFUE) al fine di proteggere il mercato dell'Unione dalle ingerenze esterne.

Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione del 2019 non impone norme vincolanti, né istituisce un meccanismo comune di controllo degli investimenti esteri diretti, ma devolve agli Stati membri il potere di introdurre una disciplina nazionale sul controllo di tali investimenti, restituendo loro competenze che avevano perduto per effetto del Trattato di Lisbona. Dato il suo peculiare contenuto, tale regolamento è stato eloquentemente definito «una specie di ornitorinco, una creatura strana se paragonata al tipo ordinario di regolamenti previsti dall'articolo 288 TFUE»¹⁹. In ogni caso, il regolamento rappresenta una risposta al notevole incremento di investitori stranieri, segnatamente fondi sovrani, che cercano in diversi modi e con differenti strumenti di acquisire attività strategiche per la sicurezza e l'ordine pubblico nazionale. In tal modo, l'Unione è venuta incontro alle preoccupazioni espresse dagli Stati membri e ha legittimato e rafforzato le loro normative, le quali possono prevedere una serie di meccanismi differenti per ambito di applicazione e procedure e tener conto delle specificità nazionali, purché siano soddisfatte talune condizioni. Va da sé che sulla base della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia le restrizioni agli investimenti esteri diretti devono essere giustificate dalla sussistenza di una minaccia reale e sufficientemente grave per l'ordine o la sicurezza pubblica, così come devono soddisfare un

¹⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Ćapeta, 30 marzo 2023, C-106/22, *Xella Magyarorszá*, punto 32.

test di proporzionalità²⁰. In considerazione però dell'ampia discrezionalità attribuita agli Stati, il regolamento fissa uno standard minimo delle differenti procedure nazionali e stabilisce un meccanismo di cooperazione tra gli Stati membri e tra gli Stati membri e la Commissione che mira a garantire una maggiore trasparenza e coerenza nel processo decisionale riguardante gli investimenti esteri. Nondimeno, il potere decisionale rimane ben saldo nelle mani del Paese dell'Unione nel quale l'investimento è in programma o è stato realizzato, mentre la Commissione ha una competenza piuttosto circoscritta e limitata, che può tradursi nella formulazione di un parere in merito a tale investimento. In altre parole, nell'ambito degli investimenti diretti esteri si può parlare senza alcuna retorica di "autonomia strategica" non tanto dell'Unione quanto dei singoli Stati membri.

Questo intervento *soft* dell'Unione europea sembra suggerire che le normative nazionali, come la legge italiana sul "*golden power*", siano in grado di proteggere dalle scalate straniere le società che operano in settori considerati strategici a livello interno e che, pertanto, sia sufficiente un dialogo e un coordinamento tra gli Stati membri e tra questi e la Commissione europea in merito agli investimenti esteri diretti potenzialmente in grado di incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico. Tuttavia, questa legittima esigenza di tutelare la sicurezza economica degli Stati membri non può essere estesa agli investimenti intra-UE, poiché ciò rischierebbe di compromettere il corretto funzionamento del mercato unico.

Nell'ordinamento dell'Unione si sono altresì riscontrate delle lacune in tema di sovvenzioni estere, che hanno richiesto un cambio di rotta rispetto al precedente

approccio seguito dal regolamento sugli investimenti esteri diretti. Per questo è stato adottato il regolamento del 2022 relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno, che è volto a porre rimedio alle distorsioni del mercato interno causate dai contributi finanziari concessi da Stati terzi a imprese attive nell'Unione europea. Il nuovo atto si propone quindi di valutare in modo unitario le *unfair trade practices*, al fine di tutelare gli interessi dell'Unione. Invero, prima della sua entrata in vigore, le imprese soggette ai limiti della disciplina degli aiuti di Stato si trovavano in una posizione di netto svantaggio rispetto alle imprese beneficiarie di sovvenzioni estere, libere di ricevere qualsivoglia beneficio dagli Stati terzi. Da qui, la necessità di garantire un *level playing field* tra gli operatori economici nell'Unione e di far fronte, in maniera velata, ma non tanto nascosta, al ruolo crescente di potenze globali nell'economia europea²¹.

Sebbene il regolamento sia fondato sull'art. 207 TFUE, che riguarda la politica commerciale comune, e sull'art. 114 TFUE, inerente all'armonizzazione del mercato unico europeo, esso riprende nell'ambito delle sovvenzioni estere alcuni concetti e strumenti tipici della normativa dell'Unione in tema di aiuti di Stato e concentrazioni, devolvendo i poteri di controllo e sanzionatori alla Commissione europea. Per la precisione, il nuovo atto dell'Unione si muove secondo tre linee direttrici, che consistono: nell'esame d'ufficio delle sovvenzioni estere distorsive (capo 2), nel controllo delle concentrazioni (capo 3) e delle procedure di appalto pubblico (capo 4). Questi strumenti affidati alla Commissione realizzano nel loro complesso un sistema articolato e completo di controllo delle sovvenzioni estere.

²⁰ Sentenza della Corte del 18 giugno 2020, C-78/18, *Commissione/Ungheria* (Trasparenza associativa), punto 91.

²¹ Si veda, ad esempio, Corte dei Conti dell'Unione, *La risposta dell'UE alla strategia cinese di investimenti guidati dallo Stato*, analisi n. 3, 2020.

Con riguardo al suo concreto funzionamento, va anzitutto evidenziato che il regolamento ha un carattere orizzontale, considerato che si applica a tutte le imprese, comprese quelle pubbliche controllate direttamente o indirettamente da uno Stato, che esercitano un'attività economica nell'Unione. Ciò significa che esso è volto a tutelare non solo quelli che vengono definiti "i campioni nazionali", ma più in generale le imprese che operano nell'ambito dell'Unione europea. Quanto all'ambito di applicazione oggettivo, si deve trattare di un contributo finanziario fornito direttamente da un Paese terzo che conferisca un vantaggio a un'impresa che esercita un'attività economica nel mercato interno e che sia limitato, in linea di fatto o di diritto, a una o più imprese o a uno o più settori. Si può ritenere quindi che, ai fini della qualificazione di una sovvenzione estera, il regolamento recepisca, con i dovuti adattamenti, le condizioni richieste dall'art. 107 TFUE per configurare un aiuto di Stato, ivi compresa la previsione di una presunzione sull'assenza di distorsione nell'ipotesi in cui la sovvenzione estera non superi l'importo di un aiuto *de minimis* (4 milioni di euro nell'arco di tre anni consecutivi). In linea poi con la deroga applicabile *de jure* al divieto di aiuti di Stato, ai sensi dell'art. 107, par. 2, lett. b), TFUE, il regolamento esclude pure che la sovvenzione erogata per far fronte a calamità naturali o eventi eccezionali possa determinare effetti pregiudizievoli per la concorrenza.

Al di là di queste presunzioni e deroghe, la Commissione ha il compito di verificare, nei tre ambiti sopraccennati, se vi sia il giusto equilibrio tra gli effetti negativi sulla concorrenza e gli effetti positivi per l'interesse generale dell'Unione europea, come ad esempio il contributo allo sviluppo economico o la realizzazione di obiettivi politici dell'Unione. Questo sistema centralizzato di controllo delle

sovvenzioni estere costituisce una applicazione concreta del concetto di autonomia strategica aperta e può rappresentare un modello da seguire anche in altre politiche dell'Unione, nella prospettiva di un avanzamento del processo di integrazione europea.

FABIO FERRARO E CLAUDIA MASSA*

Bibliografia

A. Adinolfi, *L'intelligenza artificiale tra rischi di violazione dei diritti fondamentali e sostegno alla loro promozione: brevi considerazioni sulla (difficile) costruzione di un quadro normativo dell'Unione*, in A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione? – Volume 1: Diritti fondamentali, dati personali e regolazione*, Bologna, 2022; A. Bradford, *The false choice between digital regulation and innovation*, in *Columbia Law School Scholarship Archive*, vol. 119, no. 2, 2024; M. Carta, *Il Regolamento UE sull'Intelligenza Artificiale: alcune questioni aperte*, in *Eurojus*, n. 3, 2024; G. De Gregorio, O. Pollicino, *The AI Act within the framework of digital constitutionalism*, in *EU Law Live*, n. 208, 2024; De Pasquale P. – Ferraro F., *L'autonomia strategica dell'Unione europea: dalla difesa... alla politica commerciale c'è ancora tanta strada da fare*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 2, aprile-giugno 2023, pp. V-XIV; Ferraro F., *L'Unione europea fa cadere la scure sulle sovvenzioni estere accentrando il loro controllo nelle mani della Commissione*, in *I Post di AISDUE*, V, 2023, n. 4, 24 maggio 2023; F. Ferri, *Transizione digitale e valori fondanti dell'Unione: riflessioni sulla costituzionalizzazione*

* (I par. 1, 4 e 5 sono attribuibili alla Dott.ssa Massa; il par. 6 è attribuibile al Prof. Ferraro; i par. 2 e 3 sono attribuibili a entrambi gli autori).

dello spazio digitale europeo, in *DUE*, 2022; Grieco C., *Intelligenza artificiale e tutela degli utenti nel diritto dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, 2023; M. Inglese, *Il regolamento sull'intelligenza artificiale come atto per il completamento e il buon funzionamento del mercato interno?*, in *Quaderni AISDUE*, Fascicolo speciale n. 2, 2024; C. Massa, *The Digital Markets Act between the EU Economic Constitutionalism and the EU Competition Policy*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 15(26), 2022, pp. 103-130; J. Moscianese, O. Pollicino (a cura di), *Concorrenza e regolamentazione nei mercati digitali*, Giappichelli, 2024; C. Novelli, F. Casolari, A. Rotolo, M. Taddeo, L. Floridi, *Taking AI risks seriously: a new assessment model for the AI Act*, in *AI & Society*, vol. 39, n. 5, 2024; W. Röpke, *Civitas humana*, 1944; C. Schepisi, *Le "dimensioni" della regolazione dell'intelligenza artificiale nella proposta di regolamento della Commissione*, in *I Post di AISDUE*, 2022; A. Turilazzi, F. Casolari, M. Taddeo, L. Floridi, *The Digital Services Act: An Analysis of Its Ethical, Legal, and Social Implications*, 2022; G. Zaccaroni, *Intelligenza artificiale e principio democratico: riflessioni a margine dell'emersione di un quadro normativo europeo*, in *Quaderni AISDUE*, Fascicolo speciale n. 2, 2024.

ANALISI ECONOMICA, DIRITTO *ANTITRUST* E REGOLAMENTAZIONE

Sommario: **I.** I fondamenti economici del diritto *antitrust*. – I.1. Il benessere del consumatore. – I.2. Benessere del consumatore e altri interessi pubblici. – I.3. La struttura concorrenziale dei mercati. – **II.** Analisi economica e abuso di posizione dominante. – II.1. L'approccio economico nella valutazione degli abusi. – II.2. La dominanza. – II.3. La preclusione anticoncorrenziale. – II.4. L'analisi degli affetti. – II.5. Il principio del concorrente altrettanto efficiente. – **III.** Analisi economica e concentrazioni. – III.1. Il test. SIEC – III.2. Concentrazioni, qualità e innovazione. – III.3. Concentrazioni conglomerali ed ecosistemi digitali. – **IV.** La promozione della concorrenza: regolazione e *new competition tools*.

I. I fondamenti economici del diritto *antitrust*

È stato osservato come l'isomorfismo tra dottrina giuridica e teoria economica diventi un'identità quando, come nel caso della moderna applicazione delle norme a tutela della concorrenza, si adotta un principio di legalità esplicitamente economico¹.

Le disposizioni normative raramente definiscono lo “standard” di applicazione delle norme del diritto della concorrenza, ossia il principio fondamentale che ne guida l'interpretazione e il criterio di rife-

rimento ultimo nella loro concreta applicazione. Eppure, l'adozione di un particolare standard non solo influenza l'esito dell'applicazione delle norme, ma più in generale fornisce un principio guida che condiziona l'individuazione delle priorità da parte delle autorità di concorrenza e ne definisce la “missione”².

In una prospettiva economica, lo standard più diffusamente riconosciuto nell'applicazione delle norme a tutela della concorrenza è quello del benessere del consumatore, sebbene il suo significato specifico³, il suo utilizzo concreto nella prova delle infrazioni e i suoi limiti siano oggetto di un continuo dibattito.

Da un lato, vi è chi ritiene che l'attenzione incentrata sul benessere dei consumatori possa essere dissonante rispetto al perseguimento di altri rilevanti interessi pubblici e possa ostacolare, ad esempio, lo sviluppo di un'economia dinamica e competitiva incoraggiando un *enforcement* troppo vigoroso. Dall'altro lato, vi è chi attribuisce al perseguimento di tale obiettivo livelli di *enforcement* sub-ottimali, insufficienti a fronteggiare efficacemente una varietà di rischi economici e sociali connessi con l'aumento della concentrazione e la crescita del potere di mercato.

² Cfr. OECD, 2023, The Consumer Welfare Standard - Advantages and Disadvantages Compared to Alternative Standards, *OECD Competition Policy Roundtable Background Note*.

³ Cfr. Herbert Hovenkamp, 2020, On The Meaning of Antitrust's Consumer Welfare Principle, *Revue Concurrentialiste*, 20-16.

¹ Cfr. Richard A. Posner, 1999, The Law and Economics of the Economic Expert Witness, *Journal of Economic Perspectives*, Volume 13(2).

I.1. Il benessere del consumatore

In una prospettiva economica, la tutela della concorrenza non è tipicamente considerata come un obiettivo in sé e per sé, ma piuttosto come strumento per consentire alla società di ottenere i benefici derivanti dal corretto funzionamento di mercati competitivi.

Efficaci dinamiche concorrenziali consentono di massimizzare il benessere sociale, stimolando l'efficienza allocativa (i beni e i servizi sono prodotti e distribuiti in base alle preferenze dei consumatori, con prezzi che riflettono i costi marginali) e produttiva (viene impiegata la minor quantità di risorse per ottenere un prodotto), nonché, in una prospettiva dinamica, l'innovazione.

In particolare, secondo un approccio economico "tradizionale" e diffusamente condiviso, l'obiettivo ultimo delle norme a tutela della concorrenza andrebbe individuato nella protezione del processo competitivo al fine di salvaguardare il benessere del consumatore. Il "benessere del consumatore" è definito in economia come la differenza tra ciò che i consumatori sarebbero stati disposti a pagare per un bene e ciò che hanno effettivamente dovuto pagare, ossia il "surplus" che i consumatori ottengono dall'acquisto di un bene.

L'adozione dello standard del benessere del consumatore si fonda sull'assunto che l'operare di dinamiche di mercato non distorte costituisce lo strumento migliore per assicurare prezzi bassi, ampia varietà ed elevata qualità dei prodotti offerti, in linea con le preferenze dei consumatori, nonché per stimolare l'innovazione.

Gli articoli 101 e 102 TFUE non fanno un riferimento generale al benessere del consumatore (né ad altri "standard") nella definizione delle condotte che integrano un'intesa restrittiva della concorrenza o un abuso di posizione dominante di natura escludente. L'articolo 102 contiene un riferimento esplicito al benessere del

consumatore (solo) in una delle categorie esemplificative di abuso, riferendosi alle condotte idonee a limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico *a danno dei consumatori*.

Il benessere del consumatore emerge direttamente, invece, come fattore di contro-bilanciamento di potenziali condotte restrittive della concorrenza tra le condizioni di esenzione previste dall'articolo 101(3). Il riferimento è alle circostanze in cui un'intesa contribuisce a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, riservando agli "utilizzatori" una congrua parte dell'utile che ne deriva. In maniera analoga, ai sensi del Regolamento sulle concentrazioni, una concentrazione non ostacola in modo significativo una concorrenza effettiva laddove consenta di ottenere incrementi di efficienza che compensano gli effetti restrittivi sulla concorrenza, e in particolare il pregiudizio potenziale per i consumatori, che l'operazione avrebbe potuto altrimenti produrre⁴.

In ogni caso, riferimenti al benessere del consumatore come obiettivo delle norme a tutela della concorrenza si ritrovano in varie linee guida e documenti di orientamento della Commissione. Le linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 101(3) affermano che l'obiettivo è quello di tutelare la concorrenza sul mercato come mezzo per migliorare il benessere del consumatore e per garantire un'allocazione efficiente delle risorse⁵. Negli Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 102 agli abusi escludenti, il benessere del consumatore è elemento costitutivo della nozione di preclusione

⁴ Reg. (CE) n. 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, par. 29.

⁵ Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, (2004/C 101/08).

anticoncorrenziale⁶. Negli orientamenti sulla valutazione delle concentrazioni si rileva che, grazie alla sua azione di controllo, la Commissione vieta le concentrazioni suscettibili di privare i consumatori dei benefici derivanti da una concorrenza effettiva (prezzi bassi, prodotti di alta qualità, un'ampia gamma di beni e servizi, e innovazione)⁷.

L'obiettivo del benessere del consumatore è, in ogni caso, frequentemente richiamato in modo esplicito nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: in particolare, è stato rilevato che gli interventi volti a reprimere lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante mirano a sanzionare sia le pratiche che possono provocare un danno diretto ai consumatori, sia di quelle che li danneggiano indirettamente (pregiudicando la struttura di effettiva concorrenza)⁸.

La nozione di benessere del consumatore consumatori può essere interpretata in modi diversi, con definizioni più o meno restrittive, che riguardano sia il concetto di "consumatore" sia quello di "benessere".

In generale, per "consumatori" si intendono non solo i consumatori finali, ma più in generale anche i clienti che si collocano a monte della catena del valore, comprese le imprese che agiscono come acquirenti in vari mercati. In concreto, in effetti, l'applicazione delle norme antitrust riguarda spesso imprese che producono prodotti o servizi intermedi e i cui

clienti sono quindi principalmente altre imprese (e non consumatori finali).

Sotto un diverso profilo, si rileva come lo standard di benessere del consumatore è di norma utilizzato in maniera neutra rispetto all'identità dei consumatori in un dato mercato, con la conseguenza che il suo utilizzo non dà generalmente rilievo ai potenziali effetti (re-)distributivi di condotte restrittive della concorrenza. In altre parole, si tratta di uno standard che tendenzialmente non supporta interventi nei confronti condotte che riducono il benessere di una categoria di consumatori e, allo stesso tempo, aumentano quello di un'altra categoria di consumatori, a meno che l'effetto complessivo non sia una contrazione della produzione.

Il benessere del consumatore rilevante nell'applicazione delle norme a tutela della concorrenza è generalmente circoscritto ai consumatori attivi nel mercato rilevante preso in esame. Eventuali effetti al di fuori del mercato oggetto di analisi sono, in linea di principio, irrilevanti, salvo che influenzino direttamente i consumatori del mercato rilevante.

Ad esempio, nell'ambito della valutazione dei potenziali "benefici collettivi"⁹ derivanti da accordi di sostenibilità, è stato rilevato che quando due mercati sono collegati, gli incrementi di efficienza generati su mercati distinti possono essere presi in considerazione a condizione che il gruppo di consumatori che è interessato dalla restrizione e che beneficia degli incrementi di efficienza sia sostanzialmente lo stesso. Per analogia, se i consumatori nel mercato rilevante si sovrappongono sostanzialmente al, o costituiscono parte del, gruppo di beneficiari esterni al mercato rilevante, i benefici collettivi per i consumatori nel

⁶ Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, (2009/C 45/02), par. 19.

⁷ Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del Regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, (2004/C 31/03), par. 8.

⁸ C. giust. UE, 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, ECLI:EU:C:2022:379, p. 44.

⁹ I "benefici collettivi" si verificano indipendentemente dalla valutazione individuale del prodotto da parte dei consumatori e vanno a vantaggio di una parte più ampia della società rispetto ai soli consumatori nel mercato rilevante.

mercato rilevante che si verificano al di fuori del mercato, possono essere presi in considerazione se sono sufficientemente significativi da compensare i consumatori nel mercato rilevante per il danno da questi subito.

In ogni caso, la nozione di benessere del consumatore deve essere necessariamente considerata in una prospettiva dinamica o prospettica, ossia lungo un adeguato orizzonte temporale. Ciò è particolarmente importante con riferimento alla valutazione di quelle condotte restrittive della concorrenza che possono aumentare il *surplus* del consumatore nel breve periodo, ma sono idonee a ridurlo nel medio periodo creando barriere all'ingresso/espansione futura dei concorrenti.

Il radicamento teorico tradizionale della nozione di benessere del consumatore nella teoria Marshalliana del benessere è principalmente connesso a una prospettiva "statica", incentrata sul livello dei prezzi di uno specifico prodotto. Tuttavia, il benessere del consumatore dipende direttamente da una molteplicità di aspetti non legati al prezzo: la varietà, la qualità dei beni e servizi disponibili – e, in una prospettiva dinamica, dipende anche dall'innovazione che consente l'offerta di nuovi beni/servizi o il loro miglioramento, nonché l'efficientamento dei processi produttivi, che consente la riduzione dei costi e dei prezzi.

L'applicazione delle norme a tutela della concorrenza è volta a tutelare il processo competitivo al fine di massimizzare una nozione *ampia* di benessere del consumatore, che comprende tutti gli elementi che costituiscono dimensioni rilevanti del processo competitivo, sia in una prospettiva statica che dinamica¹⁰.

L'adozione di una definizione ampia di benessere del consumatore è fondamentale

per garantire che il diritto della concorrenza possa rispondere in modo adeguato alle complesse dinamiche dei mercati moderni. Ad esempio, la qualità riveste spesso un ruolo fondamentale nelle dinamiche competitive dei mercati e può includere una vasta gamma di caratteristiche del prodotto che incidono sul valore percepito dai consumatori. Tale nozione può estendersi anche a nuovi aspetti che assumono rilevanza nei processi competitivi, come la protezione dei dati personali, consentendo interventi a tutela del corretto funzionamento dei mercati che, sempre più, si fondano sull'utilizzo di tale risorsa.

Sotto il profilo dell'attuazione pratica delle norme a tutela della concorrenza, lo standard del benessere del consumatore offre un quadro di riferimento applicabile, coerente e oggettivo che identifica un criterio chiaro per comprendere se vi sia (stato) un danno alla concorrenza. Si tratta di un principio che istituzionalizza un approccio economico alla politica della concorrenza: il suo utilizzo fonda le decisioni antitrust sull'economia e sulle evidenze economiche, con il duplice vantaggio di ridurre la discrezionalità e di offrire un approccio sufficientemente flessibile rispetto agli sviluppi dei mercati e delle conoscenze relative ai probabili effetti di nuove condotte e modelli di *business*.

I.2. Benessere del consumatore e altri interessi pubblici

Pur prendendo in considerazione una varietà di elementi che incidono sul benessere del consumatore, l'attenzione prestata dalle autorità di concorrenza è comunque circoscritta alle dimensioni che sono *rilevanti nel processo competitivo*¹¹.

¹⁰ Cfr. Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, (2004/C 31/03), par. 8.

¹¹ Cfr. European Commission: Directorate-General for Competition, 2016, EU merger control and innovation, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/944442>.

La circostanza per cui le autorità di concorrenza non affrontino esplicitamente obiettivi non collegati al funzionamento dei processi concorrenziali non implica, comunque, che l'*enforcement* antitrust e il controllo delle concentrazioni non possano contribuire *indirettamente* al raggiungimento di obiettivi sociali che vanno oltre il benessere del consumatore (definito in termini strettamente economici).

L'applicazione delle norme a tutela della concorrenza orientata al benessere del consumatore può, infatti, favorire *indirettamente* anche il perseguimento di una serie di interessi pubblici ad esso positivamente correlati. Ad esempio, la tutela degli incentivi all'innovazione non avvantaggia solo i consumatori attivi in un particolare mercato che potranno godere di nuovi e/o migliori beni e servizi, ma costituisce anche lo stimolo fondamentale del processo di crescita economica e della competitività dell'economia nel suo complesso. La tutela della varietà dell'offerta può assicurare l'operatività di una pluralità di fornitori in settori strategici, con vantaggi anche in termini di resilienza. Quando un ostacolo alla concorrenza induce un danno ambientale riducendo, ad esempio, gli investimenti in tecnologie verdi, l'intervento a tutela della concorrenza può svolgere un ruolo di sostegno e integrazione della transizione verde.

La giurisprudenza ha anche confermato che il diritto della concorrenza può raggiungere (indirettamente) obiettivi più ampi, in quanto garantire la scelta dei consumatori è un mezzo per garantire la pluralità in una società democratica¹² e l'uguaglianza dei cittadini. È stato riconosciuto, in effetti, che il mercato efficiente amplia i diritti fondamentali dei cittadini¹³.

¹² C. giust. UE, 14 settembre 2022, causa T-604/18, *Google and Alphabet v Commission (Google Android)*, ECLI: EU:T:2022:541, p. 1028.

¹³ Corte Costituzionale, 7 febbraio 2024, ECLI: IT:COST:2024:36.

Si comprende, dunque, perché – seppur con l'adozione di uno standard ben definito – una politica di concorrenza rappresenta uno strumento chiave per il conseguimento di un mercato interno libero, dinamico e funzionale, nonché per lo sviluppo di un benessere economico comune.

Tuttavia, riconoscere il contributo significativo che l'applicazione delle norme a tutela della concorrenza può dare al perseguimento di una varietà di obiettivi sociali, non equivale (necessariamente) a integrare tali obiettivi nello standard di riferimento utilizzato dalle autorità di concorrenza.

Ben diverso sarebbe, infatti, adottare uno standard definito in termini di "interesse pubblico", o con riferimento alla figura del "cittadino" piuttosto che a quella economica di "consumatore"¹⁴. Le analisi svolte dalle autorità di concorrenza si estenderebbero ben al di là dell'efficienza del mercato, con criteri decisionali di *enforcement* potenzialmente connessi a un'ampia varietà di obiettivi sociali come l'equità, l'ambiente, la riduzione dell'inflazione e la crescita dei salari, il controllo del potere politico delle imprese dominanti, ma anche la competitività, l'indipendenza strategica e la resilienza.

È evidente che adottare una nozione di benessere così ampia non agevola la certezza giuridica e rischia di imporre ai decisori giudizi di valore complessi, che possono anche contrastare con altri strumenti di *policy*. Un *enforcement* "poli-centrico" richiede di risolvere (eventuali) antinomie sulla base di scelte di valore in relazione al peso da attribuire ai diversi obiettivi sociali confliggenti che mal si concilia con la natura tecnica delle autorità di concorrenza, potendo sconfinare in valutazioni di natura "politica" più propriamente spettanti a istituzioni rappresentative. Peraltro, una missione molto

¹⁴ Cfr. Ioannis Lianos, 2018, *Polycentric Competition Law, Current Legal Problems*, Vol. 157.

ampia può mettere a rischio l'indipendenza che caratterizza le autorità di concorrenza, che è strettamente legata a un mandato definito da poteri limitati e specifici. Inoltre, perseguire una varietà di interessi pubblici ampliando la missione, ben definita, delle di concorrenza può diminuirne l'*accountability* e generare disfunzioni nel processo decisionale pubblico complessivo, potendo creare conflitti di competenze e problemi di coordinamento, aumentando anche i costi per le aziende costrette a prevedere le politiche di numerosi attori pubblici¹⁵.

Al contempo, ciò non significa che l'applicazione delle norme a tutela della concorrenza non possa essere modulata, nel tempo, anche alla luce di obiettivi sociali che possono rendersi particolarmente rilevanti. Infatti, le autorità di concorrenza devono stabilire come utilizzare le risorse limitate di cui dispongono ed è ben possibile che considerazioni più ampie influenzino le priorità (ancorché non lo standard) di applicazione delle norme in questione¹⁶.

I.3. La struttura concorrenziale dei mercati

Nonostante il rilievo che ha avuto nel definire la moderna applicazione delle norme a tutela della concorrenza in diverse giurisdizioni, lo standard di benessere del consumatore in sé – e non solo il modo, più o meno “flessibile”, in cui è applicato – rimane comunque controverso. Le linee critiche si sviluppano lungo diverse direzioni, con approcci che sollecitano uno standard più interventista e altri il contrario (cfr. *supra*).

Una corrente di pensiero, talora ricondotta alla scuola di pensiero neo-brandei-

siana, suggerisce che l'applicazione dello standard di benessere del consumatore, insieme alle analisi economiche che richiede, ha portato a un'applicazione insufficiente delle norme, contribuendo ad alimentare un generale aumento del potere di mercato nell'economia¹⁷. La discussione è anche sociale e politica, con i sostenitori che chiedono di ampliare lo spettro di intervento delle autorità di concorrenza considerando il valore della tutela della libera concorrenza e del processo competitivo come obiettivo in sé, in quanto espressione della libertà economica, e non solo come un mezzo per promuovere un'economia efficiente.

In estrema sintesi (e nonostante una pluralità di definizioni), secondo questo approccio, l'applicazione delle norme antitrust andrebbe dunque orientata verso l'obiettivo diretto della tutela della “struttura concorrenziale” dei mercati, consentendo di beneficiare di tutti i benefici derivanti da una “maggiore concorrenza” in quanto tale.

Rispetto allo standard del benessere del consumatore, la tutela della struttura e/o del processo concorrenziale in sé comporta tendenzialmente un approccio più interventista e può divenire funzionale a tutelare, attraverso l'antitrust, una varietà di istanze, come la sopravvivenza delle piccole e medie imprese, la salvaguardia dell'imprenditoria locale, la riduzione delle disuguaglianze nonché un'ampia gamma di interessi pubblici potenzialmente riconducibili a “mercati più concorrenziali”¹⁸.

Tuttavia, si tratta di un principio che non appare agevolmente applicabile come standard di legittimità, ad esempio con riferimento agli abusi di posizione dominante, atteso che la protezione della struttura concorrenziale del mercato rischia di tradursi nella mera tutela dei concorrenti,

¹⁵ Cfr. Jean Tirole, 2022, Socially Responsible Agencies, *Competition Law & Policy Debate*, Vol. 7(4).

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Cfr. Lina Khan, 2018, The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 9(3), March 2018.

¹⁸ *Ibidem*.

che potrebbe deprimere, piuttosto che alimentare, un sano processo concorrenziale. Infatti, un processo competitivo molto intenso – idoneo a stimolare efficienza allocativa, produttiva e dinamica – può ben essere correlato a strutture di mercato più concentrate, dal momento che le imprese meno efficienti possono non essere in grado di reggere la concorrenza con quelle più efficienti e innovative. Pertanto, la tutela della “struttura concorrenziale” del mercato non coincide necessariamente con la tutela del “processo concorrenziale” e tale principio non può costituire uno standard utilmente applicabile senza un’ulteriore specificazione e declinazione.

II. Analisi economica e abuso di posizione dominante

II.1 L’approccio economico nella valutazione degli abusi

Nei primi anni di applicazione, gli interventi nei confronti degli abusi di posizione dominante ai sensi dell’art. 102 TFUE sono stati criticati per l’adozione di un approccio troppo formalistico, che poteva portare a proteggere i concorrenti piuttosto che a tutelare la concorrenza, anche a causa di un insufficiente fondamento economico¹⁹.

Il processo di riforma che ha portato all’adozione degli Orientamenti sulle priorità nell’applicazione dell’articolo 102 del TFUE ai comportamenti abusivi di esclusione da parte di imprese dominanti

(di seguito gli “Orientamenti”) ha inteso introdurre un approccio più economico (“*more economic approach*”) favorendo un allineamento dell’applicazione delle norme alla teoria economica.

Sebbene non vi sia una definizione univoca di cosa costituisca il “*more economic approach*”, è possibile descriverlo come un orientamento nell’applicazione dell’art. 102 volto alla protezione del processo competitivo al fine di tutelare il benessere dei consumatori, in cui le priorità vengono stabilite tenendo conto degli effetti (potenziali) di un determinato comportamento, attraverso l’analisi delle dinamiche di mercato alla luce di tutte le circostanze rilevanti²⁰.

L’adozione degli Orientamenti ha determinato sviluppi non solo nella pratica della Commissione²¹, ma anche – e, secondo alcuni osservatori, soprattutto – nella giurisprudenza della Corte di giustizia, con alcune decisioni che rivelano la tendenza ad adottare un approccio all’articolo 102 più basato sugli effetti e meno formalistico, e chiariscono il significato e la portata di diversi concetti inclusi negli Orientamenti.

L’evoluzione della giurisprudenza non segue, comunque, un percorso lineare: sebbene si possa distinguere tra un’epoca “tradizionale” e un’epoca “moderna” in

¹⁹ Cfr. Gual, Jordi & Hellwig, Martin & Perrot, Anne & Polo, Michele & Rey, Patrick & Schmidt, Klaus M. & Stenbacka, Rune, 2005. “An Economic Approach to Article 82 - Report by the European Advisory Group on Competition Policy,” Discussion Paper Series of SFB/TR 15 Governance and the Efficiency of Economic Systems 82, Free University of Berlin, Humboldt University of Berlin, University of Bonn, University of Mannheim, University of Munich.

²⁰ C. giust. UE, 30 gennaio 2020, causa C-307/18, *Generics (UK) and Others*, ECLI: EU:C:2020:52, p. 154; C. giust. UE, 29 marzo 2012, causa T336/07, *Telefónica*, ECLI: EU:T:2012:172, p. 175; C. giust. UE, 14 ottobre 2010, causa C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, ECLI: EU:C:2010:603, p.175; C. giust. UE, 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *TeliaSonera*, ECLI:EU:C:2011:83, p. 28; C. giust. UE, causa T-235/18, 15 giugno 2022, *Qualcomm v Commission*, ECLI:EU:T:2024:142, p. 396-398; C. giust. UE, 25 marzo 2021, causa C-165/19 P, *Slovak Telekom*, ECLI:EU:C:2021:239, p. 42.

²¹ Cfr. Yannis Katsoulacos e G. Makri, 2020, The Role Of Economics And The Type Of Legal Standards In Antitrust Enforcement by DGCOMP: an empirical investigation, *Journal of Antitrust Enforcement*, 9(3).

funzione del *grado* in cui la Corte abbraccia o si allontana da un approccio formalistico, non si può sostenere che un'epoca inizi dove l'altra finisce²². La giurisprudenza della Corte, infatti, si evolve rimanendo ancorata, da un lato, ad alcuni concetti e proposizioni "ereditati" dall'epoca tradizionale e incorporando, dall'altro lato, elementi di un approccio economico più basato sugli effetti.

II.2 La dominanza

L'articolo 102 vieta il comportamento abusivo posto in essere da imprese in posizione dominante. Secondo una consolidata giurisprudenza, un'impresa è in posizione dominante se ha la capacità di comportarsi in modo indipendente da concorrenti, clienti, fornitori e, in ultima analisi, dal consumatore finale. Un'impresa dominante che detiene tale potere di mercato avrebbe la capacità di fissare i prezzi al di sopra del livello competitivo, di vendere prodotti di qualità inferiore o di ridurre il proprio tasso di innovazione al di sotto del livello che esisterebbe in un mercato competitivo. Si tratta, dunque, di una definizione preminentemente "comportamentale" di dominanza, fondata sull'intensità dei vincoli competitivi ai quali un'impresa è soggetta, che sono normalmente apprezzati nell'ambito di uno specifico mercato rilevante.

In questa prospettiva, dunque, non è la dimensione dell'impresa a definirne l'assoggettabilità all'art. 102, ma la misura in cui l'impresa è vincolata dalla concorrenza esercitata da imprese rivali, sia attuali che potenziali. Nonostante il rilievo che indici di natura strutturale riferiti a un particolare mercato rilevante assumono nell'analisi della dominanza, dunque, si tratta di una nozione che è ontologicamente connessa

all'autonomia di condotta dell'impresa. In effetti, anche la definizione del mercato rilevante va inteso come uno strumento funzionale a individuare in modo sistematico le pressioni concorrenziali che gravano sulle imprese interessate, piuttosto che a consentire meramente un'analisi strutturale del mercato.

La valutazione della dominanza, dunque, richiede un'approfondita analisi economica che, attraverso l'analisi dei mercati rilevanti, è volta a esaminare una pluralità di fattori per comprendere i vincoli competitivi che intercorrono tra le imprese che vi operano: la posizione sul mercato dell'impresa interessata e dei suoi concorrenti; le barriere all'espansione e all'ingresso; il potere di acquisto delle controparti.

È stato osservato come gli strumenti antitrust tradizionali utilizzati (anche) per valutare la posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 siano eccessivamente "statici" e incentrati sui prezzi. L'analisi economica alimenta, comunque, una continua evoluzione degli strumenti utilizzati per cogliere i vincoli competitivi nei mercati più dinamici e soprattutto nel settore digitale, in cui le imprese adottano innovativi modelli di *business* caratterizzati da una molteplicità di versanti, dal controllo di complessi ecosistemi e dal ruolo centrale dei dati raccolti in mercati dove non si rilevano prezzi (monetari).

II.3 La preclusione anticoncorrenziale

Negli Orientamenti, le priorità di intervento nella repressione degli abusi escludenti sono chiaramente ricondotte ai casi in cui il presunto comportamento abusivo è suscettibile di determinare una preclusione che determina un danno ai consumatori. Adottare una prospettiva orientata alla tutela del benessere dei consumatori significa concentrarsi sulle condotte più dannose per questi ultimi, al fine di garantire che possano beneficiare dell'efficienza e della

²² Cfr. Pinar Akman, 2024, A Critical Inquiry Into 'Abuse' In EU Competition Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 44(2).

produttività che derivano da una concorrenza effettiva tra le imprese in mercati correttamente funzionanti.

La centralità del benessere del consumatore nell'applicazione dell'art. 102 è sviluppato proprio nella nozione di "preclusione anticoncorrenziale" utilizzata negli Orientamenti, che identifica, infatti, una situazione in cui l'accesso effettivo dei concorrenti effettivi o potenziali alle forniture o ai mercati è ostacolato o eliminato a causa del comportamento dell'impresa dominante, che probabilmente è in grado di aumentare i prezzi in modo redditizio *a scapito dei consumatori*.

Il riferimento al benessere del consumatore nell'applicazione dell'articolo 102 va, peraltro, propriamente inteso in senso dinamico e prospettico, ben potendo talune condotte escludenti favorire i consumatori nell'immediato, ma non nel medio termine²³.

Secondo una costante giurisprudenza, l'articolo 102 TFUE ha come obiettivo specifico quello di prevenire che i comportamenti di un'impresa dominante abbiano l'effetto, a danno dei consumatori, di ostacolare, ricorrendo a mezzi o a risorse diversi da quelli su cui si impernia una concorrenza normale, la conservazione del grado di concorrenza esistente sul mercato o lo sviluppo di tale concorrenza²⁴. Pertanto, tale disposizione mira a sanzionare non soltanto le pratiche che possono provocare un danno *diretto* ai consumatori, ma anche quelle che li danneggiano *indirettamente*,

pregiudicando la struttura di effettiva concorrenza del mercato²⁵.

L'applicazione dell'articolo 102 in concreto, dunque, richiede che l'autorità di concorrenza dimostri che la condotta dell'impresa in posizione dominante sia idonea a pregiudicare, ricorrendo a risorse o a mezzi diversi da quelli su cui si impernia una concorrenza normale, una struttura di concorrenza effettiva. Tuttavia, l'art. 102 non osta a che, in virtù di una concorrenza basata sui meriti, scompaiano o siano emarginati sul mercato in questione concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori, segnatamente dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione.

In ogni caso, un'impresa dominante può provare che una pratica escludente non incorre nel divieto di cui all'articolo 102 TFUE dimostrando che gli effetti restrittivi che tale pratica può produrre sono controbilanciati, se non superati, da vantaggi in termini di efficienza che vanno a beneficio anche dei consumatori, in particolare in termini di prezzi, di scelta, di qualità o di innovazione²⁶.

II.4 L'analisi degli effetti

Un approccio fondato sugli effetti, superando un'applicazione formalistica dell'art. 102, è volto a valutare le conseguenze che una condotta è idonea a produrre sul mercato, alla luce di tutte le specifiche circostanze rilevanti. In una prospettiva economica, alcune pratiche possono avere o meno effetti anticoncorrenziali, a seconda del contesto specifico in cui si inseriscono. L'analisi degli effetti è uno strumento necessario per distinguere tra comportamenti potenzialmente

²³ Cfr. Chiara Fumagalli, Massimo Motta, 2004, Economic Principles for the Enforcement of Abuse of Dominance Provisions, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 20(1-2).

²⁴ C. giust. UE, 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche*, ECLI: EU:C:1979:36, p.91; C. giust. UE, 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark*, EU:C:2012:172, p. 24; C. giust. UE, 30 gennaio 2020, causa C-307/18, *Generics (UK)*, ECLI:EU:C:2020:52, p. 148.

²⁵ C. giust. 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways*, ECLI:EU:C:2007:166: p. 106-107; C. giust. UE, 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *TeliaSonera*, ECLI:EU:C:2011:83, p. 24.

²⁶ C. giust. UE, 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, ECLI:EU:C:2022:379.

dannosi per la concorrenza e condotte che, pur aggressive nei confronti dei concorrenti, possono incentivare efficienza e innovazione a vantaggio dei consumatori.

Un approccio basato sugli effetti è incompatibile con l'idea che una pratica che assume una forma particolare debba essere automaticamente considerata abusiva, e richiede che l'autorità di concorrenza analizzi tutte le circostanze fattuali rilevanti, svolgendo una valutazione non meramente formalistica o astratta. In una prospettiva economica, è auspicabile che tale analisi sia svolta alla luce di una specifica "teoria del danno", ossia una descrizione dei meccanismi economici attraverso i quali la condotta in esame ha la capacità di escludere i concorrenti e di determinare un danno per i consumatori.

La rilevanza dell'analisi delle circostanze specifiche, tuttavia, non implica che ogni singolo caso debba essere valutato in maniera sostanzialmente diversa, né che ogni singolo caso debba necessariamente comportare sofisticate prove quantitative o modelli economici. Ad esempio, atteso che la letteratura economica indica che alcune pratiche hanno un potenziale anticoncorrenziale maggiore di altre, un approccio basato sugli effetti non è necessariamente incoerente con la definizione di presunzioni relative²⁷.

In generale, per accertare l'esistenza di un abuso, è necessario stabilire che una pratica di un'impresa dominante produce, almeno potenzialmente, un effetto anticoncorrenziale²⁸. Il carattere abusivo di un comportamento di un'impresa in posizione dominante può essere constatato solo a condizione di aver dimostrato la sua

capacità di restringere la concorrenza e di produrre gli effetti escludenti addebitati²⁹.

Per quanto riguarda la definizione del livello di probabilità degli effetti anticoncorrenziali necessario per giustificare un intervento, sono spesso utilizzati diversi aggettivi: effetti "probabili" o "potenziali", o comportamenti che hanno la "capacità" o che "tendono" a danneggiare la concorrenza³⁰. La formulazione che sembra più adatta a catturare lo *standard* richiesto è quella di "effetti potenziali", dato che non è possibile intervenire nel caso di effetti meramente ipotetici³¹, e non è necessario dimostrare effetti anticoncorrenziali effettivi (concreti) della condotta³².

Quando il comportamento è durato per un periodo di tempo sufficiente, le prestazioni di mercato dell'impresa dominante e dei suoi concorrenti possono fornire la prova di un effetto escludente

²⁹ C. giust. UE, 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, ECLI:EU:C:2022:379.

³⁰ C. giust. UE, 10 novembre 2021, causa T-612/17, *Google Shopping*, ECLI:EU:T:2021:763, p. 438; C. giust. UE, 25 marzo 2021, causa C-165/19 P, *Slovak Telekom*, ECLI:EU:C:2021:239, p. 109; C. giust. UE, 18 novembre 2020, causa T-814/17, *Lietuvos geležinkijos*, ECLI:EU:T:2020:545, p. 80; C. giust. UE, 27 marzo 2012, causa C-52/09, *Post Danmark*, p. 44; C. giust. UE, 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *TeliaSonera*, ECLI:EU:C:2011:83, p. 77; C. giust. UE, 29 marzo 2012, causa T-336/07, *Telefónica*, ECLI:EU:T:2012:172, p. 268; C. giust. UE, 6 ottobre 2015, causa C-23/14, *Post Danmark II*, ECLI:EU:C:2015:651, p. 31, 66, 67, 68, 74.

³¹ C. giust. UE, 6 ottobre 2015, causa C-23/14, *Post Danmark II*, ECLI:EU:C:2015:651, p. 65; C. giust. UE, 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, ECLI:EU:C:2022:379, p. 98; C. giust. UE, 19 gennaio 2023, causa C-680/20, *Unilever*, ECLI:EU:C:2023:33, p. 42.

³² C. giust. UE, 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *TeliaSonera*, ECLI:EU:C:2011:83, p. 64; C. giust. UE, 6 ottobre 2015, causa C-23/14, *Post Danmark II*, ECLI:EU:C:2015:651, p. 66; C. giust. UE, 29 marzo 2012, causa T-336/07, *Telefónica*, p. 268; C. giust. UE, 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, ECLI:EU:C:2022:379, p. 53; C. giust. UE, 19 gennaio 2023, causa C-680/20, *Unilever*, ECLI:EU:C:2023:33, p. 41.

²⁷ Cfr. Akman, Pinar and Fumagalli, Chiara and Motta, Massimo, 2024, *The European Commission's Draft Guidelines on Exclusionary Abuses: A Law and Economics Critique and Recommendations*.

²⁸ C. giust. UE, 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *TeliaSonera*, ECLI:EU:C:2011:83, p. 77.

della pratica in questione. Tuttavia, la circostanza inversa – per cui un determinato comportamento non abbia prodotto effetti anticoncorrenziali concreti – non può escludere, anche laddove sia trascorso un lungo periodo di tempo dal verificarsi di tale comportamento, che esso avesse effettivamente una simile capacità quando è stato attuato. Infatti, l'assenza di effetti concreti potrebbe essere imputabile ad altre cause ed essere dovuta, in particolare, a cambiamenti sopravvenuti nel mercato rilevante o all'incapacità dell'impresa in posizione dominante di attuare con successo la strategia all'origine di un comportamento del genere. In ogni caso, l'articolo 102 TFUE mira a reprimere condotte che hanno la capacità di determinare effetti escludenti quando sono attuate, indipendentemente dall'eventuale esito infruttuoso della condotta.

II.5 Il principio del concorrente altrettanto efficiente

Un approccio nell'applicazione delle norme sull'abuso di posizione dominante basato sugli effetti e teleologicamente orientato alla tutela dei consumatori definisce una prospettiva di *enforcement* dell'articolo 102 che non persegue lo scopo di garantire che i concorrenti meno efficienti dell'impresa in posizione dominante rimangano sul mercato, sulla base della constatazione che non tutti gli effetti di esclusione sono necessariamente dannosi per la concorrenza³³.

Gli organi giurisdizionali dell'Unione hanno riconosciuto che un sano processo competitivo (la "concorrenza nel merito") può, per definizione, portare all'uscita dal mercato o all'emarginazione di concorrenti meno efficienti e quindi meno attraenti

per i consumatori dal punto di vista, tra l'altro, del prezzo, della scelta, della qualità o dell'innovazione³⁴. Pertanto, la tutela del processo competitivo non può costituire una tutela di concorrenti inefficienti da condotte riconducibili ai soli mezzi propri di una concorrenza «normale», vale a dire basata sui meriti.

Per essere qualificata come abusiva, è *sufficiente* che la condotta dell'impresa dominante abbia avuto, nel periodo durante il quale è stata attuata, la capacità di produrre un effetto escludente nei confronti di concorrenti di efficienza quantomeno pari all'impresa in posizione dominante. Non è chiaro, tuttavia, che tale condizione sia anche *necessaria* per la prova di un abuso.

L'articolo 102 TFUE non ha lo scopo di impedire a un'impresa di conquistare, grazie ai suoi meriti, e in particolare alle sue competenze e capacità, una posizione dominante su un mercato, né di garantire che rimangano sul mercato concorrenti meno efficienti di un'impresa che detiene una posizione del genere. Tuttavia, alle imprese in posizione dominante incombe, indipendentemente dalle cause di una simile posizione, la "speciale responsabilità" di non pregiudicare, con il loro comportamento, una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato interno. Di conseguenza, le imprese in posizione dominante possono difendersi dai loro concorrenti, ma devono farlo ricorrendo ai mezzi propri di una concorrenza «normale», vale a dire basata sui meriti. Tali imprese non possono invece rendere più difficile la penetrazione o il mantenimento sul mercato in questione di concorrenti altrettanto efficienti ricorrendo a mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti.

L'impossibilità per un ipotetico concorrente altrettanto efficiente, ma non in posizione dominante, di replicare la pratica

³³ C. giust. UE, 6 settembre 2017, causa C-413/14 P, *Intel*, ECLI:EU:C:2017:632, pp. 133-134; C. giust. UE, 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, ECLI:EU:C:2022:379.

³⁴ C. giust. UE, 6 ottobre 2015, causa C-23/14, *Post Danmark II*, ECLI:EU:C:2015:651.

in questione, al fine di stabilire se quest'ultima si basi su mezzi propri di una concorrenza basata sui meriti, può potenzialmente essere rilevante nell'esame dell'abusività di pratiche sia tariffarie che non tariffarie³⁵.

Il *principio* del concorrente altrettanto efficiente si concretizza in uno strumento operativo chiaro nell'esame delle condotte di prezzo, attraverso l'utilizzo di un *test* prezzo-costo. Il riferimento è a vari test quantitativi che confrontano i prezzi praticati dall'impresa dominante con i *suoi* costi sottostanti, con l'obiettivo di valutare se la condotta in esame comporta un sacrificio di profitti (e non sarebbe, dunque, replicabile profittevolmente da un concorrente altrettanto efficiente). In una prospettiva economica, infatti, i test prezzo-costo costituiscono una prova potenzialmente rilevante soprattutto per le condotte abusive che comportano un sacrificio dei profitti, come la predazione e il *margin squeeze*, mentre sono meno adeguati ad analizzare condotte abusive che non richiedono tale sacrificio.

La giurisprudenza ha chiarito, comunque, che si tratta di solo uno dei modi per dimostrare che un'impresa in posizione dominante ha fatto ricorso a mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza «normale», sicché le autorità garanti della concorrenza non hanno l'obbligo di fondarsi sistematicamente su un test del genere per accertare il carattere abusivo di una pratica tariffaria³⁶.

Il principio del concorrente altrettanto efficiente può essere applicabile anche a pratiche non tariffarie. Anche in quest'ultimo caso, tuttavia, il riferimento al concorrente altrettanto efficiente va collocato nell'ambito dell'approccio complessivo di analisi delle condotte potenzialmente abusive, e

soprattutto alla luce della particolare “teoria del danno” considerata.

In ogni caso, esso costituisce un riferimento concettuale volto all'individuazione di effetti di preclusione anticoncorrenziale che fa riferimento a *ipotetici* concorrenti altrettanto efficienti³⁷, e non richiede che l'autorità di concorrenza analizzi l'efficienza di *specifici* concorrenti dell'impresa dominante.

Inoltre, la nozione di “*as-efficient*” deve essere interpretata in senso ampio³⁸ e, soprattutto in alcuni casi, occorre considerare che una concorrenza effettiva meritevole di tutela può provenire anche da imprese (attualmente) meno efficienti dell'impresa dominante. In effetti, nonostante il potenziale *appeal* teorico, il principio generale del concorrente altrettanto efficiente non sempre è agevolmente applicabile in concreto, in particolar modo nei mercati in cui c'è una forte concorrenza non di prezzo e dinamica, e in quelle circostanze in cui occorre tenere in considerazione la possibile esistenza di frizioni strutturali e comportamentali (economia di scala, esternalità di rete, costi di ricerca, *bias* comportamentali, imperfezioni dei mercati finanziari) che possono essere la fonte di un vantaggio competitivo dell'impresa dominante (rispetto ad imprese altrimenti “altrettanto efficienti”).

III. Analisi economica e concentrazioni

Negli ultimi anni, il tema del controllo delle concentrazioni ha suscitato un interesse crescente, sia nella letteratura economica che nel dibattito politico.

³⁵ C. giust. UE, 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, ECLI:EU:C:2022:379.

³⁶ C. giust. UE, 6 ottobre 2015, causa C-23/14, *Post Danmark II*, ECLI:EU:C:2015:651, p 6 e 57.

³⁷ C. giust. UE, 19 gennaio 2023, causa C-680/20, *Unilever*, ECLI:EU:C:2023:33, p 56.

³⁸ C. giust. UE, 6 settembre 2017, causa C-413/14 P, *Intel*, ECLI:EU:C:2017:632, p 134; C. giust. UE, 19 gennaio 2023, causa C-680/20, *Unilever*, ECLI:EU:C:2023:33, p 37.

In primo luogo, diversi studi hanno evidenziato i *trend* di crescita della concentrazione e dei *markup* sia negli Stati Uniti che in Europa. Inoltre, la crescita dei livelli di concentrazione si affianca a *performance* aziendali sempre più divergenti, con poche “aziende superstar” che si distinguono per dimensioni, produttività e salari rispetto al resto, in particolare nei settori digitali ad alta tecnologia, ma non solo. Nonostante vi sia un dibattito economico in merito all’interpretazione più corretta da dare a queste evidenze empiriche³⁹, questa letteratura appare suggerire la necessità di adottare un approccio più severo nel controllo delle concentrazioni, che potrebbe essere stato caratterizzato storicamente da un grado elevato di *under-enforcement*.

In secondo luogo, l’esigenza di interventi più efficaci è stata anche evidenziata dagli studi che hanno documentato il ruolo che le acquisizioni, spesso di giovani *start-up*, hanno avuto nel processo di crescita delle maggiori piattaforme digitali *online* e come queste siano spesso sfuggite al vaglio delle autorità di concorrenza perché non soddisfacevano le soglie tradizionali previste per la loro notifica. Ciò ha contribuito alla nascita e all’espansione di grandi ecosistemi digitali attraverso i quali le piattaforme hanno esteso la loro portata e la loro influenza in mercati che vanno ben oltre i loro servizi principali.

L’evoluzione del settore digitale ha avuto molteplici implicazioni sul controllo delle concentrazioni: modifiche legislative volte ad ampliare le operazioni assoggettabili allo scrutinio delle autorità di concorrenza; lo sviluppo delle teorie del danno tradizionali con particolare riferimento ad alcuni elementi distintivi del settore digitale come la centralità dei dati

e le strutture eco-sistemiche; l’elaborazione di “nuove” teorie del danno, concepite appositamente per affrontare le peculiarità della concorrenza nel settore digitale.

In terzo luogo, in uno scenario macroeconomico segnato da significative discontinuità e da un rinnovato interesse per il ruolo di interventi di politica industriale, si è sviluppato un dibattito in relazione all’impatto che il controllo delle concentrazioni può avere sulla competitività dell’economia europea. In particolare, è stato rilevato il rischio che un’applicazione del controllo delle concentrazioni orientata alla promozione dell’efficienza economica e alla tutela dei consumatori nel mercato interno possa tradursi in un *enforcement* eccessivo, sbilanciato a tutelare la concorrenza di prezzo a scapito di quella dinamica, e non idoneo a tutelare altri interessi economici e strategici dell’economia europea. L’attenzione rivolta alla tutela dei consumatori impedirebbe un consolidamento efficiente del mercato europeo, la realizzazione di economie di scala e comprometterebbe la capacità delle imprese europee di fronteggiare la concorrenza nei mercati globali.

Tuttavia, sono numerose e convincenti le evidenze (teoriche ed empiriche) che mostrano come la pressione concorrenziale non solo porta generalmente a prezzi più bassi, ma tende anche a stimolare una maggiore produttività, investimenti e innovazione. Per contro, non appaiono esservi evidenze altrettanto solide che mostrano come una maggiore concorrenza possa sistematicamente deprimere la capacità innovativa delle imprese (o i loro incentivi a innovare).

Inoltre, la competitività delle imprese europee in un contesto globale è collegata alla concorrenza nel mercato interno almeno per due ordini di motivi. In primo luogo, un’effettiva concorrenza nei mercati dei fattori produttivi ha un effetto positivo sulle esportazioni, abbassando il prezzo e migliorando la qualità degli *input*

³⁹ Cfr. Steven Berry, Martin Gaynor, and Fiona Scott Morton, 2019, Do Increasing Markups Matter? Lessons from Empirical Industrial Organization, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 33(3).

utilizzati dalle imprese europee, consentendo loro di essere più competitive sui mercati internazionali. In secondo luogo, le imprese attive che operano in contesti competitivi nel mercato interno si sforzano di essere più efficienti, di rendere la propria offerta più attraente per i clienti attraverso l'innovazione e la differenziazione dei prodotti, e sono quindi meglio attrezzate per competere con i loro rivali internazionali⁴⁰. Pertanto, non appare esservi un'antinomia tra promozione della concorrenza nel mercato interno e promozione della competitività dell'economia europea in un contesto globale.

Allo stesso tempo, tali considerazioni evidenziano l'esigenza di sviluppare sempre più in chiave dinamica anche il controllo delle concentrazioni, anche prestando una particolare attenzione ai *claim* di efficienza connessi all'innovazione. Si tratta di considerazioni che possono ben essere accomodate nell'ambito dello standard tradizionale del benessere del consumatore, inteso correttamente in senso ampio e dinamico, consolidando la tendenza a svolgere un'analisi prospettica e ad analizzare tutte le dimensioni competitive rilevanti.

In questo contesto, nell'evoluzione dell'approccio economico adottato nel controllo delle concentrazioni assumono particolare rilievo, tra le tante, tre questioni: *i*) l'applicazione del test SIEC e i recenti chiarimenti giurisprudenziali in merito allo standard probatorio richiesto; *ii*) lo sviluppo di teorie del danno incentrate sull'innovazione e sull'acquisizione di concorrenti potenziali; *iii*) le concentrazioni di natura conglomerale ed ecosistemica, che possono richiedere nuove teorie del danno.

III.1. Il test SIEC

Il Regolamento sulle concentrazioni stabilisce che è incompatibile con il mercato comune una concentrazione che ostacoli in modo significativo una concorrenza effettiva, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante.

Il nuovo test ha ampliato il precedente criterio di valutazione incentrato sulla dominanza, consentendo di intervenire anche nei casi – tipicamente mercati oligopolistici altamente concentrati – in cui la concentrazione ostacola in modo significativo la concorrenza effettiva, pur non comportando la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante (cosiddetti “*gap cases*”).

La valutazione della sussistenza o meno di un ostacolo alla concorrenza effettiva è incentrata sulla valutazione dei vicoli competitivi che l'operazione rimuove nel mercato rilevante. Nelle concentrazioni orizzontali, i vincoli competitivi che rilevano sono di due tipi: il primo è quello che ciascun partecipante alla concentrazione esercitava sull'altro prima della concentrazione; il secondo è costituito dal vincolo concorrenziale esercitato dai partecipanti alla concentrazione sulle altre imprese presenti nel mercato. Nella misura in cui la concentrazione rimuove il vincolo competitivo esistente tra i partecipanti alla concentrazione, ciò comporta un'attenuazione dei vincoli competitivi anche per le altre imprese dell'oligopolio. L'operare di questi meccanismi fa sì che, una volta realizzata, la concentrazione possa dare luogo ad un aumento generalizzato dei prezzi, o deteriorare l'offerta sotto il profilo qualitativo e/o innovativo, nel mercato in questione, anche laddove sia poco probabile un coordinamento tra i membri dell'oligopolio e non vi sia la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante.

⁴⁰ Cfr. European Commission, 2024, Exploring Aspects of the State of Competition in the EU.

L'enfasi che l'analisi diretta dei vincoli concorrenziali riceve nei "*gap cases*" non indica che il tipo di valutazione sia sostanzialmente diverso dai casi in cui la concentrazione determini la creazione o il rafforzamento di una posizione di dominanza. Configurare una posizione dominante in capo a un'impresa, infatti, implica che detta entità non sarà soggetta a particolari vincoli competitivi (indipendenza di comportamento) e, dunque, il venir meno della concorrenza tra le parti fa sì che l'entità risultante dalla concentrazione non sia (sufficientemente) condizionata nel suo operare dalle altre imprese attive nel mercato.

L'assenza di differenze sostanziali nei parametri economici di riferimento è coerente con l'approccio adottato dalla Corte di Giustizia, che ha chiarito che lo standard di prova del test SIEC non dipende dal tipo di operazione di concentrazione esaminata, e segnatamente non è maggiore nel caso in cui non si abbia la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante.

Tenuto conto della natura prospettica dell'analisi economica richiesta, è sufficiente che si dimostri, mediante elementi sufficientemente significativi e concordanti, che è più probabile che improbabile che la concentrazione ostacoli o meno in modo significativo una concorrenza effettiva. Lo standard di prova rilevante in tutti i casi, dunque, è quello del bilanciamento delle probabilità ("*more likely than not*") piuttosto che lo standard della forte probabilità ("*strong probability*")⁴¹.

In concreto, lo schema valutativo normalmente adottato dalle autorità di concorrenza europee ricalca quello previsto nelle Linee Guida: oltre all'analisi degli effetti strutturali della concentrazione, assumono rilievo le caratteristiche del mercato (sostituibilità dei prodotti, vincoli di capacità,

ostacoli all'espansione dei concorrenti) e un esame approfondito dei vincoli competitivi eliminati dalla concentrazione.

Oltre ai casi in cui la concentrazione comportano la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante, interventi nei "*gap cases*" riguardano di norma operazioni che coinvolgono imprese con un elevato grado di prossimità concorrenziale (*close competitors*) e/o un'importante forza competitiva.

Ai fini della valutazione della prossimità concorrenziale non è richiesto che sia dimostrato che le parti siano i concorrenti più prossimi (*closest competitors*), né una «particolare» prossimità delle imprese partecipanti alla concentrazione per poterle qualificare come "*close competitors*"⁴².

Inoltre, per poter qualificare un'impresa come «importante forza concorrenziale», non occorre dimostrare che l'impresa interessata eserciti una concorrenza particolarmente aggressiva in termini di prezzi e costringa gli altri operatori sul mercato ad allinearsi ai suoi prezzi; è invece sufficiente dimostrare che l'impresa in questione eserciti sul processo concorrenziale un'influenza maggiore di quanto farebbero pensare le sue quote di mercato o altri sistemi di misurazione similari⁴³.

La valutazione delle concentrazioni, incentrata sull'esame del tessuto dei vincoli competitivi nel mercato rilevante, comporta il ricorso a un'ampia gamma di evidenze economiche complementari, sia di natura quantitativa che qualitativa, il cui peso relativo varia in funzione delle specifiche caratteristiche del mercato: dati ricavati da documenti interni, *survey* di clienti e concorrenti, analisi quantitative di prossimità concorrenziale, oltre che i classici indici strutturali.

In generale, la valutazione di un'operazione di concentrazione impone la

⁴¹ C. giust. UE, 13 luglio 2023, causa C-376/20 P, CK Telecoms UK Investments, ECLI:EU:C:2023:561.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

necessità di valutare gli effetti di quest'ultima rispetto allo scenario controfattuale in cui la concentrazione non ha luogo. In mercati tendenzialmente statici, lo *status quo ante* è generalmente riconosciuto come una buona approssimazione dello scenario controfattuale. Tuttavia, in mercati dinamici è ragionevole attendersi che il contesto competitivo possa evolvere significativamente e rapidamente, sebbene in direzioni non agevolmente stimabili *ex-ante*. Le decisioni delle autorità di concorrenza, pertanto, devono essere adottate sempre più in un contesto di elevata incertezza (cfr. *infra*).

III.2. Concentrazioni, qualità e innovazione

Il Regolamento sulle concentrazioni fornisce un quadro flessibile che consente di valutare la concorrenza tra le parti della concentrazione e i loro rivali attraverso una serie di parametri concorrenziali rilevanti in un determinato mercato, non limitando in alcun modo la valutazione delle concentrazioni agli effetti di prezzo.

Il test sostanziale consente, infatti, alla Commissione di prendere in considerazione qualsiasi tipo di effetto sulla concorrenza che una fusione può produrre. Inoltre, le linee guida sulle concentrazioni orizzontali indicano che non è solo la capacità dell'entità risultante dalla fusione di aumentare i prezzi in modo redditizio, ma anche di ridurre la produzione, la scelta o la qualità dei beni e dei servizi, di diminuire l'innovazione o di influenzare altrimenti i parametri della concorrenza in modo negativo e significativo che potrebbe portare a un intervento della Commissione.

Nei documenti della Commissione l'espressione «aumento dei prezzi» viene spesso utilizzata per designare in forma abbreviata tutti questi diversi modi in cui una concentrazione può pregiudicare la concorrenza. In effetti, in molte circostanze, la riduzione della pressione competitiva che

può portare ad un aumento dei prezzi può determinare anche un deterioramento di altri parametri concorrenziali. In questi casi, le analisi che vengono svolte – combinando una varietà di elementi strutturali e comportamentali, volti ad apprezzare, anche con tecniche quantitative molto sofisticate, l'impatto dell'operazione sugli incentivi ad aumentare i prezzi – possono essere direttamente rilevanti anche per valutare l'impatto dell'operazione in senso più ampio, senza che sia necessario svolgere ulteriori approfondimenti.

In altri casi, invece, l'impatto su diverse dimensioni del processo competitivo richiede l'analisi di teorie del danno specifiche, che vanno apprezzate con analisi economiche *ad-hoc*.

Nell'ultimo decennio, in effetti, il controllo delle concentrazioni ha prestato sempre maggiore attenzione non solo all'impatto sui prezzi, ma anche ad altre dimensioni, come la qualità e l'innovazione nonché alla concorrenza potenziale.

Ad esempio, una fusione può ridurre gli incentivi delle imprese a fornire prodotti di alta qualità e può comportare una riduzione della varietà dei prodotti disponibili per i consumatori. Inoltre, le analisi delle concentrazioni nel settore digitale evidenziano sempre più il ruolo che l'acquisizione di dati personali ha come parametro competitivo ed elemento di qualità dei servizi digitali. Nei casi in cui la *privacy* e la protezione dei dati svolgono un ruolo nelle dinamiche competitive, infatti, la Commissione valuta in che misura le parti competono in materia di *privacy* e se la transazione potrebbe avere un impatto negativo su tale dimensione del processo competitivo.

Inoltre, le linee guida sulle concentrazioni orizzontali rilevano l'importanza dell'innovazione e delle teorie del danno legate all'innovazione. Si tratta di una dimensione del processo competitivo che impone una valutazione prospettica, che deve di norma svolgersi in un contesto di

(elevata) incertezza, e non può fondarsi sulle quote di mercato esistenti dovendo concentrarsi direttamente sull'innovazione e la concorrenza potenziale.

Nei mercati in cui l'innovazione è un'importante dimensione competitiva, una concentrazione può accrescere la capacità e l'incentivo di un'impresa di immettere nel mercato nuove innovazioni e quindi la pressione concorrenziale esercitata sulle imprese concorrenti perché innovino anch'esse. Al contrario, se una concentrazione combina due importanti innovatori o elimina un'impresa con prodotti promettenti in fase di sviluppo, l'operazione può eliminare un'importante forza competitiva e quindi portare a un significativo impedimento della concorrenza effettiva.

La letteratura economica suggerisce che una minore concorrenza può ridurre l'innovazione a livello di mercato, in particolare nei mercati concentrati. Ad esempio, in contesti caratterizzati da incertezza, quando diverse imprese concorrenti competono per essere le prime ad innovare una riduzione della rivalità nel processo innovativo può portare a una minore o più lenta innovazione, e quindi a un danno per i consumatori. Anche un'impresa con una quota di mercato relativamente modesta può rappresentare un'importante forza concorrenziale dinamica se dispone di prodotti in fase di sviluppo promettenti.

Il danno ai consumatori legato all'innovazione si può manifestare in vari modi: *i*) l'interruzione dei processi volti alla commercializzazione dei nuovi prodotti disponibili; *ii*) la riduzione dei futuri sforzi di R&S; e *iii*) la riduzione della concorrenza sul mercato del prodotto. L'innovazione è un importante parametro competitivo in diversi settori – ad esempio quello farmaceutico, dei dispositivi medici, agrochimico, dei servizi finanziari e digitale – e richiede un'attenta analisi delle caratteristiche dello specifico settore, anche sotto il profilo dei processi innovativi.

Ad esempio, l'analisi degli incentivi dell'entità risultante dalla concentrazione a interrompere, ritardare o riorientare i progetti di *pipeline* esistenti nonché gli incentivi più generali a innovare in futuro può richiedere un'analisi degli "*innovation spaces*" che si collocano "a monte" dei mercati dei prodotti rilevanti, all'interno dei quali identificare le imprese attive e valutare la loro posizione. L'esigenza di svolgere accurate analisi *specifiche* emerge anche dalla circostanza che le sovrapposizioni delle parti in questi "spazi di innovazione" possono differire dalle loro sovrapposizioni nei mercati del prodotto (attuali e futuri).

Criticità concorrenziali possono sorgere non solo per l'acquisizione di concorrenti esistenti, ma anche di concorrenti potenziali. Si tratta di operazioni, diffuse (anche) nei settori digitali, che possono sollevare preoccupazioni specifiche che potrebbero non essere colte con le metodologie di analisi più tradizionali.

Ad esempio, operazioni di concentrazione possono comportare il rischio che venga ostacolata o impedita la crescita dei concorrenti potenziali più innovativi, prima che diventino una minaccia competitiva significativa nello stesso mercato in cui l'acquirente è già attivo, o con l'obiettivo di integrarli nelle proprie attività, cementando così la posizione di forza dell'acquirente e conferendogli un vantaggio competitivo significativo rispetto ai suoi rivali. In alcuni casi, la concentrazione può portare all'interruzione dei progetti innovativi dell'acquisita ("*killer acquisition*") provocando la perdita non solo di un vincolo concorrenziale, ma anche di un prodotto⁴⁴.

Il dibattito sulle acquisizioni di concorrenti potenziali più piccoli solleva diverse questioni, sia giurisdizionali che sostanziali.

⁴⁴ Cfr. Cunnighnam et al., 2021, Killer Acquisitions, *Journal of Political Economy*, Vol. 129(3).

Da un lato, sono transazioni che potrebbero sfuggire alle soglie basate sul fatturato a causa del livello di fatturato, basso o addirittura inesistente, generato dall'impresa *target*, soprattutto nell'economia digitale, dove i servizi vengono regolarmente lanciati con l'obiettivo di costruire una base di utenti significativa e/o basi di dati di valore commerciale prima di implementare un modello di *business* che conduce a ricavi significativi.

D'altra parte, sotto il profilo sostanziale, tali operazioni comportano una difficile attività di valutazione prospettica in merito all'evoluzione del mercato (con o senza la fusione); una valutazione che, per sua natura, è soggetta a un elevato grado di incertezza, soprattutto nei mercati, come quelli digitali, in cui i processi di innovazione sono meno strutturati e l'innovazione è più dirompente.

III.3. Concentrazioni conglomerali ed ecosistemi digitali

Le operazioni di concentrazione sono tradizionalmente distinte tra operazioni orizzontali e non-orizzontali e queste ultime sono a loro volta ricondotte a due grandi tipologie, quelle verticali e quelle conglomerali.

In generale, è riconosciuto che le concentrazioni non orizzontali hanno meno probabilità di ostacolare in modo significativo la concorrenza effettiva rispetto alle concentrazioni orizzontali. Tuttavia, anche le concentrazioni non orizzontali possono modificare la capacità e l'incentivo a competere da parte delle imprese partecipanti alla fusione e dei loro concorrenti e ostacolare in modo significativo la concorrenza effettiva, in particolare come risultato della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante.

Concentrazioni conglomerali si verificano quando i prodotti delle imprese partecipanti alla fusione non appartengono

allo stesso mercato del prodotto, né sono *input* o *output* l'uno dell'altro. Tali fusioni possono consentire strategie di vendita abbinata e aggregata che precludono la concorrenza, la discriminazione dei prezzi e/o possono attenuare la concorrenza tra le imprese.

Nonostante la distinzione tra prodotti sostituibili e complementari sia spesso poco netta nei mercati digitali, teorie del danno relative alle concentrazioni conglomerali hanno acquisito rinnovata importanza soprattutto con riferimento alla crescente espansione delle grandi imprese digitali in nuovi mercati, che solleva preoccupazioni specifiche connesse al ruolo delle piattaforme digitali e alla crescita dei relativi ecosistemi.

Nell'approccio tradizionale, il quadro di analisi della preclusione per la valutazione degli effetti conglomerali è simile a quello degli effetti verticali, che mira a impedire che l'entità risultante dalla fusione aumenti i costi dei rivali e/o renda più difficile per i concorrenti raggiungere il mercato, riducendo così la loro capacità o l'incentivo a competere.

In particolare, le linee guida sulle concentrazioni non orizzontali definiscono un quadro analitico in tre fasi (capacità-incentivo-effetto), in base al quale la Commissione esamina: *i*) la capacità dell'impresa di precludere il mercato ai suoi rivali; *ii*) l'incentivo economico a farlo; e *iii*) l'impatto di una strategia di preclusione sulla concorrenza e, dunque, il danno ai consumatori. In effetti, le autorità di concorrenza hanno generalmente adottato teorie del danno "tradizionali" nel valutare le concentrazioni digitali⁴⁵.

È stato rilevato, tuttavia, come le teorie del danno tradizionali in alcuni casi potrebbero non riflettere adeguatamente l'interrelazione tra le diverse parti di un mercato

⁴⁵ Cfr. OECD, 2023, *Theories of Harm for Digital Mergers*, *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 293.

a più versanti, o il potenziale impatto di una concentrazione sull'intero ecosistema. Il ricorso a tali teorie, dunque, potrebbe non consentire di cogliere appieno l'entità del danno concorrenziale e potrebbe portare a una lacuna applicativa nella valutazione delle fusioni conglomerali quando il rischio per la concorrenza può includere l'ulteriore rafforzamento di un ecosistema digitale⁴⁶.

Sono state, dunque, sviluppate nuove teorie del danno "ecosistemiche", accomunate dall'idea che le concentrazioni che coinvolgono gli ecosistemi possono avere un impatto ampio in termini di rafforzamento dell'ecosistema nel suo complesso⁴⁷. Ad esempio, tali teorie si concentrano sui rischi derivanti dalla capacità di un ecosistema di espandersi in un altro mercato raggruppando o legando i prodotti delle diverse piattaforme ("*platform envelopment*"). Altri possibili rischi sono riconducibili alla capacità di una piattaforma dominante di consolidare e rafforzare ulteriormente la propria posizione di mercato, rendendo difficile per i concorrenti competere o per nuovi operatori entrare nel mercato ("*platform entrenchment*"), ad esempio attraverso l'utilizzo di dati, la creazione di una rete di servizi complementari e interconnessi che disincentiva l'uscita degli utenti, e pratiche di "*self-preferencing*".

IV. La promozione della concorrenza: regolazione e *new competition tools*

In generale, la regolazione dei mercati può perseguire una varietà di obiettivi, ma è generalmente giustificata dall'esigenza di intervenire in presenza di fallimenti del

mercato. Anche le inefficienze ascrivibili alla presenza di un significativo potere di mercato possono richiedere la definizione di regole "*ex-ante*" più specifiche delle norme antitrust generali, al fine di orientare in senso pro-competitivo il funzionamento dei mercati.

L'esigenza di una regolazione pro-competitiva che affianchi il tradizionale *enforcement* antitrust può avere diverse giustificazioni. In primo luogo, non tutti i problemi di concorrenza possono essere affrontati efficacemente nell'ambito delle tradizionali regole di concorrenza: ostacoli a una concorrenza effettiva, infatti, possono ben ricadere al di fuori dell'ambito di applicazione delle norme che vietano le intese restrittive della concorrenza, gli abusi di posizione dominante nonché il controllo delle concentrazioni.

Inoltre, le norme antitrust si concentrano principalmente su interventi repressivi di condotte di una o più imprese specifiche che riducono la concorrenza, e non hanno un ruolo *pro-attivo* nella promozione di una maggiore concorrenza. L'*enforcement* antitrust ha natura repressiva, atteso che la sua applicazione comporta sanzioni, e anche i rimedi eventualmente imposti ad esito di un'indagine antitrust sono volti a porre effettivamente fine a un'infrazione, e non a garantire, in senso più ampio, una maggiore concorrenza in futuro.

Il bilanciamento tra regolazione e antitrust nel garantire la tutela della concorrenza può portare a configurazioni istituzionali diverse, che devono tuttavia tenere conto delle specificità di ciascuno strumento di intervento e dei relativi limiti.

Anche la regolazione pro-concorrenziale può essere soggetta a possibili "fallimenti". Ad esempio, è noto che la regolamentazione si realizza in contesti di risorse scarse, asimmetria informativa e incertezza, fattori che possono limitare la capacità del regolatore di individuare regole ottimali e monitorarne efficacemente il rispetto.

⁴⁶ Cfr. Jacques Cremér, Y. de Montjoye and H. Schewitzer, 2019, Competition Policy for the Digital Era.

⁴⁷ Cfr. OECD, 2023, Theories of Harm for Digital Mergers, *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 293.

Inoltre, la definizione di regole specifiche *ex-ante* può essere molto rigida e poco adatta a mercati altamente dinamici.

I limiti connaturati agli interventi regolatori, e i rischi che possono derivare da regolazioni imperfette, suggeriscono l'opportunità di limitare tali strumenti alle situazioni dove siano strettamente necessari. In particolare, secondo un'impostazione tradizionale, nei mercati in cui è possibile alimentare lo sviluppo di una concorrenza effettiva si ritiene generalmente opportuno perseguire tale obiettivo limitando via via la dimensione della regolazione, lasciando all'intervento antitrust il compito di intervenire in presenza di specifiche condotte restrittive della concorrenza.

Un approccio "residuale" alla regolazione, è stato esplicitamente utilizzato in Europa nel settore delle comunicazioni elettroniche, dove l'imposizione di obblighi regolatori è stata legata a un "triplo test" che chiedeva il soddisfacimento cumulativo di tre condizioni⁴⁸: *i*) la presenza di barriere all'ingresso elevate e non transitorie, che rende difficile l'accesso di nuovi concorrenti nel mercato, riducendo la competizione potenziale; *ii*) l'assenza di una tendenza verso una concorrenza effettiva in assenza di interventi regolatori; *iii*) l'insufficienza della sola normativa antitrust per risolvere i problemi di concorrenza.

Ad esempio, l'intervento antitrust potrebbe difficilmente costituire uno strumento sufficiente laddove fosse necessario definire le puntuali condizioni tecniche ed economiche per l'accesso a una risorsa indispensabile, aggiornarle alla luce dell'evoluzione dei mercati, e monitorarne il rispetto.

Più in generale, come la regolazione, anche l'*enforcement* antitrust si realizza in un contesto caratterizzato da risorse scarse, asimmetria informative e incertezza. Un intervento antitrust imperfetto si può

tradurre in falsi positivi o in falsi negativi, potendo potenzialmente ridurre l'efficienza del funzionamento dei meccanismi di mercato o, per converso, determinare livelli di deterrenza sub-ottimale. Inoltre, l'applicazione di norme generali può essere soggetta a un certo livello di incertezza e interventi repressivi di specifiche condotte potrebbero non avere un elevato livello di deterrenza generale. Infine, l'esigenza di svolgere gli approfondimenti richiesti per soddisfare l'elevato *standard* probatorio richiesto, può portare a procedimenti molto lunghi, che mal si conciliano con le esigenze di certezza giuridica e di tutela del processo competitivo in mercati altamente dinamici, soprattutto quando il potere di mercato può crescere rapidamente in maniera difficilmente reversibile e non è agevolmente contestabile.

In considerazione di tali aspetti, l'esigenza di affiancare all'*enforcement* antitrust un diverso strumento di intervento pro-concorrenziale nel settore digitale è stata particolarmente avvertita nel settore digitale, e ha portato all'adozione del DMA, volto a promuovere l'equità e la contendibilità dei mercati definendo una regolazione *ex-ante* delle piattaforme che fungono da *gatekeeper*. Sebbene gli obblighi e i divieti comprendano anche condotte che potrebbero essere, e di fatto sono state, contestate ai sensi degli articoli 101 e dell'articolo 102 del TFUE, il DMA adotta un approccio volto a privilegiare la rapidità e la certezza del diritto che si discosta radicalmente dalla moderna applicazione "economica" del divieto di abuso di posizione dominante basato sugli effetti.

Il DMA, infatti, si applica ai "*gatekeeper*", individuati sostanzialmente sulla base di criteri dimensionali, indipendentemente dai vincoli competitivi ai quali possono essere, o non essere, soggetti. Inoltre, gli obblighi e i divieti previsti dal DMA a tutela dell'equità e della contendibilità si applicano a tutti i *gatekeeper* indipendentemente dagli effetti reali,

⁴⁸ Cfr. D. Lgs. 1° agosto 2003, n. 259, "Codice delle comunicazioni elettroniche", art. 2.

probabili o presunti del comportamento di un determinato *gatekeeper* e dalle eventuali efficienze ad esso connesse. In concreto, poi, spetta ai *gatekeeper* dimostrare il rispetto degli obblighi e dei divieti stabiliti dal DMA. Il DMA, dunque, definisce uno strumento di intervento pro-concorrenziale complementare all'*enforcement* antitrust, fondato su un assetto istituzionale del tutto diverso rispetto a quest'ultimo.

Un diverso bilanciamento tra azioni repressive *ex-post* e regolazione *ex-ante* è invece riconducibile all'adozione di nuovi strumenti di intervento che affiancano alla tradizionale impostazione analitica "economica" tipica dell'antitrust, la possibilità di utilizzo di rimedi sostanzialmente regolatori ad esito di specifiche indagini di mercato⁴⁹.

Si tratta di strumenti di intervento già previsti dalla legislazione di alcuni Paesi, come il Regno Unito, che sono stati recentemente introdotti anche in Italia e sono stati auspicati anche a livello europeo⁵⁰. I cosiddetti "*new competition tools*" costituiscono, in generale, strumenti di intervento che: *i*) non si concentrano su un comportamento illecito di singole imprese, ma sulle caratteristiche specifiche del mercato che impediscono o ostacolano la concorrenza; *ii*) consentono un intervento pro-attivo – che non sarebbe possibile in base alle norme vigenti in materia di concorrenza – nei contesti in cui le particolari caratteristiche del mercato e il comportamento delle imprese creano una minaccia per la concorrenza; e *iii*) consentono di affrontare la causa principale del problema di concorrenza individuato attraverso l'adozione di rimedi pro-attivi.

Pertanto, a differenza dell'antitrust, pur perseguendo gli obiettivi del diritto

della concorrenza, tali interventi non si concentrano generalmente sulla condotta di una specifica impresa, ma sulle caratteristiche del mercato che influiscono negativamente sulla concorrenza. L'analisi è di natura prospettica e olistica, volta a identificare i rischi per la concorrenza o le cause di una persistente mancanza di concorrenza. Allo stesso modo, i rimedi non cercano di porre effettivamente fine a un'infrazione, ma di affrontare il problema di concorrenza sottostante in quanto tale, con l'obiettivo di garantire una concorrenza effettiva in futuro.

Interventi proattivi pro-concorrenziali di questa natura possono essere utili in diverse circostanze come, ad esempio, nei mercati con pronunciate economie di scala e di scopo, effetti di rete, nonché in presenza di significative barriere normative e strutturali e di *bias* comportamentali dei consumatori. Interventi proattivi, in particolare, potrebbero essere particolarmente utili nei mercati soggetti a "*tipping*", come i mercati delle piattaforme digitali caratterizzati da forti esternalità di rete.

Inoltre, i "*new competition tools*" potrebbero essere particolarmente rilevanti nei mercati oligopolistici con un rischio maggiore di collusione tacita. Dal lato dell'offerta, ad esempio, tali strumenti potrebbero infatti consentire di esaminare le sottili complessità dell'interdipendenza strategica tra le imprese, compreso il potenziale coordinamento tacito, anche alla luce delle nuove specificità che caratterizzano la concorrenza algoritmica nei mercati digitali.

Dal lato della domanda, invece, le indagini di mercato possono prendere in considerazione i comportamenti delle imprese che potrebbero attenuare o distorcere la concorrenza ostacolando l'effettivo processo decisionale dei consumatori. Tra gli esempi si possono citare la mancata fornitura di informazioni chiare, condotte idonee a ostacolare la confrontabilità delle offerte sul mercato, l'inclusione di

⁴⁹ A. Fletcher, 2021, Market Investigations for Digital Platforms: Panacea or Complement?, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 12(1).

⁵⁰ Cfr. Mario Draghi, 2024, *The future of European competitiveness*.

clausole contrattuali che rendono costoso, o comunque macchinoso, il passaggio a un altro fornitore. Si tratta di questioni che possono ben andare oltre quanto previsto dal diritto dei consumatori e avere implicazioni molto significative per la concorrenza, anche in mercati relativamente non concentrati.

I “*new competition tools*” sono tali se attribuiscono adeguati poteri di intervento alle autorità, consentendo loro di adottare, nel rispetto del principio di proporzionalità, rimedi efficaci che possono essere validi anche per tutto il mercato, indipendentemente dal potere di mercato delle singole imprese. Quando i rimedi adottati ad esito di un’indagine di mercato sono di tipo comportamentale, essi costituiscono effettivamente una forma di regolamentazione *ex-ante*, in quanto disciplinano il compor-

tamento futuro delle imprese. Tal interventi possono risultare particolarmente utili nei mercati che non sono oggetto di una regolazione settoriale, ma possono anche essere un valido strumento complementare a quest’ultima, quando il problema in questione non rientra nell’ambito di applicazione della regolamentazione o quando l’autorità di regolamentazione non ha i poteri necessari per affrontarlo. L’ampiezza della gamma dei potenziali rimedi, d’altro canto, attribuisce all’autorità un potere di intervento “para-legislativo” nel condizionare l’attività di impresa che va al di là di specifiche violazioni delle norme, e richiede un coordinamento con altri strumenti di *policy*.

ANTONIO BUTTÀ

LA POLITICA INDUSTRIALE E L'ANTITRUST

Sommario: **I.** Premessa. – I.1. Il ritorno della politica industriale. – I.2. Il Manifesto franco-tedesco. **II.** La politica industriale globale. – **III.** La reazione europea: concorrenza, Mercato Unico e competitività. – **IV.** Le politiche industriali “pro-competitive”. – IV.1. L’allargamento dei mercati, il completamento del Mercato Unico e la crescita dimensionale. – IV.2. Le politiche industriali, i fallimenti di mercato e le condizionalità. – **V.** Cosa può fare la concorrenza per la politica industriale? – V.1. L’*antitrust* e gli interessi generali. – V.2. L’*antitrust*, l’efficienza dinamica e l’orizzonte temporale. – **VI.** Cosa possono fare le politiche industriali per la concorrenza? Le politiche pubbliche per la transizione. – **VII.** Considerazioni di sintesi.

I. Premessa

Da metà degli anni ottanta fino a qualche anno fa la politica industriale è stata vista come la politica che “non-deve-essere-nominata”, un po’ come Lord Voldemort, il personaggio della saga di Harry Potter. Buona parte dell’accademia e della comunità *antitrust* tendeva a condividere, con varie sfumature, la opinione, a dir poco schematica, di Gary Becker per cui “*the best industrial policy is none at all*” (Becker 1985).

L’efficienza (quale efficienza?) garantita dall’applicazione della disciplina *antitrust* e un buon funzionamento del mercato sembravano sufficienti per raggiungere buona parte degli obiettivi di politica economica e la politica industriale veniva vista inevitabilmente come distorsiva.

Va detto fin d’ora che le esperienze di politica industriale nel nostro Paese ma anche in Europa e in altri Paesi OCSE non hanno dato sempre buona prova di sé, anzi. Offrendo ottimi argomenti per critiche non solo alimentate da furore ideologico. Furore ideologico che, peraltro, non ha impedito anche ai Paesi più “liberisti” – o, comunque, dove era prevalente quella che oggi si chiama la cultura *neo-liberal* – di fare politica industriale... senza dirlo¹.

Per anni lo stesso concetto di “politica” della concorrenza è stato trattato con disagio e in contrapposizione a un’attività di *antitrust* “neutra”, come se, data l’inevitabile limitatezza delle risorse a disposizione delle autorità *antitrust*, non sia sempre e comunque necessario operare delle scelte. Dare priorità a un caso piuttosto che a un altro è comunque una scelta. Anche l’*enforcement antitrust*, pertanto, non può che essere selettivo. Con l’auspicio di esplicitare le priorità², questo velo di ipocrisia, almeno in parte, è stato rimosso.

I.1. Il ritorno della politica industriale

Negli anni più recenti, tuttavia, la domanda di politica industriale è tornata ad essere forte. Con la pandemia, le guerre e la crisi energetica, le esigenze di sicurezza, di resilienza, di uno sviluppo sostenibile, il declino della produttività, la riduzione della crescita e l’ampliamento

¹ Sul punto, si rinvia, tra gli altri, a Tassinari (2014) e Wade (2014).

² Cfr. Direttiva (EU) 2019/1, nota come ECN Plus e recepita in Italia con il decreto legislativo 8 novembre 2021 n. 185.

delle disuguaglianze sempre meno possono trovare risposte nella sola politica della concorrenza (che peraltro, non solo in Italia, non gode di grande popolarità).

Pur senza dimenticare la riduzione della povertà che la globalizzazione ha indubbiamente favorito, non si possono tacere i risultati contraddittori prodotti dal processo di globalizzazione sia in termini di equità che di sicurezza nazionale. Stanno a testimoniare la contraddittorietà dei risultati, la distribuzione asimmetrica dei costi e dei benefici della globalizzazione, e delle delocalizzazioni in particolare, su capitale e lavoro qualificato (mobile) e lavoro non qualificato (assai meno mobile), oppure i rischi legati alla dipendenza da Taiwan per i semiconduttori, e in particolare per i microchips, cruciali per la difesa e per lo sviluppo dell'Intelligenza Artificiale³. Non a caso, nelle principali economie, con l'eccezione della Cina, si assiste ad un graduale passaggio da catene del valore di dimensione globale (*Global Value Chain*) a catene del valore sempre più "regionali" (*Regional Value Chain*)⁴.

I.2. Il Manifesto Franco-Tedesco

In realtà, almeno in Europa, la domanda di politica industriale si è fatta più esplicita fin dal 2019, quando – dopo che la Commissione aveva vietato la concentrazione *Siemens/Alstom*, idonea a creare una sostanziale posizione di monopolio nel mercato europeo della segnaletica ferroviaria – i governi francese e tedesco hanno sottoscritto un documento comune, noto come il "Manifesto franco-tedesco"⁵. Il Manifesto auspicava di far prevalere le ragioni della politica industriale su quelle della concorrenza, metteva in discussione

l'indipendenza delle decisioni della Commissione in materia di concentrazioni e, soprattutto, legittimava la costituzione di un monopolio *oggi* per meglio (!) difendere, grazie alla costituzione di campioni europei, la competitività del nostro sistema produttivo minacciata dalla concorrenza globale e dall'aggressività drogata della Cina, *domani*.

A distanza di poco meno di 5 anni un secondo "manifesto" franco-tedesco, questa volta slegato da una decisione della Commissione in materia di concentrazioni, di fatto ribadiva lo stesso approccio⁶.

Un approccio che, ben prima della crisi energetica, della pandemia e delle guerre (che senza dubbio hanno rafforzato la richiesta di politica industriale), metteva profondamente in discussione il ruolo della concorrenza nelle politiche per la competitività. Non più la concorrenza all'interno del Mercato Unico per essere competitivi a livello globale ma una politica industriale per proteggersi dalla concorrenza globale (spesso, ma non sempre, "impari") che non si è in grado di fronteggiare.

Un approccio apparentemente inconsapevole del fatto che alla radice della scarsa competitività dell'Europa nel suo complesso stesse in primo luogo la frammentazione del Mercato Unico, in molti settori ancora caratterizzato da segmentazioni nazionali che riducono gli spazi per il confronto competitivo, non consentono il raggiungimento di dimensioni efficienti e limitano la capacità di innovazione. Con un Mercato Unico così frammentato anche il ritorno della politica industriale rischia di tradursi al più in una gestione più "pragmatica" degli aiuti di Stato e di ridursi ad una gara per l'accaparramento dei sussidi a livello nazionale. Le ricadute sul piano della concorrenza sono facili da immaginare e il ritorno dei "campioni nazionali"⁵, forti solo del sostegno garantito

³ Cfr. Jenny (2020).

⁴ Cfr. Bontadini, Meliciani, Savona e Wirkieman (2023) e Giovannetti, Marvasi e Ricchiuti (2023).

⁵ Cfr. Manifesto Franco-Tedesco (2019).

⁶ Cfr. Manifesto Franco-Tedesco (2024).

dal crescente ruolo di regolamentazioni dal sapore protezionistico, più che probabile.

Ma andiamo con ordine. Illustrando, in primo luogo, il ritorno della politica industriale a livello globale e, innanzitutto, negli Stati Uniti (sez. 2). Poi la “reazione” europea (sez. 3). In terzo luogo, cosa si può intendere per politica industriale pro-competitiva o, comunque, complementare con una disciplina *antitrust* non schiacciata sull'efficienza di oggi (o, peggio, del passato) (sez. 4). Infine, dopo aver tratteggiato cosa può fare la politica della concorrenza per la competitività (sez. 5), ci si sofferma su cosa possono fare le politiche pubbliche (industriali?) per la concorrenza e, in particolare, le politiche per la transizione volte ad agevolare l'applicazione rigorosa della disciplina *antitrust*, attenuandone gli eventuali “costi sociali” di breve termine (sez. 6). Qualche considerazione di sintesi chiude il contributo (sez. 7).

Va precisato, in apertura, che le considerazioni che seguono si riferiscono, consapevolmente, a una concezione volutamente ampia di politica industriale, tanto da focalizzare l'attenzione soprattutto sulla competitività di quei servizi che, a livello europeo (e nazionale) si ritengono cruciali per la crescita della produttività, per l'innovazione e, in ultima analisi, per lo sviluppo dell'intero sistema economico⁷.

II. La politica industriale globale

Si capisce solo in parte quanto sta accadendo in Europa se non si considera quanto, a partire dalla crisi finanziaria del 2008, si è verificato negli Stati Uniti e in Cina⁸.

⁷ Per una sintesi efficace delle questioni definitorie che riguardano la politica industriale si rinvia, tra gli altri, al recente contributo dell'OCSE (2024).

⁸ Sul punto si veda, da ultimo, Manzella (2025).

La rilegittimazione della politica industriale comincia sul piano culturale con i contributi di Dani Rodrik e Mariana Mazzucato⁹, si consolida con il rinnovato interesse di alcune delle principali istituzioni internazionali (Banca Mondiale, OCSE e Organizzazione Internazionale del Lavoro) ma è, soprattutto, con la *Modern Industrial Strategy* dell'amministrazione Biden, che si va ad affiancare alla “sfida cinese” dell'ultimo ventennio, che acquista nuovamente centralità¹⁰. Ed è, in particolare, la nuova strategia statunitense che prende corpo con il *Chips and Science Act* (volto ad aumentare la produzione interna di microchips, ancor oggi in larga misura localizzata in Estremo Oriente)¹¹ e con l'*Inflation Reduction Act* (mirante a promuovere lo sviluppo dei settori “verdi”)¹² che obbliga l'Europa a una qualche reazione. L'intensità, il volume di risorse e la potenza dell'intervento pubblico a favore dell'industria statunitense hanno determinato effetti significativi in termini di investimenti, innovazione e attrazione di lavoro qualificato verso gli Stati Uniti, con implicazioni di rilievo per il sistema industriale europeo.

Ad essere onesti, tuttavia, l'abbandono di quello che è stato definito il “travestimento” liberista (Wade, 2014) – i. e. uno Stato di fatto interventista ma a parole acriticamente ossequioso del libero mercato – si è, almeno parzialmente, verificato già a partire dal 2009 con l'amministrazione Obama e con gli interventi volti a fronteggiare i rischi

⁹ Si veda, in particolare, Mazzucato e Rodrik (2023), Mazzucato (2013) e Rodrik (2008).

¹⁰ Per un quadro esaustivo delle dinamiche e della storia della politica industriale europea (e non) si veda, da ultimo Manzella (2025).

¹¹ “*Creating Helpful Incentives to Produce Semiconductors*” - Emanato dal 117° Congresso degli Stati Uniti e firmato dal Presidente Biden il 9 agosto del 2022, public law 116-167.

¹² Emanato dal 117° Congresso degli Stati Uniti e firmato dal Presidente Biden il 16 agosto del 2022, public law 169.

di deindustrializzazione¹³. Da più di un decennio, in altre parole, negli Stati Uniti si è passati dal “si fa ma non si dice” al “si fa e, almeno un po’, si dice”.

Il mutato atteggiamento degli Stati Uniti rispetto alla politica industriale non è il solo elemento che richiede un cambio di passo dell’Europa. Le iniziative dell’amministrazione Biden (in particolare, il *Chips and Science Act* e l’*Inflation Reduction Act*) si affiancano alla strategia aggressiva del Cina che, dopo l’ingresso nell’Organizzazione Mondiale del Commercio indirizza la sua politica economica verso la riduzione della dipendenza dalle tecnologie importate e concentra il sostegno dello Stato verso settori strategici e innovativi, in particolare sfruttando l’occasione offerta dalla transizione ecologica per riorganizzare il proprio modello produttivo e conquistare – non solo grazie a pratiche anticoncorrenziali – la leadership nelle industrie “verdi”. La Cina non si limita più ad imitare. La mobilità elettrica è l’esempio più evidente ma non il solo. Lo slogan “*US innovate, China imitates and UE regulates*” probabilmente va rivisitato.

E ora con la seconda presidenza Trump e il ritorno dei dazi, l’intreccio tra concorrenza, politica industriale e politiche commerciali, se possibile, diventa ancora più fitto.

III. La reazione europea: concorrenza, Mercato Unico e competitività

La reazione dell’Europa a questi profondi mutamenti è stata lenta ed è ancora, in buona misura, regolatoria. La transizione digitale e la transizione ecologica

sono senza dubbio elementi cardine della strategia industriale dell’Unione Europea ma, anche dopo, il prepotente impulso originato dalla pandemia e dalle guerre, la nuova domanda di politica industriale si è tradotta, finora, in una gestione degli aiuti di Stato più flessibile ma pur sempre condizionata da un Mercato Unico ancora troppo frammentato¹⁴. In questo contesto, le politiche industriali finiscono per ampliare le differenze in termini di competitività tra Paesi membri, in ragione dei diversi spazi di bilancio disponibili per l’intervento pubblico. Ben diverso sarebbe un approccio fondato sul debito comune, sulla falsariga del *Next Generation EU*.

Agli aiuti di Stato si sono affiancate una serie di iniziative, di nuove regolazioni, alcune delle quali, possono essere lette anche in chiave protezionistica. La postura difensiva, con diversi gradi di intensità, si può rintracciare non tanto nel Regolamento UE che prevede uno *screening* più severo degli investimenti diretti esteri¹⁵, quanto nei recepimenti, non di rado “creativi”, dei Paesi membri che ampliano oltre il lecito il concetto di “strategicità” e privilegiano un’applicazione strumentale del *Golden Power*¹⁶. Una tentazione protezionistica alla quale

¹⁴ Per quanto riguarda l’allentamento della disciplina degli aiuti di stato successivo all’invasione dell’Ucraina si veda il *Temporary Framework* e la comunicazione della Commissione (2023/C101/03), consultabile in [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/It/TXT/PDF/?uri=CELEX.52023XC0317\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/It/TXT/PDF/?uri=CELEX.52023XC0317(01)) Per un approfondimento su come il controllo degli aiuti di Stato possa coniugarsi con interventi di politica industriale coerenti con i principi della concorrenza si rinvia, tra gli altri a, Piechuka et al. (2023).

¹⁵ Cfr. il Regolamento UE 2019/452 del 19 marzo 2019 che istituisce il quadro per il controllo degli investimenti diretti esteri, consultabile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0452>.

¹⁶ Per l’esperienza italiana si rinvia a Chieppa, Piro, Tuccillo (2024), D’Alberti (2020), Napolitano (2019) e alla raccolta sistematica a cura dell’Osservatorio Golden Power dell’esercizio dei poteri speciali da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

¹³ Si rinvia al rapporto *A Framework for American Manufacturing* del 2009, e alle iniziative volte alla creazione del *National Network for Manufacturing Innovation* e al *Manufacturing USA*, rispettivamente del 2011 e del 2014.

non sembrano sottrarsi del tutto né le discussioni in merito all'opportunità di una *fair share* che le grandi piattaforme e i produttori di contenuti dovrebbero versare ai gestori delle infrastrutture delle telecomunicazioni per contribuire alla copertura parziale dei costi attribuibili al traffico dati che essi generano e garantire adeguati investimenti¹⁷ né, per certi aspetti, le numerose iniziative regolamentari che interessano il settore digitale (impregiudicata la necessità di far fronte al potere monopolistico delle grandi piattaforme digitali)¹⁸.

Una reazione, dunque, che di fronte alle nuove sfide dell'economia digitale e dell'Intelligenza Artificiale sembra privilegiare soprattutto la regolazione *ex ante* (quanto meno ridefinendo, se non riducendo, gli spazi per l'*enforcement antitrust*, sia a livello europeo che nazionale), mirante di fatto a governare le condotte delle grandi piattaforme digitali, la *fairness*, come ad esempio si propone il *Digital Markets Act*. Una scelta quasi obbligata – si potrebbe sostenere – in ragione della tempistica della reazione e dell'improbabile ingresso di nuovi soggetti in grado di disciplinare le grandi piattaforme. Una regolazione che, tuttavia, non appare sufficiente per uscire da un format che ricorda fin troppo quello delle telecomunicazioni: accesso equo e non discriminatorio all'infrastruttura, che resta di proprietà delle Big Tech, ma nessun incentivo a creare piattaforme alternative. D'altro canto, il dilemma della scelta tra una regolazione *ex-ante* "tempestiva", ma solo parzialmente consapevole del fenomeno che si intende regolare, e un intervento più consapevole che però rischia di essere tardivo non è semplice da risolvere, soprattutto a fronte di cambiamenti

tecnologici che si sviluppano in tempi estremamente rapidi¹⁹. Oggi, il dilemma si pone in termini particolarmente drammatici per la regolazione dell'Intelligenza Artificiale, in ragione della velocità con la quale si diffonde la nuova tecnologia e delle similitudini, solo parziali, con l'esperienza delle grandi piattaforme digitali. Per molti aspetti le questioni concorrenziali poste dalla Intelligenza Artificiale sembrano, a prima vista assai più tradizionali di quelle poste dalle grandi piattaforme multi-versante. In fondo, a costo di essere banali, potrebbero ridursi alle preoccupazioni tipiche di una catena del valore: accesso all'infrastruttura (cloud, stoccaggio dei dati), disponibilità dei *chips*, disponibilità dei dati e disponibilità delle competenze per i *foundation model*²⁰. In altri termini, questioni legate al *foreclosure* e all'integrazione verticale. Problemi assai più complessi emergono se si guarda all'*outcome* dell'Intelligenza Artificiale e agli algoritmi di prezzo. Da un lato, questioni solo in minima parte affrontabili con la scatola degli attrezzi a disposizione delle autorità *antitrust* (*fake news*, condizionamenti degli esiti elettorali, minacce per la tenuta dei sistemi democratici), dall'altro, sfide veramente nuove come quelle poste dagli algoritmi di prezzo, in particolare da quelli idonei a favorire la collusione, più o meno tacita.

Resta comunque aperta la questione se la regolazione possa effettivamente rivelarsi uno strumento più appropriato della disciplina *antitrust* (in ragione di una auspicabile maggiore tempestività e di una presunta maggiore certezza giuridica) ovvero se, come ci si augura, l'applicazione della disciplina *antitrust* e del *Digital Markets Act* (nonché delle altre regolazioni...forse troppe) possano risultare virtuosamente complementari e

¹⁷ Sul punto si rinvia, da ultimo, allo studio commissionato dalla Commissione Europea, Wik Consult (2023) *"Investment and Funding Needs for the Digital Decade Connectivity Targets"*.

¹⁸ Cfr. Il *Digital Markets Act*, il *Digital Services Act*, il *GDPR*, il *Data Act* l'*AI Act*.

¹⁹ Si veda, al riguardo, ancora una volta Jenny (2020).

²⁰ Cfr. Hagiu e Wright (2025).

soprattutto utili per una soluzione, in cui il ruolo della politica non potrà che essere sempre più rilevante.

Sta di fatto che solo di recente la risposta dell'Europa sembra concentrarsi su come favorire la crescita di imprese europee in grado di competere a livello globale. Il Rapporto Letta e il Rapporto Draghi evidenziano con chiarezza l'esigenza di aumentare la dimensione delle imprese per consentire di aumentare gli investimenti e l'innovazione nei settori nei quali l'economia europea è in ritardo e dove i mutati scenari internazionali richiedono gli aggiustamenti più significativi: nella finanza, nelle telecomunicazioni, nell'energia e nella "sicurezza"²¹. E nel sottolineare questa esigenza non sembrano rintracciare nella disciplina *antitrust* e, in particolare, nel controllo delle concentrazioni una delle cause delle carenze dimensionali delle imprese europee o, addirittura, il principale impedimento al necessario consolidamento e alla creazione di "campioni europei", così come sostenuto dai governi francese e tedesco nel già citato Manifesto del 2019. La concorrenza, dunque, non come ostacolo e neanche come vincolo alla politica industriale ma piuttosto come importante complemento. Purché, secondo il Rapporto Draghi, la disciplina *antitrust* venga applicata con maggiore flessibilità e con maggiore consapevolezza della relazione tra dimensioni e incentivi all'innovazione, con maggiore ascolto per la così detta *innovation defense*. Ma è proprio su questo punto che il Rapporto Draghi mostra il fianco ad alcune delle critiche più incisive.

In primo luogo, perché l'origine dei ritardi giustamente evidenziati dal Rapporto appare più ampia e politicamente più complessa dei presunti ostacoli derivanti dall'applicazione della disciplina *antitrust*.

È soprattutto nell'insufficiente completamento del Mercato Interno, infatti,

che possiamo rintracciare la radice di politiche degli Stati membri in difesa di strutture produttive nazionali inefficienti. D'altro canto, è lo stesso Rapporto Draghi (nonché il Rapporto Letta) a individuare nella frammentazione del contesto istituzionale, ancor più che nella dimensione delle imprese, la principale causa della debolezza europea.

In secondo luogo, perché non appare corretto affermare che nella valutazione delle concentrazioni le autorità *antitrust* non tengano sufficientemente conto, dei benefici in termini di efficienza. Persino nella decisione *Ahlstrom-Siemens*, in occasione della quale l'insofferenza per il controllo delle concentrazioni si è manifestata con più forza, almeno da parte del governo francese e tedesco²², l'analisi svolta dalla Commissione si è concentrata sugli effetti della concentrazione sull'innovazione, arrivando ad escludere che le dimensioni delle imprese coinvolte fossero inadeguate per politiche efficienti di R&S.

Infine, perché l'analisi economica mostra quanto sia controverso il rapporto tra innovazione e imprese efficienti di dimensioni elevate, le quali, in una prospettiva dinamica, hanno l'incentivo e la capacità di orientare i mercati lungo sentieri di innovazione che ostacolano strategie competitive in grado di porre a repentaglio la tecnologia con la quale si afferma il *winner-takes-all*. I profitti di quest'ultimo, anche se all'origine frutto dell'innovazione, si trasformano così rapidamente in rendite²³.

Nel caso delle telecomunicazioni, oltre alla teoria economica c'è anche l'evidenza empirica ad alimentare perplessità sulle virtù delle concentrazioni, soprattutto in

²² Si rinvia al già citato Manifesto Franco-Tedesco (2019).

²³ Cfr. sul punto Grillo (2025), dove, meglio che in queste poche righe, viene articolata la perplessità di natura teorica su una valutazione delle concentrazioni troppo sensibile agli argomenti fragili dell'*innovation defense*.

²¹ Cfr. Letta (2024) e Draghi (2024).

assenza di una distinzione tra quelle *cross-border* e quelle i cui effetti si manifestano soprattutto a livello nazionale²⁴.

La *governance* della nuova Commissione e l'ampio portafoglio della Commissaria Teresa Ribera – al netto dei rischi derivanti dalle possibili sovrapposizioni tra obiettivi di natura ambientale, sociale e concorrenziale – almeno in linea di principio, sembrano mostrare una nuova consapevolezza della complementarità tra concorrenza e politica industriale e dei rischi che si possono celare dietro il concetto di “campione europeo”.

IV. Le politiche industriali “pro-competitive”

Sembrerebbe pertanto assodato (o, almeno, lo si spera) che una maggiore concorrenza nei mercati domestici non venga percepita come un ostacolo al raggiungimento della scala minima per competere a livello internazionale, anzi.

Piuttosto il nodo da sciogliere è proprio l'eccessiva segmentazione del mercato europeo, l'incompletezza del Mercato Unico dei beni e soprattutto dei servizi. È la ridotta dimensione dei mercati dei servizi a rete (telecomunicazioni e energia in particolare) e della finanza a limitare gli spazi per la crescita dimensionale delle imprese e la loro capacità di innovazione.

Diversa, in particolare nel nostro Paese, la situazione del settore manifatturiero, dove, a fronte di una riduzione del suo peso, le strategie fondate sulla qualità, la specializzazione e la differenziazione dei prodotti consentono alle imprese italiane di essere tra le più competitive a livello internazionale, a prescindere dalla dimensione. La pressione della concorrenza internazionale garantisce il mantenimento di livelli di

produttività elevati (Arrighetti, de Nardis e Traù, 2024).

D'altro canto, se la crescita dimensionale, grazie alle economie di scala e di scopo, si accompagna indubbiamente a incrementi di efficienza, oltre certi livelli può determinare rendimenti decrescenti, sostenibili solo grazie alla riduzione della concorrenza.

In altri termini, e ancor più direttamente, tutela della concorrenza e politiche per la competitività non solo possono ma dovrebbero convivere.

IV.1. L'allargamento dei mercati, il completamento del Mercato Unico e la crescita dimensionale

In questa prospettiva, un primo indispensabile passo per una politica industriale pro-competitiva è la rimozione delle barriere che costringono la dimensione dei mercati, soprattutto nei servizi, entro i confini nazionali. L'allargamento della dimensione geografica dei mercati consentirebbe processi di consolidamento coerenti con i principi della concorrenza. La costituzione di “campioni europei”, prima o senza l'integrazione dei mercati rischia, invece, di essere qualcosa che assomiglia a un “gioco di prestigio” o più semplicemente alla creazione di monopoli oggi in attesa che domani (!) il mercato si allarghi.

I tre settori indicati come prioritari nel Rapporto Letta (energia, telecomunicazioni e finanza) sono emblematici al riguardo e ci segnalano che oggi la politica industriale dovrebbe essere soprattutto una politica industriale dei servizi (dove, peraltro, si concentra il grosso della forza lavoro) e sempre meno una politica rivolta direttamente al settore manifatturiero. Il settore manifatturiero, infatti, sebbene ancora rilevante in alcuni Paesi europei, appare inesorabilmente destinato a un declino in termini occupazionali. Nel nostro Paese,

²⁴ Cfr. Duso, Motta, Pietz e Valletti (2024).

in particolare, il settore manifatturiero fa registrare livelli di produttività soddisfacenti e buoni risultati nella competizione internazionale, soprattutto grazie alle economie di specializzazione e alla disintegrazione verticale (Arrighetti, de Nardis e Traù, 2024). Non patisce i problemi legati alla scala e alla scarsa innovazione sui quali si concentrano sia il Rapporto Letta che il Rapporto Draghi, piuttosto soffre della bassa produttività dei servizi (non esposti alla concorrenza internazionale), quella sì determinata dall'insufficiente dimensioni e dal mancato completamento del Mercato Unico.

Nelle telecomunicazioni si osservano ben 27 mercati nazionali distinti, caratterizzati da una struttura oligopolistica (da tre a cinque operatori, a seconda del Paese) e una moltitudine di operatori minori, nessuno dei quali, neanche i principali, è presente in più di qualche Paese europeo. In un simile contesto, è legittimo che i processi di consolidamento (non necessariamente quelli *cross-boarder*) possono sollevare più di una preoccupazione concorrenziale. Laddove, invece, il confronto concorrenziale si potesse sviluppare su base continentale, l'impatto di eventuali concentrazioni sarebbe evidentemente diverso e, probabilmente, meno problematico.

Ragionamenti analoghi possono essere svolti anche per il settore energetico e per quello finanziario e bancario.

L'assenza di un Mercato Unico del settore bancario e dei capitali, in particolare, si riflette non solo sulle difficoltà di crescita dimensionale delle imprese ma, soprattutto, sulla propensione a finanziare investimenti più rischiosi e innovativi. La distribuzione delle spese di R&S a livello europeo ci dice molto sui nodi da sciogliere per promuovere la competitività e l'innovazione nel sistema produttivo europeo: circa il 50% delle risorse viene destinato a tecnologie intermedie (leggi automotive) a fronte di meno del 5% destinato alle così

dette "tecnologie distruttive", sicuramente più rischiose e socialmente più problematiche ma decisive per recuperare il *gap* che separa l'Europa da Stati Uniti e Cina (Fuest et al. 2024).

La frammentazione dei mercati dei capitali in Europa e le loro ridotte dimensioni evidentemente non favoriscono il finanziamento di *start up* innovative europee, spesso preda di multinazionali agevolate da un più facile accesso al capitale di rischio. Le risorse tendono pertanto a concentrarsi nei settori caratterizzati da tecnologie intermedie (la così detta *mid-tech trap*) e da una minore rischiosità. Non ultimo, la scarsa propensione a promuovere tecnologie "distruttive" può essere ricondotta anche all'assenza di politiche pubbliche in grado quanto meno attenuare il costo sociale dei cambiamenti tecnologici più radicali. Ma su questo punto torneremo nella sez. VI.

IV.2. Le politiche industriali, i fallimenti di mercato e le condizionalità

C'è spazio dunque per una politica industriale più ambiziosa dell'attuale gestione degli aiuti di stato, in grado di promuovere innovazione, crescita e produttività senza entrare in conflitto con la disciplina della concorrenza?²⁵ In linea di principio, certamente.

Va detto, innanzitutto, che anche lo spazio per le politiche industriali più "ortodosse", strettamente legate all'efficienza e ai "fallimenti di mercato", può dilatarsi non poco. In altri termini, politiche industriali con obiettivi non direttamente riconducibili a fallimenti del mercato o a miglioramenti di efficienza possono comunque essere riformulate in modo da rientrare in tale categoria (Piechuka et al., 2023). D'altro canto il

²⁵ Per una rassegna esaustiva delle politiche industriali pro-competitive si rinvia a OCSE (2024).

concetto di fallimento di mercato è, a dir poco, piuttosto elastico. La pandemia e i conflitti hanno riproposto questioni come la sicurezza dell'offerta o l'autosufficienza, che la globalizzazione aveva oscurato. Questioni che, con lessico nuovo, sono state ricondotte alla resilienza.

Persino politiche più ambiziose, slegate dalla mera promozione dell'efficienza, come il sostegno a iniziative in grado di creare "occupazione di buona qualità" (Rodrik, 2022) fino a quelle che aspirano allo "Stato innovatore" che contribuisce alla creazione di nuovi mercati (Mazzucato et al. 2020) possono essere fatte rientrare tra le politiche volte a sanare forme estreme di fallimento del mercato.

Quel che è certo sono i rischi connessi alle politiche industriali che hanno come beneficiari un ristretto gruppo di imprese ovvero una singola impresa (le così dette politiche *picking the winner*). Decisamente più "*market friendly*" sono, invece, le politiche che prevedono interventi più dispersi, più orizzontali, più accessibili a un intero settore (Aghion et al., 2015). In questo senso, gli interventi che utilizzano la domanda pubblica con finalità di politica industriale – sebbene, in linea di principio, esposti a rischi analoghi a quelli delle politiche volte a "scegliere i vincenti" – sono potenzialmente meno distorsivi di quelli che fanno ricorso alla strumentazione volta a stimolare l'offerta, nella misura in cui risultano meno esposti ai rischi di *crowding out*, ovvero al sostegno di investimenti e progetti che sarebbero stati realizzati comunque²⁶.

Tutto ciò, sia chiaro, non ha nulla a che fare con l'inevitabile selettività della politica industriale o con il *favor* per politiche "neutrali". Al riguardo Franco Momigliano non smetteva di ripetere che "l'alternativa non è mai tra politiche "neutrali" e politiche "selettive" ma piuttosto tra politiche

selettive inconsapevoli e politiche selettive consapevoli, attuate con la strumentazione più appropriata (Momigliano, 1986). E, in merito alla consapevolezza e all'esigenza di una strumentazione più appropriata, possono tornare utili anche le considerazioni di Reka Juhasz e Natahan Lane (2024) relative ai successi e ai fallimenti delle politiche industriali, laddove ricordano che i fallimenti sono più probabili quando le politiche industriali non tengono conto dei vincoli della *political economy*. Più esplicitamente, quando non tengono conto, da un lato, della capacità amministrativa dello Stato e, dall'altro, del contesto politico.

Non è dunque la selettività a impedire che le politiche industriali possano essere pro-competitive. In questo senso, condizionare le agevolazioni pubbliche al raggiungimento di risultati che il mercato non necessariamente garantirebbe (Mazzucato e Rodrik, 2023) ovvero la definizione di *guardrail* volti a impedire che le risorse pubbliche destinate alla politica industriale non vengano dissipate a favore degli interessi degli azionisti piuttosto che a favore di investimenti innovativi (Palladino e Estevez, 2022), possono, almeno in linea di principio, favorire il disegno di politiche industriali pro-competitive o potenzialmente formulabili come tali.

V. Cosa può fare la concorrenza per la politica industriale?

Cosa può fare la concorrenza per la politica industriale? La risposta è netta: può far molto, anche senza aggiustamenti traumatici della normativa *antitrust*²⁷. Di più, le autorità di concorrenza *devono* far molto per sciogliere le tensioni tra concorrenza e

²⁶ Cfr. De Chiara e Iossa (2020) e Crisuolo et al. (2022).

²⁷ Si veda ad esempio Draghi (2024). Parte B p. 298 e s.

politica industriale, pena il rischio di essere marginalizzate o, come più enfaticamente sostiene il presidente dell'Autorità francese, Benoit Coeuré, di essere "spazzate via".

V.1. *L'antitrust* e gli interessi generali

Così come si è cercato di argomentare che la politica industriale in Europa non può accontentarsi di percorrere i sentieri (e gli errori) del passato, limitandosi a indirizzare i sussidi alle grandi imprese, non appare altresì ragionevole che le autorità *antitrust* possano ignorare i profondi cambiamenti in atto a livello geo-politico, le trasformazioni tecnologiche e le istanze che provengono dalla società in tema di ambiente e di equità. Di fronte al mondo che cambia la replica "*business as usual*" appare del tutto insoddisfacente e controproducente.

Non si tratta, però, di includere tra gli obiettivi della politica della concorrenza (e tanto meno dell'*enforcement antitrust*) la tutela di interessi generali altri, estranei al mandato della disciplina *antitrust* – che, ad avviso di chi scrive, resta la protezione del processo competitivo – ma, piuttosto, di tenerne conto nell'individuazione, più o meno esplicita, delle priorità di intervento²⁸. La sostenibilità ambientale e, più in generale, la transizione ecologica sono un esempio eloquente in questa prospettiva. Se è evidente che non è sufficiente la concorrenza per raggiungere obiettivi che il mercato, da solo, non è in grado di garantire, va detto, tuttavia, che molto più spesso di quanto si creda sostenibilità e concorrenza si muovono nella stessa direzione. L'esperienza dell'AGCM dell'ultimo quinquennio sta a dimostrarlo con una serie di casi che hanno favorito innovazione, crescita e produttività nei settori della raccolta dei rifiuti, della mobilità

elettrica e del trasporto pubblico locale, con evidenti ricadute positive in termini di sostenibilità²⁹. La disciplina *antitrust*, ad avviso di chi scrive, non dovrebbe far propri obiettivi che esulano dalla sua missione ma non può – oggi più che mai – non tenerne conto.

V.2. *L'antitrust*, l'efficienza dinamica e l'orizzonte temporale

C'è poi una questione di carattere più generale e che impatta, soprattutto, sul controllo delle concentrazioni, a torto da alcuni considerato all'origine dell'insufficiente scala delle imprese europee e della loro competitività: la questione dell'efficienza e dell'orizzonte temporale. Di quale efficienza, statica, dinamica, quella di ieri o quella di domani?

Preliminarmente va ricordato che, ove si guardasse allo scorso decennio, solo un caso – il già citato *Siemens/Alstom* – ha originato la discussione in merito alla mancata creazione di un "campione europeo" che sarebbe determinata da una valutazione della concentrazione non sufficientemente lungimirante.

Inoltre, per raggiungere le dimensioni ottimali e per essere competitivi, i processi di consolidamento non sono l'unica via. Le imprese efficienti aumentano la loro scala e crescono anche grazie alla concorrenza. L'efficienza non dovrebbe essere una finalità diretta ma piuttosto una ricaduta indiretta di un'economia aperta. Concorrenza, efficienza e libertà economica sono concetti legati a doppio filo (Grillo, 2023). Altrimenti si arriverebbe al paradosso di tutelare il monopolista efficiente! Peraltro, efficiente oggi, ma fino a quando, in assenza di vincoli concorrenziali effettivi o potenziali? Il compito delle autorità *antitrust*, comunque, non è quello di punire il monopolista efficiente ma, piuttosto,

²⁸ Sul punto si rinvia a Tirole (2022) e, limitatamente alla relazione tra *enforcement antitrust* e lotta alle disuguaglianze, a Boitani e Pezzoli (2024).

²⁹ Sul punto si rinvia a Iossa e Mattonai (2024) e a Pezzoli (2022).

di governarne l'autonomia affinché l'efficienza raggiunta si trasformi in benessere collettivo (Grillo, 2023a).

Il ridimensionamento del controllo delle concentrazioni e, più in generale, una maggior indulgenza nell'applicazione della disciplina *antitrust* non sembrano pertanto necessari per la promozione della competitività, anzi. Appare nondimeno auspicabile, più che maggiore flessibilità (e magari, più "indulgenza"), un approccio che tenga conto di orizzonti temporali più ampi, seppur compatibile con le esigenze di certezza giuridica del mondo delle imprese.

Peraltro, sia la Commissione Europea che le autorità nazionali, hanno mostrato di saper sfruttare tutta la flessibilità che la strumentazione *antitrust* consente senza minarne il rigore. Ad esempio, sugli accordi di cooperazione tecnologica, di R&S, sugli accordi di sostenibilità, e, durante la pandemia, sugli accordi necessari per la produzione tempestiva dei dispositivi medici necessari, la disciplina *antitrust* è stata applicata con condivisibile pragmatismo, mostrando di poter svolgere un importante ruolo di supporto per la politica industriale. Le nuove linee guida sugli accordi di cooperazione orizzontale sono un esempio recente in questa direzione³⁰.

Ciò detto, costituisce indubbiamente una sfida importante per le autorità *antitrust* l'ampliamento dell'orizzonte temporale entro il quale esaminare le operazioni di concentrazione, così da poter valutare a pieno, oltre agli effetti di breve periodo, le implicazioni di carattere dinamico sugli incentivi ad investire e ad innovare.

Nei settori caratterizzati da rilevanti investimenti infrastrutturali questa esigenza assume particolare rilievo. È stato fatto notare, tuttavia, come nel settore

delle telecomunicazioni non sia sufficiente auspicare una definizione del mercato geografico rilevante più ampia, quando la realtà è ancora quella di un mercato prevalentemente nazionale e dove, peraltro, le operazioni *cross-border* non solleverebbero preoccupazioni concorrenziali (Duso, Motta, Peitz e Valletti, 2024).

Analogamente, nei settori dove la disponibilità di dati svolge un ruolo centrale, l'ampliamento dell'orizzonte temporale appare sempre più necessario per valutare le operazioni oggi apparentemente non-orizzontali (e apparentemente, meno problematiche) ma che di fatto possono riguardare l'acquisizione di un soggetto che nel medio termine potrebbe costituire un importante vincolo concorrenziale³¹. Soprattutto nel digitale, un controllo delle concentrazioni più sensibile agli aspetti dinamici e agli argomenti relativi alle efficienze (purché corredati da evidenze e analisi credibili) può senz'altro rappresentare un punto di equilibrio tra tutela della concorrenza e promozione della competitività. Non può tacersi, tuttavia, che l'equilibrio tra l'ampliamento dell'orizzonte temporale e l'esigenza di certezza giuridica rappresenta una sfida particolarmente ambiziosa.

Quello che, invece, le autorità *antitrust* non devono fare è seguire le sirene di chi le considera "eroiche" quando applicano con rigore la disciplina della concorrenza alle imprese straniere e, invece, le considerano "malvagie" o miopi quando adottano lo stesso metro di giudizio con imprese nazionali. Sono sirene che evocano gli errori di politiche industriali passate e una pericolosa nostalgia per i "campioni nazionali".

La disciplina *antitrust*, inoltre, può contribuire a promuovere la competitività di quella parte del settore manifatturiero, basata sulle economie di specializzazione e sulla disintegrazione verticale, caratterizzata già

³⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione – Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 101 del TFUE agli accordi di cooperazione orizzontale C/2023/4752. 17 luglio.

³¹ Sul punto si rinvia, tra gli altri, a Motta e Tarantino (2021) e Pezzoli (2023).

da buoni livelli di produttività ma che nel confronto internazionale rischia di essere penalizzata dalle fragilità in tema di innovazioni organizzative, gestionali e finanziarie, funzioni in buona misura appaltate all'esterno. La tutela della concorrenza nei servizi alle imprese non esposti alla concorrenza internazionale (servizi infrastrutturali, servizi pubblici locali e non, servizi professionali...), può aiutare non poco a rimuovere tali fragilità.

Infine, le autorità *antitrust* possono offrire un contributo significativo attraverso un'attività di *advocacy* volta a disegnare politiche industriali pro-competitive, a individuare autentici fallimenti del mercato e a segnalare ingiustificate restrizioni concorrenziali determinate da strumenti di politica industriale inappropriati (OCSE, 2024). Il sostegno alle pubbliche amministrazioni per il disegno di gare pubbliche, per esempio, può essere particolarmente prezioso, soprattutto quando le agevolazioni, i sussidi e, più in generale, le risorse pubbliche vengono assegnate, per quanto attraverso procedure competitive, soltanto a un limitato numero di imprese³². Ancora, laddove la politica industriale può incoraggiare o prevedere la collaborazione tra imprese, è importante che un attento bilanciamento tra la cooperazione necessaria e le eventuali restrizioni concorrenziali venga svolto sulla base di analisi robuste³³. Considerato che la politica industriale viene comunque posta in essere, i suggerimenti delle autorità *antitrust* possono essere preziosi (Tirole, 2024).

VI. Cosa possono fare le politiche industriali per la concorrenza? Le politiche pubbliche per la transizione

La transizione ecologica e la transizione digitale, insieme a alla promozione dell'innovazione, al miglioramento della competitività e all'aumento della produttività possono riassumere i principali obiettivi della strategia industriale europea.

La complementarità tra politica industriale e concorrenza, come si è cercato di argomentare sin qui, è cruciale per il loro raggiungimento. In questa ultima sezione, tuttavia, preme sottolineare come la cooperazione tra politica industriale e tutela della concorrenza, per essere pienamente efficace, non dovrebbe esaurirsi nella definizione di politiche industriali pro-competitive (almeno nell'accezione che ne è stata data nei paragrafi precedenti). La transizione verde, la transizione digitale, la transizione verso un sistema economico più competitivo non possono fare a meno di politiche pubbliche di accompagnamento che minimizzino i costi sociali che, nel breve termine, riforme radicali possono comportare in alcuni settori e, soprattutto, sui lavoratori. La previsione di adeguati ammortizzatori sociali, la definizione di politiche attive del lavoro che si facciano carico dei "perdenti", nonché di una normativa della crisi di impresa più sensibile ai principi della concorrenza, per quanto non rientrino nell'ambito delle tradizionali politiche industriali, possono contribuire non poco ad un'applicazione della disciplina della concorrenza che faccia la sua parte per promuovere l'innovazione, per fronteggiare il declino della produttività e per contribuire alla transizione verso un sistema più competitivo³⁴.

³² Cfr. al riguardo Pezzoli e Schiavina (2025).

³³ Anche su questo punto, si rinvia a OCSE (2024).

³⁴ Al riguardo, si rinvia, tra gli altri a Pezzoli e Tonazzi (2020), Pezzoli (2024) e a Minervini (2020).

Una delle ragioni per cui in Europa oltre il 50% della spesa in R&S viene destinata alle industrie *mid tech* e solo il 5% alle così dette “tecnologie distruttive” è proprio l'assenza di politiche idonee a governare l'impatto sociale (di breve) derivante dall'introduzione di soluzioni radicalmente innovative, di politiche in grado di garantire quello che lo stesso Schumpeter chiamava un “*orderly retreat*” quando un settore mostra segni di obsolescenza³⁵.

Con lo stesso argomento possono spiegarsi le difficoltà di applicazione rigorosa della disciplina della concorrenza nelle fasi di crisi economica e la persistenza di barriere all'uscita. Affrontare seriamente il declino della produttività significa sia agevolare, dove possibile, la crescita dimensionale e il consolidamento ma anche – in particolare nel nostro Paese – il miglioramento dell'efficienza di quelle imprese che svolgono la funzione di “ammortizzatori sociali impropri” e la rimozione delle barriere all'uscita che rendono possibile la permanenza sul mercato delle imprese meno dinamiche, “impigrendo” le imprese che, invece, potrebbero essere più efficienti. Parafrasando Arrighetti, de Nardis e Traù (2024), si può notare, infatti, che almeno una parte delle imprese meno dinamiche trova scarsi incentivi nell'abbandonare le strategie tradizionali, laddove può beneficiare di qualche rendita di posizione. Ci si riferisce evidentemente alle possibilità di elusione o evasione fiscale ma anche alle rendite garantite dal permanere di contesti collusivi persino in settori caratterizzati da elevata frammentazione. Opportune politiche che rendano socialmente più accettabile la transizione (che non implica necessariamente l'uscita dal mercato) possono aiutare non poco a

rimuovere le resistenze nei confronti degli interventi di *enforcement antitrust* volti a affrontare quei contesti collusivi grazie ai quali i costi possono rimanere elevati perché i prezzi possono, a loro volta, essere elevati.

Senza tali politiche (che forse non è corretto includere nelle politiche industriali tradizionalmente intese), in un contesto di crescenti nazionalismi, non appare affatto trascurabile il rischio di un ritorno della politica industriale che ripeta e intensifichi errori passati, accompagnato da una sempre più estesa impopolarità della concorrenza.

Ovviamente la necessità di politiche di welfare prescinde dal supporto alle politiche per la concorrenza e/o alle politiche industriali pro-competitive. L'incremento delle disuguaglianze e della povertà sarebbe più che sufficiente per auspicarne la realizzazione³⁶. Tuttavia, l'intreccio tra politica industriale, politica della concorrenza e politiche per il welfare è un motivo in più per ricordarsi che il mercato ha bisogno dell'intervento pubblico (anche quando non “fallisce”)³⁷.

VII. Considerazioni di sintesi

Riepilogando.

Il tema della competitività è centrale nell'agenda europea (e non solo). La domanda di politica industriale è un pò ovunque particolarmente vigorosa in ragione dei profondi cambiamenti tecnologici, dell'incertezza geopolitica e dei crescenti rischi che interessano le catene di approvvigionamento.

L'Unione Europea non può farne a meno se vuole recuperare il ritardo in termini di innovazione e produttività che la separa da Stati Uniti e Cina e per raggiungere quella “sovranità” – che è tutt'altra

³⁵ “...there is certainly no point in trying to conserve obsolescent industries indefinitely; but there is point in trying to avoid their coming down with a crash and in attempting to turn a rout which may become a center of cumulative effects, into orderly retreat...” (Schumpeter, 1942).

³⁶ Sul punto si rinvia al Forum delle Disuguaglianze e delle Diversità (2024).

³⁷ Cfr. Caffè (1974).

cosa dai crescenti nazionalismi – che le può consentire di mantenere l'equilibrio tra efficienza e equità proprio del modello di sviluppo europeo³⁸. In questo senso la crescente richiesta di politica industriale non può che svilupparsi in una dimensione europea.

È in questa prospettiva, va sgombrato il campo dalla narrazione secondo la quale sarebbe la disciplina della concorrenza a impedire alle imprese europee di crescere e competere con i concorrenti cinesi o americani.

La politica industriale e la disciplina della concorrenza non solo possono ma devono convivere. La concorrenza deve essere una componente essenziale della politica industriale (non un vincolo o, peggio, un ostacolo) e la politica industriale e le politiche per la transizione possono essere preziose per l'applicazione della disciplina *antitrust*. D'altro canto il mercato è “una costruzione umana e ... l'intervento pubblico ne è una componente necessaria e non un elemento di per sé distorsivo e vessatorio” (Caffè, 1974). La concorrenza, altresì deve essere una componente essenziale di una politica industriale di dimensione europea.

In questo senso la rimozione delle barriere, l'allargamento dei mercati nazionali, il completamento del Mercato Unico sono passaggi propedeutici all'auspicabile consolidamento e alla crescita dimensionale delle imprese europee. In assenza di questi passaggi il rischio che la politica industriale possa ripercorrere gli errori del passato e che si riproponga la tensione tra concorrenza e politica industriale è elevato.

Nel corso di queste note il lettore avrà ripetutamente trovato l'espressione “almeno in linea di principio”, forse troppo spesso, ma non per caso. Infatti, pur nella convinzione, più volte ribadita, che concorrenza e politica industriale non possano non andar per mano e che la que-

stione oggi non sia tanto *se c'è bisogno* di politica industriale ma piuttosto di *come* attuarla, un po' di cautela sembra opportuna. Sarebbe colpevole non ricordare al lettore i rischi di un intervento pubblico attratto dal mito dei “campioni nazionali”, sensibile al fascino del protezionismo e non in grado di evitare che la politica industriale si riduca al trasferimento delle risorse dai contribuenti agli azionisti delle grandi imprese. Il titolo di un bel libro di Giuliano Amato può sintetizzare queste preoccupazioni: *Ben tornato Stato, ma...*³⁹

ANDREA PEZZOLI*

Bibliografia

AGCM (2021), Segnalazione per la Legge Annuale sul Mercato e la Concorrenza; Amato, G. (2022), *Ben tornato Stato, ma...*, Bologna, Il Mulino.; Arrighetti, A. – de Nardis – S. e Traù, F. (2024), *Il Falso Mito della Manifattura Inefficiente*, Leap, working paper n. 11; Becker, G. (1985), *The best Industrial Policy is none at all*, Newswatch, 26 agosto; Boitani, A. – Pezzoli, A. (2024), “*Antitrust e Lotta alle Disuguaglianze: Obiettivo Esplicito o Esternalità Consapevole?*”, *Mercato, Concorrenza, Regole*, n.1/2-23, pp. 15-41; Bontadini, F. – Maliciani, V. – Savona, P. – Wierkiewicz, A. (2023), *Nearshoring, Global Value Chains' Structure and Volatility*, Luiss Institute for European Policy and Analysis, working paper n. 8; Caffè, F. (1974), *Lezioni di Politica Economica*, Edizioni Kappa, Roma; Chieppa, R. – Piro, C. – Tuccillo, R. (a cura di) (2024), *Golden Power*, Le Chiavi;

³⁹ Cfr. Amato. (2022).

* AGCM. Le opinioni espresse non coinvolgono necessariamente l'istituzione di appartenenza. L'autore ringrazia per i preziosi suggerimenti Roberta Carlini, Elisabetta Iossa, Gianluca Sepe e Alessandra Tonazzi.

³⁸ Cfr. Guerrieri e Padoan (2024).

- Criscuolo, C. et al. (2019), "Some casual effects of an Industrial Policy", *American Economic Review*, Vol. 109 (1); Criscuolo, C. et al. (2022), "Are industrial policy instruments effective? A review of the evidence in OECD countries", OECD Science, Technology and Industry Policy Papers, n. 128, Parigi; Criscuolo, C. et al. (2022a), "An industrial policy framework for OECD countries: old debates, new perspectives", *OECD Science, Technology and Industry Policy Papers*, n. 127, Parigi; D'Alberti, M. (2020), *Il golden power in Italia: norme ed equilibri*, in G. Napolitano, (a cura di), *Foreign Direct Investment Screening*, Bologna; De Chiara, A. – Iossa, E. (2020), "Public Procurement as a Demand Side Policy: Project Competition and Innovation Incentives", Cepr Discussion Paper 13664; Draghi, M. (2024), *The Future of European Competitiveness*, settembre; Duso, T. – Motta, M. – Peitz, M. – Valletti, T. (2024), *Draghi is right on many issues, but he is wrong on Telecoms*, Cepr, 17 settembre; Forum delle disuguaglianze e delle Diversità (2024), *"Piano Draghi": non ci siamo*, 24 ottobre; Fuest et al. (2024), *EU Innovation Policy: How to Escape the Middle Technology Trap*, Rapporto del European Policy Analysis Group; Giovannetti, G. – Marvasi, E. – Ricchiuti, G. (2023), "The Future of Global Value Chains and International Trade: an EU Perspective", *Italian Economic Journal*, vol. 9; Grillo M. (2023), "Market Competition, Efficiency and Economic Liberty", *International Review of Economics*, vol. 70(4); Grillo, M. (2023a), Relazione presentata al Convegno organizzato dall'Università Cattolica per discutere la Relazione annuale dell'AGCM, Milano 14 dicembre; Grillo, M. (2025), *Concorrenza e politica industriale: cosa cambia con la globalizzazione*, Astrid; Guerrieri, P. – Padoan, P.C. (2024), *Sovereign Europe: an Agenda for Europe in a Fragmented Global Economy*, Edward Elgar Publishing; Hagi, A. – Wright, J. (2025), "Artificial Intelligence and Competition Policy", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 103, part A; Hovenkamp, H. (2024), *Antitrust's place in Regulation*, papers.ssrn.com; Iossa, E. – Mattonai, F. (2024), "Il contributo dell'AGCM allo sviluppo della sostenibilità", *Mercato, Concorrenza, Regole*, n. 3/23; Jenny, F. (2020) "Economic Resilience, Globalisation and Market Governance: Facing the Covid Test", *Covid Economics*, n. 1, pp. 64-78; Jenny, F. (2021), "Competition Law and digital ecosystems: learning to walk before we run", *Industrial and Corporate Change*, Vol. 30, n. 5; Juhasz, R. – Lane, N. (2024), "A New Economics of Industrial Policy", *Finance and Development Magazine*, International Monetary Fund; Letta, E. (2024), *Much More than a Market. Speed, Security, Solidarity. Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU Citizens*; Manifesto Franco-Tedesco (2019), *Per una Politica Industriale Europea adatta al 21° Secolo*, marzo; Manifesto Franco-Tedesco (2024), *A New Agenda to Boost Competitiveness and Growth in the European Union*, <https://www.elysee.fr/en/emmanuel-macron/2024/05/29/a-new-agenda-to-boost-competitiveness-and-growth-in-the-european-union>. maggio; Manzella, G. P. (2025), *Alla Ricerca della Competitività. Storia e dinamiche della politica industriale europea*, in corso di pubblicazione, Il Mulino; Mazzucato, M. (2011), *The Entrepreneurial State*, Penguin, Londra. In italiano "Lo Stato Innovatore", Laterza, Bari, 2014; Mazzucato, M. e Rodrik, D. (2023), *Industrial Policy with Conditionalities: a Taxonomy and Sample Cases*, Institute for Innovation and Public Purposes, Working Paper 2023/07; Minervini, V. (2020) "Insolvency, Competition, Economic Growth (and Recovery)", *Federalismi*, n. 16.; Momigliano, F. (1986), in CER-IRS, *Le Leggi della Politica*

Industriale, Bologna, Il Mulino; Motta, M. – Tarantino, E. (2021), “The effect of horizontal mergers, when firms compete in prices and investments”, *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 78. Napolitano, G. (2019), “L’irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere”, *Giornale di diritto amministrativo*; OCSE (2024), *Pro-Competitive Industrial Policy*, Background Paper, Parigi; Pezzoli, A. (2019), “With a little help from my friends: quale politica della concorrenza per l’economia digitale?”, *Economia Italiana*, n. 2; Pezzoli, A. (2022), “Come era verde il mio cartello”, *Analisi Giuridica dell’Economia*, n. 1; Pezzoli, A. (2023), “La nuova stagione delle concentrazioni verticali e conglomerati”, *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, n. 3.; Pezzoli, A. (2024), “Il ritorno della politica industriale e l’antitrust”, *Menabò di Etica e Economia*, n. 211; Pezzoli, A., Tonazzi, A. (2020), “La sfida della ‘normalità’. Concorrenza e intervento pubblico nel post-Covid. È possibile andare oltre l’intreccio tra monopolio e assistenzialismo?”, *Analisi Giuridica dell’Economia*, vol. 2; Pezzoli, A. – Schiavina, A. (2025), “La Concorrenza e gli Appalti Pubblici”, *Economia italiana*, in via di pubblicazione; Piechuka, J. et al. (2023), “Industrial Policies, Competition and Efficiencies: The Need for State Aid Control”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 19, n. 4, pp. 503-526; Rodrik, D. (2008), *Normalizing Industrial Policy*, World Bank, Washington, <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/28009>; Schumpeter, J. (1942), *Can Capitalism Survive?*, Harper Perennial Modern Classics; Tassinari, M. (2014), “La politica industriale degli Stati Uniti: il dibattito teorico, la retorica e le pratiche, nell’era del Washington Consensus”, *L’Industria*, n. 1; Tirole, J. (2022), *Socially Responsible Agencies*, versione estesa dell’intervento del novembre 2022 alla Conferenza della DG Comp “*Making Markets Work for the Peo-*

ple; Tirole, J. (2024), “Competition and Industrial Policy in the 21st century”, *Oxford Open Economics*, Vol. 3, supplemento _1; Wade, R. (2014), *The Paradox of US Industrial Policy: the Developmental State in Disguise*, in Salazar-Xirinachs et al. (eds), *Transforming Economies: Making Industrial Policy Work for Growth, Jobs and Development*, International Labour Office, Ginevra.

Consigli di lettura

Per le questioni relative alla definizione di politica industriale e per una rassegna delle politiche industriali pro-competitive si veda, tra gli altri, il recente contributo OCSE (2024), *Pro-Competitive Industrial Policy*, Background Paper, Parigi.

Per un’ampia disamina del dibattito relativo al ritorno della politica industriale si rinvia, tra gli altri, a Rodrik, D. (2008), *Normalizing Industrial Policy*, World Bank, Washington, <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/28009>; Mazzucato, M. (2011), *The Entrepreneurial State*, Penguin, Londra. In italiano “*Lo Stato Innovatore*”, Laterza, Bari, 2014; Mazzucato, M. – Rodrik, D. (2023), *Industrial Policy with Conditionalities: a Taxonomy and Sample Cases*, Institute for Innovation and Public Purposes, Working Paper 2023/07; Juhasz, R. e Lane, N. (2024), “A New Economics of Industrial Policy”, *Finance and Development Magazine*, International Monetary Fund.

Per un approccio più “mainstream” si veda Piechuka, J. et al. (2023), “Industrial Policies, Competition and Efficiencies: The Need for State Aid Control”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 19, n. 4, pp. 503-526).

Una visione radicalmente contraria alla politica industriale viene sintetizzata in Becker, G. (1985), *The best Industrial Policy is none at all*, Newsweek, 26 agosto.

Più in generale, in merito ai rapporti tra intervento pubblico, mercato e concorrenza, due riferimenti appaiono particolarmente preziosi: Amato, G. (2022), *Bentornato Stato, ma...*, Bologna, Il Mulino; Caffè, F. (1974), *Lezioni di Politica Economica*, Edizioni Kappa, Roma e, da ultimo, De Vincenti, C. (2024), *Per un governo che ami il mercato. Una certa idea di intervento pubblico*, Bologna, Il Mulino.

Per i rapporti tra concorrenza e politiche per la competitività in Europa appare doveroso il rinvio a Jenny, F. (2020) "Economic Resilience, Globalisation and Market Governance: Facing the Covid Test", *Covid Economics*, n. 1, pp. 64-78; Tirole, J. (2024), "Competition and Industrial Policy in the 21st century", *Oxford Open Economics*, Vol. 3, supplemento 1. oltre che ai più recenti contributi di Letta, E. (2024), *Much More than a Market. Speed, Security, Solidarity. Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU Citizens* e Draghi, M. (2024), *The Future of European Competitiveness*, settembre.

Per commenti (anche critici) al Rapporto Draghi, si rinvia, in particolare a Duso, T. – Motta, M. – Pietz, M. – Valletti, T. (2024), *Draghi is right on many issues but he is wrong on telecoms*, CEPR, 17 settembre e a Grillo, M. (2025), *Concorrenza e politica industriale: cosa cambia con la globalizzazione*, Astrid.

Per un inquadramento più attento agli aspetti geopolitici, istituzionali e di governance si veda Guerrieri, P. – Padoan, P.C. (2024), *Sovereign Europe: an Agenda for Europe in a Fragmented Global Economy*, Edward Elgar Publishing.

In merito alla relazione tra i processi di "deglobalizzazione" e la riorganizzazione delle catene del valore si veda, tra gli altri, Bontadini, F. – Maliciani, V. – Savona, P. – Wierkieman, A. (2023), *Nearshoring. Global Value Chains' Structure and Volatility*. Luiss Institute for European Policy and Analysis, working paper n. 8 e Giovannetti,

G. – Marvasi, E. – Ricchiuti, G. (2023), "The Future of Global Value Chains and International Trade: an EU Perspective", *Italian Economic Journal*, vol. 9.

Per un'interessante rassegna sui rapporti tra la strumentazione della politica industriale si veda Criscuolo, C. et al. (2019), "Some casual effects of an Industrial Policy", *American Economic Review*, Vol. 109(1), pp. 48-85; Criscuolo, C. et al. (2022), "Are industrial policy instruments effective? A review of the evidence in OECD countries", *OECD Science, Technology and Industry Policy Papers*, n. 128, Parigi.

Criscuolo, C. et al. (2022a), "An industrial policy framework for OECD countries: old debates, new perspectives", *OECD Science, Technology and Industry Policy Papers*, n. 127, Parigi.

De Chiara, A. – Iossa, E. (2020), "Public Procurement as a Demand Side Policy: Project Competition and Innovation Incentives", *Cepr Discussion Paper* 13664.

In merito alla presunta neutralità di alcune tipologie di politica industriale, appare fondamentale la lettura di Momigliano, F. (1986), in CER-IRS, *Le Leggi della Politica Industriale*, Bologna, Il Mulino, Bologna.

In merito alla relazione tra distribuzione delle spese per ricerca e sviluppo, pubbliche e private, e la competitività del sistema produttivo europeo, si rinvia a Fuest et al. (2024), *EU Innovation Policy: How to Escape the Middle Technology Trap*, Rapporto del European Policy Analysis Group.

Per una riflessione sulla produttività del settore manifatturiero in Italia e le politiche industriali più appropriate appare particolarmente interessante il recente contributo di Arrighetti, A., de Nardis, S. e Traù, F. (2024), *Il Falso Mito della Manifattura Inefficiente*, Leap, working paper n. 11.

Per un approfondimento sulla politica industriale degli Stati Uniti nella fase "neoliberista" si rinvia, tra gli altri, a Tassinari, M. (2014), "La politica industriale degli

Stati Uniti: il dibattito teorico, la retorica e le pratiche, nell'era del Washington Consensus", *L'Industria*, n. 1; Wade, R. (2014), *The Paradox of US Industrial Policy: the Developmental State in Disguise*, in Salazar-Xirinachs et al. (eds), *Transforming Economies: Making Industrial Policy Work for Growth, Jobs and Development*, International Labour Office, Ginevra.

Utili riferimenti per approfondire i pro e i contro della normativa sul Golden Power sono senz'altro Chiappa, R. – Piro, C. – Tuccillo, R. (a cura di) (2024), *Golden Power*, Le Chiavi, M. – D'Alberti (2020), *Il golden power in Italia: norme ed equilibri*, in G. Napolitano, (a cura di), *Foreign Direct Investment Screening*, Bologna – G. Napolitano (2019), "L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere", *Giornale di diritto amministrativo*.

Una preziosa riflessione su la complementarità tra regolazione e *antitrust*, la si può trovare in Hovenkamp, H. (2024), *Antitrust' place in Regulation*, papers.ssrn.com. Sullo stesso tema ma focalizzato sui rapporti tra *antitrust* e regolazione per fronteggiare le sfide della transizione digitale si veda anche Jenny, F. (2021), "Competition Law and digital ecosystems: learning to walk before we run", *Industrial and Corporate Change*, Vol. 30, n. 5.

In merito alle relazioni tra diritto *antitrust* e "interessi generali", quali la sostenibilità o la lotta alle disuguaglianze, si vedano, si rinvia, tra gli altri, Tirole, J. (2022), *Socially Responsible Agencies*, versione estesa dell'intervento del novembre 2022 alla Conferenza della DG Comp "Making Markets Work for the People; per considerazioni di carattere più generale; Boitani, A. – Pezzoli, A. (2024), "Antitrust e Lotta alle Disuguaglianze: Obiettivo Esplicito o Esternalità Consapevole?", *Mercato, Concorrenza, Regole*, n.1/2-23, pp. 15-41; Iossa, E. – Mattonai, F. (2024), "Il contributo dell'AGCM allo sviluppo della sostenibilità", *Mercato, Concorrenza, Regole*, n.

3-23; Pezzoli, A. (2022), "Come era verde il mio cartello", *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1 rispettivamente per riflessioni sui rapporti tra politiche della concorrenza, lotta alle disuguaglianze e sostenibilità ambientale.

In merito alla relazione tra controllo delle concentrazioni e la necessità di consolidamento delle imprese europee si rinvia, oltre che al Manifesto franco-tedesco (2019), ai già citati Letta (2024) e Draghi (2024).

Inoltre per un approfondimento sul ruolo che deve essere svolto dall'efficienza nel controllo delle concentrazioni, si rinvia, tra gli altri, a Motta, M. – Tarantino, E. (2021), "The effect of horizontal mergers, when firms compete in prices and investments", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 78 e a Pezzoli, A. (2023), "La nuova stagione delle concentrazioni verticali e conglomerali", *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, n. 3 e, da ultimo, Duso, T. – Motta, M. – Peitz, M. – Valletti, T. (2024), *Draghi is right on many issues, but he is wrong on Telecoms*, Cepr, 17 settembre.

Per una riflessione critica sulla Innovation Defense, particolarmente efficace il recente contributo di Michele Grillo (2025), *Concorrenza e Politica Industriale: Cosa Cambia con la Globalizzazione*, Astrid.

Le riflessioni in Grillo M. (2023), "Market Competition, Efficiency and Economic Liberty", *International Review of Economics*, vol. 70(4) in merito ai rapporti tra concorrenza, efficienza e libertà economica appaiono particolarmente preziose per ragionare di un controllo delle concentrazioni non schiacciato sul breve termine e sull'efficienza statica.

Per un approfondimento sulle politiche pubbliche che possono accompagnare la transizione digitale, ambientale e, più in generale, le riforme concorrenziali e le politiche industriali più "traumatiche" si rinvia a Schumpeter, J. (1942), *Can Capitalism*

Survive?, Harper Perennial Modern Classics e Jenny, F. (2020) "Economic Resilience, Globalisation and Market Governance: Facing the Covid Test", *Covid Economics*, n. 1, pp. 64-78.

Per una riflessione più legata al declino della produttività in Italia e alla rimozione delle barriere all'uscita si veda innanzitutto AGCM (2021), Segnalazione per la Legge Annuale sul Mercato e la Concorrenza, e poi, tra gli altri, Pezzoli, A. (2024), "Il ritorno della politica industriale e l'*antitrust*", *Menabò di Etica e Economia*, n. 211; Pezzoli, A. – Tonazzi, A. (2020), "La sfida della 'normalità'. Concorrenza e intervento pubblico nel post-Covid. È possibile andare oltre l'in-

treccio tra monopolio e assistenzialismo?", *Analisi Giuridica dell'Economia*, vol. 2.

In questa prospettiva è utile anche la lettura di Minervini, V. (2020) "Insolvency, Competition, Economic Growth (and Recovery)", *Federalismi*, n. 16 sul ruolo che può essere svolto da un diritto fallimentare più sensibile ai principi della concorrenza.

Per un commento critico al Rapporto Draghi legato ad un'insufficiente attenzione alle politiche di welfare necessarie ad accompagnare la politiche per la competitività si veda Forum delle Disuguaglianze e Diversità (2024), "*Piano Draghi*": *Non Ci Siamo*, 24 ottobre.

IL *DIGITAL MARKETS ACT* (DMA)

Sommario: I. Il *Regolamento* 2022/1925. – **II.**

Le difficoltà di applicazione delle norme *antitrust* ai mercati digitali. – **III.** La definizione di *gatekeeper*. – **IV.** I principali obblighi incombenti sui *gatekeeper* ed il rapporto tra lo strumento in esame e le norme *antitrust*. – **V.** Il DMA ed il *Regolamento* sulla protezione dei dati personali.

I. Il *Regolamento* 2022/1925

In data 1° novembre 2022, è entrato in vigore il *Regolamento* 2022/1925 relativo a mercati equi e contendibili, correntemente denominato *Digital Markets Act*¹. Detto atto normativo si propone di intervenire stabilendo una serie di obblighi in capo a quelle imprese che, per dimensioni e per numero di utenti, costituiscono i riferimenti cardinali nell'accesso ai più diffusi servizi digitali di base².

¹ *Regolamento* (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (*Regolamento* sui mercati digitali).

² V. considerando 14, Reg. 2022/1925: «In particolare, i servizi di intermediazione online, i motori di ricerca online, i sistemi operativi, i social network online, i servizi di piattaforma per la condivisione di video, i servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero, i servizi di cloud computing, gli assistenti virtuali, i browser web e i servizi pubblicitari online, compresi i servizi di intermediazione pubblicitaria, sono tutti servizi che riguardano un ampio numero di utenti finali e di imprese, il che determina un rischio di pratiche commerciali sleali. È pertanto opportuno che siano inclusi nella definizione di servizi di piattaforma di base e che rientrino nell'ambito di applicazione del presente *Regolamento*».

L'oggetto del DMA è identificabile nella finalità di contenere la posizione dominante delle grandi piattaforme online e favorire un sistema economico nel quale anche le imprese europee, di dimensioni minori rispetto a quelle operanti oltreoceano ovvero in Cina, possano trarre profitto dal mercato dei dati. Il fondamento dell'economia digitale consiste, infatti, nello sfruttamento dei dati degli utenti al fine di indirizzare con la maggiore precisione possibile le offerte di servizi e prodotti commerciali.

Le caratteristiche dei mercati digitali vengono abitualmente riassunte in tre elementi: l'esistenza di forti effetti di rete e di *lock-in*; la rilevanza delle economie di scala; la conseguente esistenza di barriere all'entrata³. La prima caratteristica discende dal fatto che più persone usano una determinata piattaforma, più aumenta l'attrattiva per coloro che ivi offrono determinati servizi commerciali⁴. Al contempo, l'incremento

³ V. considerando n. 2, Reg. 2022/1925: «i servizi di piattaforma di base presentano una serie di caratteristiche che possono essere sfruttate dalle imprese che li forniscono. Un esempio di tali caratteristiche dei servizi di piattaforma di base sono le economie di scala estreme, derivanti spesso da costi marginali pari pressoché a zero per l'aggiunta di utenti commerciali o utenti finali. Tra le altre caratteristiche dei servizi di piattaforma di base figurano effetti di rete molto forti, una capacità di connettere molti utenti commerciali con molti utenti finali grazie alla multilateralità di tali servizi, un grado significativo di dipendenza sia degli utenti commerciali sia degli utenti finali, effetti di *lock-in*, l'indisponibilità per gli utenti finali del *multihoming* per uno stesso scopo, l'integrazione verticale e vantaggi basati sui dati». V. lo scritto di M.T. Maggiolino, in questo volume.

⁴ Una volta che una piattaforma raggiunge una certa massa critica (c.d. *tipping-point*), l'aumento stesso degli utenti contribuisce ad alimentarne la rilevanza sul mercato.

del numero degli iscritti determina un aumento del “costo” per gli utenti di spostarsi su una piattaforma diversa⁵.

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

Quale contraltare, l'entità dell'investimento iniziale induce una sorta di barriera all'ingresso dei concorrenti, perché occorrono ingenti spese per creare l'infrastruttura e per consentire alla stessa di arrivare ad un livello di utenti sufficientemente ampio da disporre di una massa di dati abbastanza estesa da rendere il loro sfruttamento economicamente vantaggioso. In altri termini, i mercati digitali sono abitualmente caratterizzati dall'esistenza di pochi operatori, generalmente in posizione dominante nel rispettivo settore merceologico. In questo contesto, talune piattaforme tendono a porsi come veri e propri *gatekeepers*, nel senso che stabiliscono esse stesse le condizioni per accedere a quel particolare mercato. Situazione, quest'ultima, che tende a verificarsi con maggiore frequenza per le piattaforme c.d. “ecosistema”, le quali offrono, da un lato, servizi gratuiti – o comunque a costi contenuti – agli utenti (social network, strumenti di ricerca, un repertorio musicale potenzialmente infinito,

ecc.), mentre, dall'altro, vendono l'uso dei relativi spazi agli operatori commerciali. La peculiarità è, pertanto, rappresentata dal fatto che dette piattaforme funzionano sia come piazze di mercato per consumatori ed operatori terzi, sia come negozi virtuali per offrire, al contempo, taluni prodotti autonomamente sviluppati.

Si ritiene sovente che questa peculiare struttura del mercato, se da un lato ha apportato vantaggi ai consumatori in termini di personalizzazione dei servizi, dall'altro, ha dato origine ad una serie di problemi. Il primo è quello di una minore diffusione dell'innovazione tecnologica. Vi è, infatti, la diffusa sensazione degli investitori che non convenga spendere somme per sostenere una nuova impresa che offre un modello di business alternativo rispetto ad un operatore che possiede una rilevante quota di mercato, perché l'investimento rischia di essere troppo impegnativo prima di essere remunerativo.

Sotto altro profilo, poi, la stessa presenza di piattaforme dominanti, che possiedono quote rilevanti di mercato, finisce per determinare un declino dei settori produttivi tradizionali (quale, in particolare, quello della pubblicità sui media tradizionali, che risulta evidentemente meno efficace, non potendo essa raggiungere in tempo reale i potenziali interessati).

In terzo luogo, la concentrazione di ricchezza economica e di potere in talune piattaforme dalle dimensioni particolarmente importanti ha indotto un incremento dei livelli di disuguaglianza. In via esemplificativa, si pensi alla diffusione del commercio online che ha condotto alla chiusura di piccoli esercizi commerciali e al conseguente aumento di fenomeni di precarizzazione. La crisi dei settori economici che erano fondati sull'idea di prossimità conduce, infatti, ad immettere sul mercato persone che, per età ed esperienza professionale, difficilmente possono sperare di trovare un lavoro in impieghi soddisfacenti. A ciò si

⁵ Se tutti i miei amici si trovano su *Facebook*, infatti, io non sono indotto a spostarmi sulla piattaforma di un concorrente, se non posso al contempo portare con me tutti i miei contatti (effetto c.d. di *lock-in*).

aggiunga che pure la reperibilità di alloggi a prezzi accessibili risente della diffusione di piattaforme, quali *Airbnb* o *booking*. È infatti agevole constatare come la destinazione ad un'utenza turistica di un gran numero di alloggi, abbia causato un incremento dei costi degli immobili nei grandi centri urbani, specie nei siti meta del turismo di massa.

II. Le difficoltà di applicazione delle norme *antitrust* ai mercati digitali

A quanto rilevato nel paragrafo precedente, si aggiunge poi il fatto che i tradizionali strumenti *antitrust* non sembrano adatti a contrastare efficacemente il potere delle grandi piattaforme online.

Ciò si verifica per una pluralità di circostanze. Innanzitutto perché le disposizioni *antitrust*, essendo state concepite in passato, non sono generalmente strutturate per affrontare il funzionamento dell'economia digitale. Un primo evidente ostacolo discende dalla circostanza che i servizi sono spesso offerti con modalità gratuite. Gli utenti delle piattaforme, per accedere ad un determinato *social network* o per effettuare determinate ricerche *online*, utilizzano, quale moneta di scambio, i propri dati personali⁶.

La concorrenza tra le imprese operanti nel settore non avviene, pertanto, sui prezzi,

come si verifica abitualmente nei mercati tradizionali, nei quali le imprese cercano di offrire i medesimi beni ad un prezzo inferiore, quanto piuttosto sui servizi offerti, in modo da acquisire il maggior numero di dati ed elaborare in maniera quanto più possibile precisa le preferenze degli utenti. In questo contesto, viene necessariamente meno uno degli abituali strumenti di misurazione della concorrenza, che è il prezzo del prodotto o del servizio.

D'altro canto, neppure nelle ipotesi nelle quali il prezzo diventa un elemento del rapporto contrattuale nel commercio online (diverse piattaforme che vendono determinati servizi alberghieri nella stessa località turistica), le autorità sulla concorrenza possono fare su di esso affidamento per accertare l'esistenza di illeciti. La concertazione sul prezzo non dimostra, infatti, necessariamente l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, dal momento che la stessa determinazione dell'offerta è sovente frutto di un'operazione algoritmica, priva, in quanto tale, dell'elemento di concertazione che contraddistingue le intese restrittive della concorrenza.

Pure la determinazione del mercato rilevante risulta un'operazione problematica. Infatti, il mercato geografico, proprio per l'assenza di confini che caratterizza internet, risulta di difficile delimitazione. Tale difficoltà definitoria è poi incrementata per il fatto che, sovente, le piattaforme dominanti sono imprese che operano su più mercati, spesso solo indirettamente collegati⁷. In questo contesto, anche la definizione del mercato del prodotto finisce per essere un'operazione problematica.

⁶ Tale assimilazione tra dati e costo del servizio (che può avere senso esclusivamente da punto di vista strettamente economico) è favorita anche da altre fonti europee. Nella specie, l'art. 2, par. 7, della direttiva 2019/770 (Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali), fa espressamente rientrare, nella definizione di prezzo: «la somma di denaro o la rappresentazione di valore digitale dovuto come corrispettivo per la fornitura di contenuto digitale o di servizio digitale».

⁷ Amazon, ad esempio, opera come intermediario tra consumatori e commercianti per la vendita dei prodotti, come produttore e venditore della propria linea di prodotti, come venditore di pubblicità, come piattaforma per la diffusione di film e serie tv, come gestore di un ampio repertorio musicale, come piattaforma alla quale si può ricorrere come spazio di archiviazione di dati.

Da ultimo, pure la determinazione di una posizione dominante solleva interrogativi di difficile soluzione. Innanzitutto perché le piattaforme online tendono ad espandersi in mercati diversi da quello originario, sul quale occupano saldamente una posizione dominante. In altri termini, la loro stessa natura conglomerale e l'operatività su più mercati induce nell'interprete una difficoltà di posizionamento in termini oggettivi: un operatore dominante in un mercato, potrebbe risultare invece recessivo in un altro. D'altro canto, un determinato posizionamento potrebbe non presentare quell'elemento di stabilità necessario per consolidare la posizione dominante: dato che i mercati digitali sono fortemente dinamici, il possesso di una certa quota di mercato potrebbe non essere effettivamente rappresentativa di un'effettiva posizione preminente, nel caso in cui un'altra impresa inventi un *software* che sia in condizione di svolgere le stesse operazioni in maniera altrettanto efficiente, ma con costi minori.

In questo contesto i tradizionali rimedi del diritto *antitrust*, della nullità delle intese o della sanzione dell'abuso di posizione dominante, che intervengono soltanto *ex post*, risultano sovente inadatti. Sia perché essi non consentono di risolvere il problema dell'esistenza di posizioni oligopolistiche in un determinato momento, sia perché i rimedi intervengono in maniera tardiva e, in genere, solo a seguito di indagini lunghe e complesse. Tanto più che le stesse sanzioni che vengono erogate nel diritto *antitrust*, difficilmente producono gli effetti auspicati sul funzionamento di un dato mercato digitale, perché non possono certo modificare i gusti degli utenti.

Neppure i rimedi più innovativi, quali quelli correntemente utilizzati nei mercati caratterizzati dall'innovazione tecnologica, risultano funzionali. Da parte di taluni autori, si è infatti pensato che, per facilitare

l'accesso al mercato dei nuovi operatori, si potrebbero costringere le piattaforme dominanti a condividere i dati in proprio possesso, attraverso il ricorso alla nota dottrina delle *essential facilities*. Sembra tuttavia difficile configurare i dati alla stregua di *asset* insostituibili, perché è sempre possibile produrne all'infinito, semplicemente tracciando l'ulteriore attività degli utenti del web ovvero ricorrendo a fonti di informazione alternative. E comunque un siffatto rimedio strutturale si rivelerebbe nella maggior parte dei casi inefficiente perché, nel momento in cui dovesse intervenire l'ordine, i dati stessi sarebbero ormai inattuali. I dati sono, infatti, caratterizzati da un determinato valore che muta in maniera considerevole in rapporto alla loro istantaneità e alla loro quantità. Qualunque rimedio che intervenga in un momento successivo e che abbia lo scopo di diffondere la conoscenza che discende dal loro possesso pregresso (riferito, cioè, ad un momento trascorso nel tempo) risulta di norma inefficace rispetto all'obiettivo di consentire l'accesso al mercato ai nuovi operatori.

III. La definizione di *gatekeeper*

Il legislatore europeo, consapevole della scarsa efficacia dei rimedi *antitrust* in questo specifico settore produttivo, con il *Regolamento* in esame, mira ad anticipare l'effetto delle misure restrittive, predisponendo un'apposita regolamentazione applicabile *ex-ante*. L'idea di fondo sembra quindi individuabile nella *ratio* di porre taluni obblighi aggiuntivi, in modo da prevenire l'insorgenza di situazioni anticoncorrenziali e mantenere i mercati digitali aperti e, appunto, contendibili.

Per fare questo, è preliminare individuare i destinatari di tali obblighi supplementari ovvero quelle piattaforme maggiormente rilevanti in relazione a ciascuna tipologia

di servizio, che vengono per l'appunto denominate «*controllori di accesso*».

Essi vengono individuati – per effetto di una decisione della Commissione, a seguito di autodichiarazione o di indagini – sulla base di taluni elementi oggettivi, astrattamente idonei a stabilire l'esistenza di una quota rilevante di mercato, in termini di fatturato e di utenti attivi su una data piattaforma⁸.

Ai sensi dell'art. 3, par. 1, del *Regolamento*, una piattaforma è designata quale *gatekeeper* allorché risponde cumulativamente a tre condizioni: «ha un impatto significativo sul mercato interno» (lett. *a*); «fornisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante», attraverso il quale gli utenti commerciali possano raggiungere gli utenti finali (lett. *b*); e, infine, se «detiene una posizione consolidata e duratura» (lett. *c*).

Come è evidente, sulla base della formulazione del testo normativo, si tratta di requisiti che lasciano un ampio margine di apprezzamento all'interprete. Per facilitare tale accertamento e ridurre il margine di discrezionalità della Commissione europea, il par. 2 del medesimo art. 3, introduce talune presunzioni, le principali delle quali sono, relativamente al requisito di cui al punto *a*), che l'impresa abbia «un fatturato annuo nell'Unione europea pari o superiore a 7,5 miliardi di EUR» ovvero una «capitalizzazione di mercato pari a 75 miliardi di EUR»; ai fini del requisito di cui alla lett. *b*), «se fornisce un servizio di

piattaforma di base che annovera nell'ultimo esercizio finanziario più di 45 milioni di utenti finali attivi mensilmente... e oltre 10 000 utenti commerciali attivi annualmente stabiliti nell'Unione»; da ultimo, si presume che la posizione della piattaforma sia «consolidata e duratura», se ha rispettato i criteri dimensionali sopra riportati nel corso dell'ultimo triennio.

Come si vede si tratta di una serie alquanto eterogenea di criteri che non corrispondono necessariamente a quelli necessari per valutare l'esistenza di una posizione dominante, ai sensi dell'art. 102, TFUE. Volendo esemplificare potremmo dire che, in linea di principio, i *gatekeeper* sono in genere imprese in posizione dominante; ma può anche avvenire che, per assenza delle quote necessarie o per un dato assetto dinamico del mercato, le due fattispecie possano anche non coincidere.

Il problema principale sollevato dalla disposizione in esame – non espressamente chiarito dal testo normativo – è quello del rapporto esistente tra i criteri generali del par. 1 e le presunzioni del par. 2. Sulla base della formulazione del testo normativo⁹, sembrerebbe di poter affermare che le presunzioni siano relative. Esse rispondono, infatti, eminentemente ad una funzione probatoria, in modo da facilitare l'accertamento e, al contempo, circoscriverlo entro parametri normativamente predeterminati.

Se ciò è esatto, è giocoforza desumerne che l'eventuale assenza dei requisiti numerici indicati nel par. 2, non preclude la designazione di una piattaforma come *gatekeeper*. Anche perché, come ha chiarito in un noto caso il Tribunale, detti criteri vanno intesi in termini dinamici: ovvero come suscettibili di caratterizzare

⁸ La Commissione europea, in data 6 settembre 2023, ha designato sei *gatekeeper*, per un totale di 22 servizi di piattaforma di base (SPB); successivamente, in data 29 aprile 2024, ha designato Apple come *gatekeeper* in relazione al sistema operativo per tablet iPadOS; quindi, in data 13 maggio 2024, ha designato Booking come *gatekeeper* per il servizio di intermediazione online Booking.com (v., per ulteriori informazioni, il sito dedicato della Commissione europea: https://digital-markets-act.ec.europa.eu/index_en).

⁹ V. soprattutto l'art. 3, par. 8, Reg. 2022/1925: «(l)a Commissione designa come *gatekeeper*... qualsiasi impresa che fornisce servizi di piattaforma di base che soddisfa ciascuno dei requisiti di cui al paragrafo 1 del presente articolo, ma non raggiunge ciascuna delle soglie di cui al paragrafo 2 del presente articolo».

la rilevanza di una data piattaforma anche in un futuro prossimo, nel giro di un breve arco temporale. In detta valutazione, pertanto, entrano in gioco altri fattori, quanti la progressione nel numero di utenti e del fatturato complessivo. Con la conseguenza che possano essere identificati come *gatekeeper* anche piattaforme che, nel momento in cui viene effettuata la valutazione da parte della Commissione, non rivestono una caratura predominante sul mercato interno¹⁰.

Quid iuris, invece, nell'ipotesi in cui un'impresa, pur raggiungendo le soglie numeriche, ritenga di non presentare «un impatto significativo sul mercato interno» ovvero di non costituire «un punto di accesso (*gateway*) importante»? Al riguardo, il par. 5, del citato articolo 3, prevede che, nel momento in cui un'impresa notifica alla Commissione di avere superato le soglie previste, possa presentare argomenti diretti ad affermare che, pur rispettando i requisiti numerici, essa non risponde ai criteri di cui al par. 1. Sotto questo profilo, il considerando 23 del *Regolamento*, se da un lato chiarisce che l'onere della prova per respingere le presunzioni incombe all'impresa, dall'altro, non sembra porre limiti alla possibilità di produrre prove per dimostrare che, pur rispettando le soglie numeriche, le imprese non siano in posizione tale da presentare un impatto rilevante sul funzionamento del mercato interno¹¹. La

disposizione da ultimo richiamata esclude, per l'appunto, solo le «giustificazioni per motivi economici basate sulla definizione del mercato o volte a dimostrare efficienze derivanti da un tipo specifico di comportamento dell'impresa base». Ed in effetti, nella prassi della Commissione, talune imprese, pur inizialmente designate come *gatekeeper*, si sono difese con successo o separando i servizi da esse offerti, in modo da escluderne taluni, di minore rilevanza, dagli obblighi incombenti ai *gatekeeper*; oppure, affermando che, per le condizioni particolari di funzionamento del mercato, esse non rivestivano comunque una posizione rilevante nell'offerta di un determinato servizio.

IV. I principali obblighi incombenti sui *gatekeeper* ed il rapporto tra lo strumento in esame e le norme *antitrust*

Chiarito cosa si intende per *gatekeeper*, possiamo ora passare ad esaminare gli obblighi incombenti sulle piattaforme che rivestono tale qualifica.

Le previsioni principali sembrano stabilire una serie alquanto eterogenea di obblighi (circa una ventina), rispetto ai quali non

soglie quantitative non dovrebbe applicarsi dovrebbe essere a carico dell'impresa stessa. Nella sua valutazione delle prove e delle argomentazioni presentate, la Commissione dovrebbe tenere in considerazione solo gli elementi direttamente relativi ai criteri quantitativi, ossia l'impatto dell'impresa che fornisce servizi di piattaforma di base sul mercato interno al di là delle entrate o della capitalizzazione di mercato, come le sue dimensioni in termini assoluti e il numero di Stati membri in cui è presente, di quanto il numero effettivo di utenti commerciali e il numero effettivo di utenti finali superano le soglie e l'importanza del servizio di piattaforma di base dell'impresa, tenuto conto della portata complessiva delle attività del rispettivo servizio di piattaforma di base, nonché il numero di anni in cui le soglie sono state raggiunte».

¹⁰Tribunale UE, 17 luglio 2024, causa T-1077/23, *Bytedance Ltd c. Commissione europea* (TikTok), ECLI: EU:T:2024:478, punti 146 e 239. La decisione è stata impugnata davanti alla Corte e la causa è tuttora pendente (C-627/24 P).

¹¹Considerando n. 23, Reg. 2022/1925: «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*. L'onere di provare che la presunzione derivante dal raggiungimento delle

è agevole individuare un filo conduttore unitario. La distinzione principale concerne gli obblighi autonomamente applicabili (art. 5), da quelli applicabili a seguito di eventuale specificazione, da disporsi caso per caso, a cura della Commissione (art. 6).

I principali tra gli obblighi del primo tipo riguardano gli abusi abitualmente rilevati nella prassi. Tali obblighi possono, a propria volta, suddividersi in due gruppi distinti. Nel primo di questi, si possono includere tutti gli abusi di *sfruttamento*, sia degli utenti, sia degli operatori commerciali. In tale ambito, gli obblighi più rilevanti appaiono quello di astenersi dal combinare i dati ricavati dai principali servizi della piattaforma con quelli desumibili da altri servizi offerti dalla medesima impresa; precludere la possibilità agli utilizzatori commerciali di offrire gli stessi prodotti e servizi ai consumatori finali a prezzi e condizioni diversi da quelli ottenibili sulla piattaforma; restringere il potere degli operatori commerciali che fanno ricorso alla piattaforma di rivolgersi all'autorità giudiziaria; escludere l'obbligo per gli operatori commerciali di registrarsi alla piattaforma e di obbligarli ad offrire i propri beni e servizi in via esclusiva tramite quella piattaforma.

Nella seconda tipologia rientrano, invece, le pratiche c.d. leganti, tra le quali si possono ricomprendere il divieto per il *gatekeeper* di costringere gli operatori commerciali ad utilizzare un servizio o un identificativo della piattaforma di base (non si possono, pertanto, discriminare tali operatori in base alla circostanza che essi facciano o meno uso di uno specifico servizio o della logistica dell'impresa dominante) ovvero di costringere gli operatori commerciali o gli utenti finali a registrarsi o a fare uso di un altro servizio del *gatekeeper*, come presupposto per essere presenti sulla piattaforma di base.

L'art. 6, del DMA, stabilisce, poi, taluni obblighi supplementari, suscettibili di essere ulteriormente specificati da parte della Commissione. A differenza delle

ipotesi sopra menzionate, l'art. 6 contempla solo condotte *escludenti*. Tra questi, un certo rilievo presenta l'obbligo del *gatekeeper* di astenersi dall'utilizzare, in concorrenza con gli operatori commerciali che fanno accesso alla medesima piattaforma, dati non accessibili al pubblico generati attraverso le attività dei predetti utenti commerciali: sembra, infatti, ovvio che un particolare abuso di una piattaforma multiversante possa consistere, per l'appunto, nell'utilizzare i dati generati dall'attività di coloro che fanno ad essa ricorso per offrire in vendita i propri prodotti, quale strumento per fare concorrenza ai medesimi operatori (c.d. *data grabbing*); ovvero di astenersi dal garantire un trattamento più favorevole in termini di posizionamento ai servizi e prodotti offerti dalla medesima piattaforma rispetto ad analoghi servizi o prodotti offerti da terzi.

Ad una prima lettura, talune delle previsioni menzionate si configurano apparentemente come specificazioni di obblighi incombenti alle imprese che risultano già desumibili da altre fonti normative: si ha, infatti, l'impressione che il legislatore europeo abbia solo indicato quali obblighi *preventivi* quelle che, in realtà, rappresentano abituali violazioni della concorrenza.

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

Tale connessione è particolarmente evidente allorché si tratta di obblighi evidentemente desunti da precedenti giurisprudenziali ovvero dalla prassi delle autorità *antitrust*. In tale ambito possono verosimilmente ricomprendersi: *i*) l'obbligo incombente al *gatekeeper* di non confondere i dati propri con quelli ricavabili da altre attività offerte dal medesimo soggetto (art. 5, par. 2, DMA)¹²; *ii*) l'obbligo di consentire ai terzi

¹² Questa ipotesi presenta evidenti analogie con il caso *Facebook – Whatsapp*. Nella specie, secondo i

di offrire gli stessi prodotti a condizioni diverse da quelle previste dal *gatekeeper* (art. 5, par. 3)¹³; iii) il divieto di creare dei legami tra i vari servizi offerti dall'operatore (art. 5, par. 8: c.d. *tying clauses*)¹⁴; iv) l'obbligo del *gatekeeper* di permettere agli utenti finali di disinstallare il software preinstallato per accedere alla piattaforma (art. 6, par. 3)¹⁵; v) il divieto di introdurre

meccanismi che determinano una preferenza degli utenti finali per i prodotti sviluppati autonomamente dal *gatekeeper*, (art. 6, par. 5)¹⁶.

L'impressione di una sorta di sovrapposizione tra i vari settori normativi dell'ordinamento dell'Unione europea, risulta d'altro canto ulteriormente rafforzata, laddove si prenda in considerazione il fatto che entrambi gli strumenti normativi che stabiliscono specifici rimedi procedurali in ognuno dei settori in esame (rispettivamente: il DMA ed il *Regolamento* 1/03¹⁷) prevedono, nella sostanza, analoghi poteri di indagine e sanzionatori.

Preliminarmente è opportuno chiarire che, mentre per il DMA l'autorità di controllo è la sola Commissione europea¹⁸, per le norme *antitrust* previste dal Trattato, come è noto, a seguito del decentramento operato dal *Regolamento* 1/03, può essere

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

¹³ Questa a previsione è tratta dal caso *Expedia e Booking*. A seguito della denuncia di un'associazione di albergatori, l'autorità garante della concorrenza francese ha sanzionato il comportamento di taluni portali di soggiorni alberghieri, per la prassi di imporre agli albergatori che offrivano le proprie stanze sulla piattaforma l'obbligo di non praticare prezzi e condizioni diverse (c.d. clausole di parità o *MFN-Most favoured Nation Clause*): v. la *Décision* n° 19-D-23 du 10 décembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne, reperibile online sul sito https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/integral_texts/2019-12/19d23.pdf.

¹⁴ Tale divieto è evidentemente ricavabile dagli articoli dall'art. 101, lett. e) e 102, lett. d, TFEU.

¹⁵ La disposizione è chiaramente desunta dalla decisione della Commissione europea nel caso *Google-Android*, nella quale la Commissione europea ha

qualificato come abusiva l'imposizione di Google ai produttori di dispositivi che usavano Android come sistema operativo di preinstallare Google Search e Google Chrome, come prerequisite per ottenere, al contempo, anche la licenza di uso di Play Store, che costituisce il portale attraverso il quale gli utenti di tale sistema operativo possono acquisire le app necessarie a garantire un'efficiente utilizzazione dei propri dispositivi mobili.

¹⁶ Si tratta di una previsione che trae evidentemente spunto dal caso *Google Search (Shopping)*, nel quale la Commissione europea ha sanzionato Google perché il motore di ricerca collocava i prodotti offerti dal proprio servizio di vendita in cima alla lista, mentre i prodotti dei concorrenti si trovavano solo in terza e quarta pagina. Sulla vicenda v. la sentenza della Corte, 10 settembre, causa C-48/22 P, *Google e Alphabet c. Commissione*, ECLI:EU:C:2024:726).

¹⁷ *Regolamento* (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in GUUE n. L 001 del 04/01/2003, p. 1-25. V., *supra*, cap. II, sez. 2 e 4.

¹⁸ La Commissione ha, a tal fine, istituito anche un apposito team congiunto, tra le Direzioni generali Concorrenza (DG COMP) e quella per le Reti di comunicazione, contenuti e tecnologia (DG CONNECT).

la stessa Commissione ovvero le autorità a ciò deputate da parte degli Stati membri.

L'autorità di controllo, in entrambi i sistemi normativi considerati, può richiedere informazioni¹⁹, procedere ad audizioni²⁰ ovvero effettuare accertamenti *in loco*²¹.

Del pari, profonde somiglianze sussistono rispetto al potere sanzionatorio. In entrambi i casi le autorità di controllo dispongono del potere di imporre misure provvisorie²²; di accettare (o imporre) impegni²³; di erogare sanzioni²⁴, di importo variabile dall'1% (in ipotesi di violazione dei soli obblighi di carattere procedurale) fino ad arrivare al 10% del fatturato globale di una determinata impresa (in caso di gravi violazioni degli obblighi sostanziali, ovvero di mancato rispetto degli impegni o di mancata ottemperanza alle misure provvisorie)²⁵. In altri termini, il dubbio che sorge all'interprete è che vi sia una parziale duplicazione sia dei poteri di indagine, sia di quelli sanzionatori in capo alle autorità competenti, anche in presenza di illeciti a carattere unitario, laddove questi, per la loro particolare natura, rientrino nel campo di applicazione sia della normativa *antitrust* sia del *Digital Markets Act*.

In questo contesto, diventa necessario accertare quali siano i rapporti tra i predetti sistemi normativi. Il DMA è abbastanza laconico sul punto, perché si limita a precisare che il *Regolamento* si applica senza pregiudizio delle norme sulla concorrenza²⁶.

In realtà la risposta a tale quesito dipende dalla visione che riteniamo più confacente della regolamentazione europea sui mercati digitali. I due sistemi normativi (concorrenza e DMA) tendono, invero, a

rispondere a finalità tra di loro molto eterogenee. La funzione delle regole *antitrust*, che un tempo rispondeva essenzialmente ad uno scopo integrazionista, ora assolve essenzialmente al fine di contenere il potere di mercato, in modo da evitare che determinate aziende acquistino un ruolo eccessivamente preponderante e, in un certo senso, finiscano per sostituirsi al legislatore, stabilendo in via autonoma le regole di accesso ad un determinato mercato digitale.

Invece il DMA mira a creare mercati equi e contendibili: tende, in altri termini, a consentire anche alle piccole e medie imprese di partecipare all'economia digitale, senza essere schiacciate dal potere dei giganti. In questo contesto, ben si spiega l'affermazione contenuta nel considerando n. 11 del DMA, secondo il quale: «Gli articoli 101 e 102 TFUE e le corrispondenti norme nazionali in materia di concorrenza relative a comportamenti anti-concorrenziali unilaterali e multilaterali... si prefiggono quale obiettivo la protezione della concorrenza non falsata sul mercato. Il presente *Regolamento* persegue un obiettivo complementare, ma *diverso*... e tale obiettivo consiste nel garantire che i mercati in cui sono presenti *gatekeeper* siano e rimangano equi e contendibili (...). Il presente *Regolamento* mira pertanto a proteggere un interesse giuridico diverso rispetto a quello protetto da tali norme e dovrebbe applicarsi senza pregiudicare l'applicazione di queste ultime». Del pari, l'art. 1, par. 6, DMA precisa che: «Il presente *Regolamento* non pregiudica l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE».

In sintesi, il rapporto tra il DMA e le norme poste a tutela della concorrenza è di complementarità, ma non di sovrapposizione. Certo, questo non esclude che possano verificarsi situazioni nelle quali le autorità garanti della concorrenza e la Commissione europea svolgano indagini in relazione ad una medesima fattispecie. In questo caso, verosimilmente, la finalità

¹⁹ V. art. 17 Reg. 1/03; art. 21 DMA.

²⁰ V. art. 22, DMA.

²¹ Art. 20 Reg. 1/03; art. 23 DMA.

²² Art. 8 Reg. 1/03; art. 24 DMA.

²³ Art. 9 Reg. 1/03; art. 25 DMA.

²⁴ Art. 23 Reg. 1/03; art. 29 DMA.

²⁵ Art. 30 DMA.

²⁶ Considerando n. 11; art. 1, par. 6, DMA.

da perseguire è evitare che il duplice potere sanzionatorio si traduca in un automatico *bis in idem*. In assenza di chiare disposizioni nel *Regolamento* europeo, l'unica soluzione è quella di affidare, all'autorità che si pronuncia per seconda, una sorta di potere di *self-restraint*. Come suggerito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in una fattispecie simile, si può ragionevolmente ipotizzare che l'autorità che intervenga successivamente debba tenere conto, ai fini del calcolo della sanzione, dell'importo già irrogato a carico dell'impresa che, con un'unica violazione, è incorsa in un duplice illecito²⁷.

V. Il DMA ed il *Regolamento* sulla protezione dei dati personali

Nonostante il *Regolamento* 2022/1925 utilizzi, al riguardo, un'espressione analoga a quella impiegata in relazione alle norme *antitrust*²⁸, il rapporto tra il DMA e quello posto a tutela dei dati personali (c.d. GDPR²⁹) sembra essere caratterizzato da

²⁷ Nella sentenza della Grande Camera del 15 novembre 2016, *A.B. vs. Norway*, ricorsi n. 24130/11 e 29758/11, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che deve esistere un collegamento (nella sostanza e nel tempo) tra le varie procedure esecutive, per non incorrere nella violazione del principio del *ne bis in idem*.

²⁸ Considerando n. 12, del *Regolamento* 2022/1925: «Il presente *Regolamento* dovrebbe inoltre applicarsi senza pregiudicare le norme derivanti da altri atti di diritto dell'Unione che disciplinano taluni aspetti della fornitura di servizi contemplati dal presente *Regolamento*, in particolare i regolamenti (UE) 2016/679 [c.d. GDPR] ...nonché le direttive 2002/58/CE [concernente la tutela della vita privata nelle comunicazioni online]».

²⁹ *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) (Testo rilevante ai fini del SEE), in GU L 119 del 04/05/2016, pp. 1-88.

una maggiore complementarità o, per lo meno, da un incremento di tutela a favore degli utenti.

Questa impressione emerge fin dagli stessi considerando. In via esemplificativa, il considerando n. 12, precisa che il *Regolamento* non intende pregiudicare la normativa sul rispetto della privacy.

Questa disposizione trova poi specificazione nel testo normativo, laddove si precisa che spetta al *gatekeeper* garantire l'attuazione di determinate normative sulla tutela della privacy, quali, in particolare, proprio il *Regolamento* generale sulla tutela dei dati personali e la direttiva sulla tutela della vita privata nelle comunicazioni online³⁰.

Alla luce di questi elementi e della rilevanza che la disciplina dei dati personali riveste nel contesto dell'economia digitale e dello stesso *Digital Markets Act*, si ha quasi la sensazione che la protezione della privacy finisca un po' per caratterizzare la *ratio* normativa dello strumento. Ci sembra infatti che la valutazione che è chiamata a svolgere la Commissione europea, nel momento in cui apprezza la condotta del *gatekeeper*, debba tenere conto anche del rispetto delle previsioni poste a tutela dei dati personali e della privacy online.

Per chiarire questo aspetto, è opportuno analizzare le disposizioni che, nel *Regolamento* 2022/1925, sono dedicate alla protezione dei dati personali e della vita privata online.

Le disposizioni rilevanti a tal fine sono essenzialmente tre: la prima riguarda il divieto di combinare i dati degli utenti; la seconda concerne il divieto di appropriarsi dei dati generati dall'attività degli operatori commerciali che offrono i propri prodotti e servizi sulla piattaforma; la terza ed ultima riguarda la portabilità dei

³⁰ V. art. 8, par. 1, DMA: «Il *gatekeeper* garantisce che l'attuazione di tali misure sia conforme al diritto applicabile, in particolare al *Regolamento* (UE) 2016/679, alla direttiva 2002/58/CE».

dati. Al riguardo, in relazione ad ognuna delle predette ipotesi, è opportuno raffrontare il testo normativo del *Regolamento* 2022/1925 con quello del GDPR, al fine di verificare se si possano registrare specifici incrementi nella tutela dei dati personali e valutare se questi sono effettivi.

L'art. 5, par. 2, DMA stabilisce a carico del *gatekeeper* l'obbligo di non combinare i dati³¹. Detta disposizione è stata opportunamente modificata nel corso dell'iter legislativo. Il testo normativo è stato infatti ampliato, rispetto al progetto difeso dalla Commissione³², per includervi

³¹ La disposizione trae origine dal noto caso *Facebook c. Whatsapp*. Nella specie, secondo i termini di utilizzo, Facebook poteva combinare i dati degli utenti ricavabili da altri servizi, oggetto di precedenti operazioni di concentrazioni, quali Instagram e WhatsApp. Secondo l'autorità della concorrenza tedesca, tale prassi costituiva sia una violazione della privacy, sia, al contempo, una violazione delle norme sulla concorrenza. V. la decisione del Bundeskartellamt n. B6-22/16, del 6 febbraio 2019, consultabile online al sito <https://www.bundeskartellamt.de>. L'impugnazione venne respinta sia dai giudici di primo grado che da quelli di appello (per la decisione di primo grado v. OLG Düsseldorf - Beschluss vom 26. August 2019 – VI-Kart 1/19 (V), *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2019, p. 1333). Il Bundesgerichtshof, al quale il caso pervenne a seguito dei rituali gradi di giudizio, ha respinto l'impugnazione e confermato la decisione dell'Autorità garante, ma ne ha modificato la motivazione. Secondo la Corte federale, infatti, il problema era rappresentato dalla restrizione della possibilità di scelta degli utenti (v. il comunicato stampa Bundesgerichtshof bestätigt vorläufig den Vorwurf der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch Facebook, del 23.6.2020, reperibile online al sito <https://www.bundesgerichtshof.de>). La Corte d'Appello, che si è trovata nuovamente investita della causa a seguito dell'annullamento da parte della Corte di Cassazione, ha poi rinviato alla Corte di giustizia (v. la Sentenza del 4 luglio 2023, *Meta c. Bundeskartellamt*, causa C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537).

³² V. il corrispondente art. 5, lett. a), della Proposta di *Regolamento* del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), Bruxelles, del 15 dicembre 2020, COM(2020) 842 final, 2020/0374(COD): il *gatekeeper* «si astiene dal

talune fattispecie inizialmente escluse. Nel testo attuale, il *gatekeeper* non può combinare i dati personali provenienti da altri servizi della piattaforma di base con i dati personali provenienti anche da servizi forniti da terzi ovvero da altri servizi forniti dallo stesso *gatekeeper*, ma diversi da quelli fruibili sulla piattaforma di base³³.

Il problema, tuttavia, è rappresentato dal fatto che l'eventuale comportamento abusivo del *gatekeeper* è agevolmente superabile nel caso in cui la piattaforma ottenga il consenso (specifico, a fronte di una precisa richiesta) da parte dell'utente. Il punto è che, abitualmente, i consumatori non prestano particolare attenzione ai consensi che rilasciano nel corso della navigazione online. Questa disposizione risulta poi dotata di minore incisività proprio per le piattaforme ecosistema: maggiori sono i servizi offerti, più estese sono le possibilità di ottenere un consenso dell'utente, il quale sarà normalmente disposto a cedere i propri dati personali a fronte di un ampio accesso ad estese funzionalità.

combinare dati personali ricavati da tali servizi di piattaforma di base con dati personali provenienti da qualsiasi altro servizio offerto dal *gatekeeper* o con dati personali provenienti da terzi e dall'accesso con registrazione degli utenti finali ad altri servizi del *gatekeeper* al fine di combinare dati personali, a meno che sia stata presentata all'utente finale la scelta specifica e che quest'ultimo abbia prestato il proprio consenso ai sensi del *Regolamento* (UE) 2016/679».

³³ Art. 5, par. 2, Reg. 2022/1925: il *gatekeeper* «a) non tratta, ai fini della fornitura di servizi pubblicitari online, i dati personali degli utenti finali che utilizzano servizi di terzi che si avvalgono di servizi di piattaforma di base del *gatekeeper*; b) non combina 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; c) non utilizza in modo incrociato dati personali provenienti dal pertinente servizio di piattaforma di base in altri servizi forniti separatamente dal *gatekeeper*, compresi altri servizi di piattaforma di base, e viceversa; e d) non fa accedere con registrazione gli utenti finali ad altri servizi del *gatekeeper* al fine di combinare dati personali».

Opportunamente, durante l'iter legislativo, il Garante europeo della privacy ha avuto cura di precisare che il consenso dell'interessato doveva essere prestato con modalità idonee a rendere l'utente pienamente consapevole dell'ampiezza del consenso che avrebbe prestato con il proprio "click". Non è pertanto un caso se il considerando n. 37 del *Regolamento* chiarisce che: «Quando richiede il consenso, il *gatekeeper* dovrebbe presentare in modo proattivo all'utente finale una soluzione intuitiva per prestare, modificare o revocare il consenso in maniera esplicita, chiara e semplice. In particolare, il consenso dovrebbe essere prestato mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile con cui l'utente finale esprime una manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile, secondo la definizione di cui al *Regolamento* (UE) 2016/679. Nel momento in cui presta il consenso, e soltanto ove pertinente, l'utente finale dovrebbe essere informato del fatto che non prestare il consenso può determinare un'offerta meno personalizzata ma che, per tutto il resto, il servizio di piattaforma di base resterà invariato e che nessuna funzionalità sarà rimossa».

La seconda disposizione che incide sulla tutela dei dati personali è l'art. 6, par. 2, secondo la quale «Il *gatekeeper* non utilizza, in concorrenza con gli utenti commerciali, dati non accessibili al pubblico generati o forniti da tali utenti commerciali».

Le disposizioni ora esaminate attengono, in definitiva, ad aspetti tra di loro complementari. Mentre l'art. 5, par. 2, vieta al *gatekeeper* di combinare i dati degli utenti ricavabili dai servizi di base con quelli desumibili da altri servizi complementari, la seconda mira ad evitare che la piattaforma si appropri dei dati prodotti dagli utenti commerciali e che li usi per sviluppare e promuovere autonomamente dei prodotti o dei servizi concorrenti. Come è evidente, è la combinazione delle

due previsioni che consente di affermare che la tutela della privacy degli utenti risulta rafforzata rispetto al GDPR.

L'ultima disposizione che è opportuno menzionare è quella che attiene alla portabilità dei dati (art. 6, paragrafi da 9 a 11, DMA). Questa previsione completa quanto già stabilito dall'art. 20, GDPR³⁴, nel senso che ne estende la portata normativa. Innanzitutto, l'art. 6, par. 9, si riferisce a qualunque tipologia di dati dell'utente e non solo a quelli personali³⁵. In secondo luogo il DMA garantisce che detta portabilità debba essere sempre gratuita, mentre il Reg. 2016/679 prevede che, in talune situazioni, la portabilità possa essere subordinata al pagamento delle spese sostenute³⁶.

Il Reg. 2022/1925, a differenza del GDPR, estende poi il diritto alla portabilità anche agli utenti commerciali. A tale proposito è esplicito l'art. 6, par. 11, DMA, il quale espressamente prevede che «Il *gatekeeper* garantisce alle imprese terze che forniscono motori di ricerca online, su loro richiesta, l'accesso a condizioni eque,

³⁴ V. art. 20, Reg. 2016/679, cit., e art. 6, Reg. 2018/1807 (*Regolamento* (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea).

³⁵ L'art. 6, par. 9, del *Regolamento* 2022/1925, infatti, impiega genericamente il termine di "dati forniti dagli utenti", senza precisare se si tratta di quelli personali (già oggetto del GDPR) ovvero di quelli non personali (a propria volta oggetto di regolamentazione solo nel *Regolamento* 2018/1807): «Il *gatekeeper* fornisce, su richiesta e a titolo gratuito, agli utenti finali e a terzi autorizzati da un utente finale l'effettiva portabilità dei dati forniti dall'utente finale o generati mediante l'attività dell'utente finale nel contesto dell'utilizzo del pertinente servizio di piattaforma di base, anche fornendo a titolo gratuito strumenti per agevolare l'effettivo esercizio di tale portabilità dei dati, nonché fornendo un accesso continuo e in tempo reale a tali dati».

³⁶ L'art. 12, par. 5, lett. a) del *Regolamento* 2016/679 prevede infatti che, in talune ipotesi, il titolare del trattamento possa richiedere un contributo spese, rapportato ai costi amministrativi sostenuti.

ragionevoli e non discriminatorie a dati relativi a posizionamento, ricerca, click e visualizzazione per quanto concerne le ricerche gratuite e a pagamento generate dagli utenti finali sui suoi motori di ricerca online». I dati che vengono ceduti, in ossequio a tale previsioni, devono essere tuttavia resi anonimi. Spetta, evidentemente, al *gatekeeper*, adottare le opportune previsioni per scongiurare il pericolo che si possano individuare in maniera specifica gli utenti che li hanno generati.

Sotto questo profilo, il DMA sembra pertanto rappresentare un vero e proprio incremento di tutela rispetto al GDPR. È infatti noto che il problema della portabilità dei dati è che lo stesso non ha senso in astratto. I dati (nonché il loro specifico valore economico) dipendono dallo specifico contesto nel quale sono generati. In altri termini, i dati degli utenti hanno senso solo all'interno del sistema nel quale sono raccolti e nel preciso momento nel quale consentono di profilare il soggetto; nel caso in cui essi vengano rimossi dal contesto di appartenenza, gli stessi perdono necessariamente valore.

Per superare questa sorta di preclusione fattuale ad un effettivo esercizio del diritto alla portabilità dei dati, da diverso tempo si suggerisce che i regolatori dovrebbero consentire un accesso *in situ* ai dati, cioè mantenendo i dati nell'ambiente nel quale si trovano e preservano, di conseguenza, il collegamento tra i dati stessi e gli algoritmi utilizzati per procedere alla profilazione.

Ad un riscontro del testo normativo, sembrerebbe che il legislatore dell'Unione abbia voluto garantire non solo un diritto di astratta portabilità, ma un vero e proprio accesso *in-situ* ai dati degli utenti, in modo da mantenere integro il valore economico e l'attualità delle informazioni acquisite, laddove questo si renda necessario per l'esercizio effettivo del diritto («fornendo un accesso continuo e in tempo reale a tali dati»).

In sintesi, il DMA sembra essere maggiormente ispirato ad una tutela della privacy e della vita privata online. Rimane pertanto da vedere con quale discrezionalità la Commissione riterrà di applicare il *Regolamento*: è chiaro che solo un'applicazione rigorosa del *Regolamento* 2022/1925 consentirebbe di proteggere effettivamente la privacy degli utenti e di completare anche quegli aspetti che non risultano salvaguardati in maniera soddisfacente nel *Regolamento* sulla tutela dei dati personali.

GIANLUCA CONTALDI

Bibliografia

Autorité de la Concurrence, Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, 2016, reperibile online al sito www.bundeskartellamt.de; M.E. Stucke – A.P. Grunes, *Big Data and Competition Policy*, Oxford, 2016; J. Crémer . – Y.-A. De Montjoye – H. Schweitzer, *Competition Policy for the Digital Era, Final Report*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2019, reperibile online al sito ec.europa.eu; AGCM, AGCOM, *Garante protezione dati personali, Indagine conoscitiva sui Big Data*, Roma, 2019, reperibile online al sito: www.garanteprivacy.it; J. Furman et al., *Unlocking Digital Competition - Report of the Digital Competition Expert Panel*, London, 2019, reperibile al sito assets.publishing.service.gov.uk; Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, *Investigation of Competition in Digital Markets*, reperibile al sito <https://judiciary.house.gov>; A. Manganeli, *Il regolamento EU per i mercati digitali: ratio, criticità e prospettive di evoluzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, p. 473 ss.; P. Manzini, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, in

- G. Caggiano – G. Contaldi – P. Manzini (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Bari, 2021, p. 99 ss.; M. Libertini, *Il regolamento europeo sui mercati digitali e le norme generali in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, p. 1069 ss.; L. Torchia, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, p. 1101 ss.; A. Iannotti della Valle, *Il Digital Markets Act e il ruolo dell'Unione europea verso un costituzionalismo digitale*, in *Giur. cost.*, 2022, p. 1867 ss.; A. C. Witt, *The Digital Markets Act - Regulating the Wild West*, in *Common Market Law Review*, 2023, p. 625 ss.; F. Battaglia, *Il consumatore digitale*, Napoli, 2023; G. Contaldi, *Il DMA (Digital Markets Act) può contribuire alla protezione dei dati degli utenti online?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2023, p. 77 ss.; R. Podszun, *From Competition Law to Platform Regulation – Regulatory Choices for the Digital Markets Act*, in *Economics*, 2023, p. 1 ss.; D. M. Manescu, *Legislation Comment: Considerations on the Digital Markets Act, the Way to a Fair and Open Digital Environment*, in *European Business Law Review*, 2024, p. 289 ss.; J. Moscianese – O. Pollicino (a cura di), *Concorrenza e regolamentazione nei mercati digitali*, Torino, 2024; A. Reyna, *DMA and DSA Effective Enforcement – Key to Success*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2024, p. 320 ss.; G. Caratozzolo, *The Digital Markets Act in action: analysis of the early practice of the Commission*, in rivista. eurojus.it, 2024, p. 141 ss.; J.-U. Frank – M. Peitz, *The Digital Markets Act and the Whack-a-mole Challenge*, in *Common Market Law Review*, 2024, p. 299 ss.

IL *DIGITAL SERVICES ACT* E IL SUO IMPATTO SULLA CONCORRENZA NEL MERCATO INTERNO

Sommario: **I.** Introduzione. – **II.** Gli obiettivi del *Digital Services Act* (DSA) e gli elementi essenziali del nuovo quadro regolatorio sui servizi digitali. – **III.** DSA e concorrenza nei mercati digitali. – III.1 Le norme riconducibili allo sfruttamento di dati personali. – III.2. Gli obblighi in materia di trasparenza. – **IV.** Le prime controversie davanti alla Corte di giustizia sui criteri di designazione delle *Very Large Online Platforms* (VLOPs). – IV.1. Competitività e posizione dei consumatori nel mercato digitale a seguito dell'adozione del DSA. – **V.** Il sistema di controllo previsto dal DSA. – **VI.** Considerazioni conclusive.

I. Introduzione

Il *Digital services Act* (DSA) è entrato in vigore il 16 novembre 2022¹, venti giorni dopo la sua pubblicazione in Gazzetta ufficiale, ed è diventato pienamente applicabile il 17 febbraio 2024. Fino a quella data ha prodotto i suoi effetti solo parzialmente, nella misura in cui, come stabilito all'art. 93, in una prima fase, che ha avuto inizio il 25 agosto 2023, si è applicato unicamente nei confronti delle imprese che nel frattempo la Commissione aveva designato come piattaforme online di dimensioni molto grandi (VLOP) o motori di ricerca di dimensioni molto grandi (VLOSE)².

¹ 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), in *GUUE* del 27 ottobre 2022, L 277, pp. 1-102.

² La Commissione ha pubblicato un primo elenco di VLOP e VLOSE il 25 aprile 2023, che riguar-

Il DSA, insieme al *Digital Markets Act* (DMA)³, costituisce probabilmente uno dei pilastri portanti dell'articolato quadro normativo che l'Unione europea, attuando l'impegno preso a partire dall'adozione della *Strategia 2015*⁴ e ribadito nella comunicazione *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*⁵, ha adottato per favorire la realizzazione di un mercato unico digitale sicuro e aperto, che salvaguardi i diritti fondamentali degli utenti, nell'ottica di promuovere la c.d. sovranità digitale europea.

Invero, mentre, da un lato, il DMA è direttamente inquadrabile nel settore della concorrenza, dal momento in cui mira a garantire la contendibilità e l'equità dei

dava i seguenti servizi: AliExpress, Amazon Store, App Store, Booking, Google Search, Google Play, Google Maps, Google Shopping, Youtube, Shein, LinkedIn, Facebook, Instagram, Bing, Pinterest, Snapchat, Stripchat, TikTok, X, Wikipedia, Zalando. Da quel giorno, le imprese interessate, hanno avuto quattro mesi di tempo, fino al 25 agosto successivo per adeguarsi a tutti gli obblighi di cui al DSA. Successivamente, la Commissione ha integrato la lista in questione, includendo anche i seguenti servizi: XXX, Stripchat, Temu, XVideos, Pornhub.

³ 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), in *GUUE* del 12 ottobre 2022, pp. 1-66.

⁴ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions, *A Digital Single Market Strategy for Europe*, 6 May 2015, COM(2015) 192 final.

⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Shaping Europe's Digital Future*, COM(2020) 67 final, 19 February 2020.

mercati digitali, in particolare predisponendo un innovativo sistema di regole nei confronti dei *gatekeepers*, complementari rispetto agli obblighi di cui agli artt. 101 e 102 TFUE, il DSA, dall'altro lato, agisce in un settore differente, ponendosi l'obiettivo di rafforzare la responsabilità dei prestatori di determinati servizi della società dell'informazione, gli intermediari, in particolar modo le piattaforme *online*. In generale, infatti, il DSA vuole innovare la disciplina contenuta nella direttiva sul commercio elettronico⁶, mantenendo, al contempo, i principi essenziali da essa stabiliti⁷. Partendo, quindi, dagli obiettivi perseguiti da quest'ultima, il DSA introduce una serie di novità, in parte codificando la giurisprudenza della Corte in tale materia, sulla trasparenza, sugli obblighi di informazione e sulla responsabilità degli intermediari, secondo un modello, come si vedrà nel prosieguo, piramidale, in cui gli obblighi si fanno sempre più intensi man mano che aumenta il tipo di attività e la dimensione del prestatore.

Tuttavia, a prescindere dalla sua finalità principale, il DSA avrà certamente un impatto significativo anche sulla concorrenza, ridefinendo le strutture dei costi di impresa e le dinamiche di interazione tra gli attori del mercato e tra questi e le istituzioni dell'Unione. In tal senso, il regolamento, predisponendo un sistema di obblighi piramidali, pone in capo alle VLOP e ai VLSE non solo degli oneri economici, il che costituisce certamente l'aspetto meno

rilevante, ma anche degli obblighi che potrebbero incidere fortemente sulle loro capacità competitive. Tra questi, i più rilevanti sono quelli in materia di trasparenza, soprattutto in relazione al trattamento dei dati personali, che al momento sono quelli maggiormente contestati dalle imprese finora designate come VLOP o VLSE, sebbene anche le disposizioni più strettamente legate alla libertà di informazione, come quelle in materia di diffusione dei contenuti illegali o di moderazione dei contenuti, potrebbero incidere sulla concorrenza⁸.

Muovendo da questo presupposto, il presente lavoro prenderà, quindi, in esame il DSA dalla prospettiva del diritto della concorrenza. A tal fine, dopo una breve ricostruzione degli obiettivi del e degli elementi essenziali del nuovo quadro regolatorio sui servizi digitali, si prenderanno in esame gli aspetti di quest'ultimo che sono maggiormente collegati alla concorrenza, soprattutto quelli che riguardano i dati e gli obblighi di trasparenza, anche alla luce della prime controversie proposte davanti alla Corte di giustizia dalle imprese designate come VLOP e VLSE.

II. Gli obiettivi del *Digital Services Act* (DSA) e gli elementi essenziali del nuovo quadro regolatorio sui servizi digitali

Come detto, l'obiettivo del DSA è di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno dei servizi intermediari, stabilendo norme armonizzate per un ambiente *online* sicuro, prevedibile e affidabile.

⁸ Sulla relazione tra libertà di informazione e concorrenza, cfr. O. Pallotta, «Antitrust e pluralismo dell'informazione nel diritto UE: un'alternanza in favore della democrazia», in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2023, pp. 109-134.

⁶ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»), in *GUCE* L 178 del 10 luglio 2000, pp. 1-16.

⁷ In tal senso, cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione sulla legge sui servizi digitali: adeguare le norme di diritto commerciale e civile per i soggetti commerciali che operano online (2020/2019(INL)).

Ai sensi dell'art. 2, par. 1, il nuovo quadro regolatorio si applica ai servizi intermediari offerti a destinatari il cui luogo di stabilimento si trova nell'Unione o che sono ubicati nell'Unione, indipendentemente dal luogo di stabilimento di tali prestatori. A tal fine, quindi, stabilisce, in particolare, norme sulla responsabilità degli intermediari, sul dovere di diligenza e sugli obblighi di trasparenza.

In linea di principio, quindi, il DSA si caratterizza per una almeno potenziale applicazione extraterritoriale, in linea di continuità con altre norme settoriali che regolano il mercato digitale, come il regolamento sul *geoblocking*⁹. Sotto il profilo dei destinatari, invece, il regolamento, sulla scia di quanto sancito nella direttiva sul commercio elettronico, suddivide i servizi di intermediazione in tre categorie: semplice trasporto (*mere conduit*), memorizzazione temporanea (*caching*) e memorizzazione di informazioni (*hosting*)¹⁰. Nell'ambito

dei servizi di memorizzazione temporanea il DSA ricomprende le piattaforme *online*, cioè quei servizi che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde informazioni al pubblico ad un numero illimitato di terzi, come i *social networks* o le piattaforme che consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza con operatori commerciali. All'interno di queste ultime, vanno distinte quelle che la Commissione designa VLOP¹¹, le quali, alla stregua dei VLOSE, devono rispettare una serie di obblighi supplementari in materia di informazione e trasparenza e sono soggette a controlli più stringenti, alla luce dell'importanza che rivestono nel facilitare il dibattito pubblico, le operazioni economiche e la diffusione al pubblico di informazioni, opinioni e idee e nell'influenzare il modo in cui i destinatari ottengono e comunicano informazioni *online*.

Quanto agli obblighi previsti, occorre fare la differenza tra quelli che vincolano tutti gli intermediari, quelli specifici rivolti alle piattaforme *online* e quelli che, secondo una logica piramidale, sono indirizzati a VLOP e VLSOE.

⁹ Regolamento (UE) 2018/302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 febbraio 2018, recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno e che modifica i regolamenti (CE) n. 2006/2004 e (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, in GUUE L 601 del 2 marzo 2018, pp. 1-15.

¹⁰ Invero la definizione di servizi di intermediazione contenuta nel DSA, al pari di quella di cui alla direttiva sul commercio elettronico, appare particolarmente ampia, il che risulta controproducente sia perché finisce per far confluire al suo interno attività tra loro differenti, sia perché non risolve talune problematiche emerse in fase di applicazione della direttiva *e-commerce*, come quella relativa all'esclusione dal suo campo di applicazione di alcune sembrano, invece, avere natura di intermediazione. In tal senso, il riferimento è alla differente qualificazione di UberPop e Airbnb da parte della Corte di giustizia (Sentenza della Corte, Grande Sezione, del 20 dicembre 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber Systems Spain SL*, causa C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981; Sentenza della Corte, Grande Sezione, del 19 dicembre 2019, *Procedimento penale a carico di X*, causa C-390/18, ECLI:EU:C:2019:1112).

¹¹ La designazione delle VLOP e delle VLSOE è regolata all'art. 33 del DSA, ai sensi del quale «la Commissione, previa consultazione dello Stato membro di stabilimento o tenuto conto delle informazioni fornite dal coordinatore dei servizi digitali del luogo di stabilimento a norma dell'articolo 24, paragrafo 4, adotta una decisione che designa come piattaforma *online* di dimensioni molto grandi o motore di ricerca *online* di dimensioni molto grandi ai fini del presente regolamento la piattaforma *online* o il motore di ricerca *online* con un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio pari o superiore al numero di [45 milioni]. La Commissione adotta la propria decisione sulla base dei dati comunicati dal fornitore della piattaforma *online* o del motore di ricerca *online* a norma dell'articolo 24, paragrafo 2, o delle informazioni richieste a norma dell'articolo 24, paragrafo 3, e di qualsiasi altra informazione a sua disposizione». La Commissione pone fine alla designazione se, per un periodo ininterrotto di un anno, la piattaforma *online* o il motore di ricerca *online* non ha il detto numero medio mensile di destinatari attivi.

Per quanto concerne le disposizioni applicabili a tutti gli intermediari, il DSA, per prima cosa, definisce il regime di responsabilità. In tal senso, ricalca il modello della direttiva sul commercio elettronico e, pertanto, conferma il principio esenzione, a talune condizioni, della responsabilità degli intermediari¹². Esenzione che, però, come sancito dalla Corte¹³, non dovrebbe applicarsi allorché il prestatore, anziché limitarsi a una fornitura neutra del servizio mediante un trattamento puramente tecnico e automatico delle informazioni fornite dal destinatario, svolga un “ruolo attivo”, alla luce del quale si presume che abbia acquisito la conoscenza o il controllo di tali informazioni¹⁴. Sempre nell’ambito degli

obblighi di carattere generale, poi, il regolamento contiene alcune disposizioni innovative in materia di contrasto ai contenuti illegali e di informazione. In particolare, codificando la consolidata giurisprudenza della Corte in tale materia¹⁵, l’art. 9, par. 1, stabilisce che i prestatori di servizi d’intermediazione, appena ricevono l’ordine di contrastare uno o più specifici contenuti illegali, informano, senza indebito ritardo, l’autorità giudiziaria o amministrativa emittente del seguito dato all’ordine. Infine, per concludere con gli obblighi che vincolano uniformemente tutti i destinatari del regolamento, quest’ultimo, agli artt. da 11 a 16, contiene delle norme in materia di diligenza e trasparenza. Per quanto concerne il primo aspetto, tra le cose più importanti, l’art. 12, par. 1, sancisce che i prestatori di servizi intermediari debbano designare dei punti di contatto che consentano ai destinatari del servizio di comunicare direttamente e rapidamente con loro, anche consentendo di scegliere mezzi di comunicazione che non si basino unicamente su servizi automatizzati, mentre l’art. 14 stabilisce che i prestatori di servizi intermediari includano nelle loro condizioni generali informazioni sulle restrizioni che impongono in relazione all’uso dei loro servizi per quanto riguarda le informazioni fornite dai destinatari del servizio. Invece, relativamente ai doveri di trasparenza, l’art. 15, par. 1, dispone che i prestatori di servizi intermediari mettano a disposizione del pubblico, in un formato leggibile meccani-

¹² Ad ogni modo, in considerazione della diversa natura delle attività di semplice trasporto, memorizzazione temporanea e memorizzazione di informazioni nonché delle diverse posizioni e capacità dei prestatori dei servizi in questione, il DSA, agli artt. da 4 a 6 distingue talune norme specifiche applicabili alle singole attività, che in questa sede, per esigenze di sintesi non possono essere approfondite.

¹³ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 23 marzo 2010, *Google France*, cause riunite C-236/08, C-237/08, C-238/08, ECLI:EU:C:2008:389; Sentenza della Corte (grande sezione) del 12 luglio 2011, *L’Oréal SA e altri c. eBay International AG e altri*, causa C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474; Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 22 giugno 2021, *Frank Peterson c. Google LLC e a. e Elsevier Inc. c. Cyando AG*.

¹⁴ In tal senso, vale la pena rilevare che, sebbene l’art. 6 non modifichi il previgente sistema di esenzione di responsabilità delle piattaforme, il DSA obbliga queste ultime a predisporre taluni strumenti di segnalazione dei possibili contenuti illeciti, che servono a metterle a conoscenza della situazione. In particolare, l’art. 16 stabilisce «i prestatori di servizi di memorizzazione di informazioni predispongono meccanismi per consentire a qualsiasi persona o ente di notificare loro la presenza nel loro servizio di informazioni specifiche che tale persona o ente ritiene costituiscano contenuti illegali. Tali meccanismi sono di facile accesso e uso e consentono la presentazione di segnalazioni esclusivamente per via elettronica [...] si considera che le segnalazioni di cui al presente articolo permettono di acquisire una conoscenza o consapevolezza effettiva ai fini dell’articolo 6 in relazione alle specifiche informazioni in

questione qualora consentano a un prestatore diligente di servizi di memorizzazione di informazioni di individuare l’illegalità della pertinente attività o informazione senza un esame giuridico dettagliato».

¹⁵ In particolare, cfr. Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 15 settembre 2016, *Tobias Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany GmbH*, causa C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689; Sentenza della Corte (Quarta Sezione) del 27 marzo 2014, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH e Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, causa C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192.

camente e in modo facilmente accessibile, almeno una volta all'anno, relazioni chiare e facilmente comprensibili sulle attività di moderazione dei contenuti svolte durante il periodo di riferimento.

Affianco a queste norme rivolte a tutti i prestatori, il DSA prevede poi delle disposizioni indirizzate solo alle piattaforme *online*, che per motivi di spazio possiamo solo richiamare. Queste riguardano la predisposizione di sistemi interni di gestione dei reclami; la scelta dei meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie; il trattamento delle segnalazioni presentate da alcune specifiche categoria di segnalatori, c.d. attendibili; la progettazione e l'organizzazione delle interfacce *online*; la trasparenza dei sistemi di raccomandazione; nonché la protezione dei minori.

Infine, l'insieme di obblighi più rilevante, soprattutto in termini di impatto sul diritto della concorrenza, è quello ricompreso agli artt. da 33 a 43 e rivolto alle VLOP e ai VLSE. Tali disposizioni, in termini generali, contengono regole in materia valutazione e attenuazione dei rischi, predisposizione di meccanismi di risposta alle crisi, sistemi di raccomandazione, la trasparenza delle pubblicità *online*, obblighi in materia di relazioni di trasparenza. Tali obblighi, soprattutto quelli di maggior rilievo ai fini della presente analisi saranno esaminati più in dettaglio nel prosieguo.

III. DSA e concorrenza nei mercati digitali

Come anticipato, il presupposto della presente analisi è che il DSA, ridefinendo le strutture dei costi di impresa e le dinamiche di interazione tra gli attori del mercato e tra questi e le istituzioni dell'Unione, produca un effetto sulla concorrenza, sia nei confronti delle piattaforme più piccole

che di quelle più grandi. Da questo punto di vista, appare evidente come il regolamento in parola, al pari del DMA, provi a raggiungere un equo bilanciamento tra due interessi apparentemente contrapposti: da un lato, l'esigenza di rafforzare i diritti degli utenti, dall'altro la necessità di non ostacolare lo sviluppo e la diffusione dei servizi digitali, nonché la concorrenza tra le imprese operanti in tale settore. Bilanciamento che, tuttavia, talvolta non appare pienamente raggiunto, anche in ragione di due difficoltà incontrate durante l'*iter* legislativo, cioè la necessità di adottare l'atto in tempi rapidi e la difficoltà nel portare a sintesi le diverse posizioni di partenza degli Stati membri su numerosi aspetti.

In tale contesto, per quanto qui di interesse, rivestono particolare interesse soprattutto i nuovi obblighi in capo ai VLOP e VLOSE, poiché questi sono quelli che hanno una più significativa portata innovatrice e, pertanto, più degli altri, potrebbero incidere sulla concorrenza, soprattutto tra loro e le altre piattaforme che, pur avendo un numero significativamente elevato di utenti, non raggiungono le soglie per essere designate come VLOP o VLOSE. In particolare, ciò su cui ci si soffermerà principalmente sono le disposizioni riconducibili alla sfera della tutela dei dati personali, nonché gli obblighi di trasparenza.

III.1. Le norme riconducibili allo sfruttamento de dati personali dati personali

L'importanza dei dati nel mercato unico digitale è nota da lungo tempo, così come è da tempo evidente che, sotto un profilo giuridico, nel mondo digitale si sia creata una sempre più stretta convergenza tra tre discipline differenti: la tutela dei dati personali, il diritto della concorrenza e la tutela dei consumatori. D'altronde, come rilavo dalla Corte nel caso *Meta Platforms*, l'accesso ai dati personali e la possibilità di

trattamento di tali dati sono diventati un parametro significativo della concorrenza fra imprese dell'economia digitale¹⁶.

A tal riguardo, per avere un'idea dei risvolti economici e concorrenziali legati al trattamento dei dati, basti richiamare il caso pendente davanti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) sulla questione relativa all'*App Tracking Transparency Policy* (ATT), cioè il sistema di acquisizione del consenso al tracciamento dei dati per fini pubblicitari che devono utilizzare tutti gli sviluppatori di *app* che intendono avvalersi del negozio *online* App Store¹⁷. Il sistema ATT previsto da Apple, infatti, prevede per gli sviluppatori terzi regole più restrittive rispetto a quelle che Apple applica a se stessa. Ad esempio, nella "finestra a comparsa" che appare agli utenti di *app* sviluppate da terzi ai fini dell'acquisizione del consenso al tracciamento dei propri dati si pone visivamente in maggior risalto l'ipotesi di negazione del consenso, mentre quando si tratta delle *app* sviluppate direttamente da Apple appare in primo piano l'opzione "positiva" del consenso. Le conseguenze pratiche della strategia adottata da Apple sembrerebbero significative, visto che, a quanto risulta nell'istruttoria, si stima che, in termini approssimativi, solo il 30% degli utenti di *app* sviluppate da terzi abbia prestato il proprio consenso, il che ha ridotto la capacità di profilazione di tali sviluppatori e ha aumentato del 150% il costo d'acquisto da parte degli inserzionisti degli spazi pubblicitari sulle *app* concorrenti di Apple. Di conseguenza, si sarebbe verificata una riduzione delle vendite da parte di questi ultimi degli spazi pubblicitari, con conseguente riduzione di oltre il 50% dei ricavi, il che avrebbe comportato per i

principali sviluppatori concorrenti di Apple mancati ricavi, nel 2022, per circa 9 miliardi di euro. D'altronde, l'importanza dei dati in termini economici è anche confermata dalla sempre più diffusa prassi del *pay or consent*, cioè quella pratica per cui la richiesta del consenso al trattamento dei dati personali viene posta come alternativa al pagamento di un abbonamento¹⁸.

Relativamente agli aspetti appena citati, il DSA contiene alcune significative novità legate al trattamento dei dati da parte delle grandi piattaforme. In particolare, l'art. 38 sancisce che i VLOP e i VLOSE che utilizzano sistemi di raccomandazione assicurano almeno un'opzione per ciascuno dei loro sistemi di raccomandazione, non basata sulla profilazione¹⁹. Ciò potrebbe limitarle

¹⁸ In merito al ricorso a tale pratica da parte delle piattaforme molto grandi, si è espresso in maniera piuttosto critica l'*European Data Protection Board* in un parere del 17 aprile 2024. Secondo l'EDPB, il sistema del *pay or consent* deve rispettare taluni principi, come quelli di equità e trasparenza, che non devono rendere tale scelta binaria. A suo parere, quindi, per garantire un'autentica possibilità di scelta, i responsabili del trattamento dovrebbero prendere in considerazione la possibilità di offrire un'ulteriore alternativa gratuita, senza pubblicità comportamentale. Questa alternativa non deve comportare alcun trattamento a fini di pubblicità comportamentale e può essere, ad esempio, una versione del servizio con una diversa forma di pubblicità che comporta il trattamento di una quantità minore (o nulla) di dati personali, ad esempio pubblicità contestuale o generale o pubblicità basata su argomenti selezionati dall'interessato da un elenco di argomenti di interesse (Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms Adopted on 17 April 2024).

¹⁹ Con riferimento ai sistemi di raccomandazione, vale la pena di ricordare che il DSA contiene anche degli obblighi, indirizzati a tutte le piattaforme, a tutela dei minori. In tal senso, l'art. 28 afferma: «2. i fornitori di piattaforme online non presentano sulla loro interfaccia pubblicità basata sulla profilazione come definita all'articolo 4, punto 4), del regolamento (UE) 2016/679 che usa i dati personali del destinatario del servizio se sono consapevoli, con ragionevole certezza, che il destinatario del servizio è minore. 3. Il rispetto degli obblighi di cui al presente articolo non obbliga i fornitori di

¹⁶ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 4 luglio 2023, *Meta Platforms e a.*, causa C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537, punto 51.

¹⁷ Autorità garante della concorrenza e del mercato, *App Tracking Transparency di Apple*, A561, istruttoria avviata il 2 maggio 2023.

in maniera importante nello sfruttamento dei sistemi di profilazione, che, come noto, costituiscono una delle loro principali fonti di profitto, con evidenti ripercussioni, anche significative, in termini di competitività. Non è, quindi, un caso che, come si vedrà, la disposizione in parola è stata una delle prime disposizioni del DSA ad essere impugnate davanti alla Corte.

L'art. 38, tra l'altro, deve essere letto congiuntamente ad altre due norme del DSA: gli artt. 27 e 46. La prima, che è rivolta a tutte le piattaforme e non solo a VLOP e VLOSE, mira a rendere più trasparenti i sistemi di raccomandazione. Secondo tale disposizione, infatti, i fornitori di piattaforme *online* devono specificare nelle loro condizioni generali, in un linguaggio chiaro e intellegibile, i principali parametri utilizzati nei loro sistemi di raccomandazione, nonché qualunque opzione a disposizione dei destinatari del servizio che consenta loro di modificare o influenzare tali parametri principali. La seconda, invece, stabilisce che la Commissione incoraggia l'elaborazione di codici di condotta volontari a livello di Unione da parte dei fornitori di piattaforme *online*, i quali devono perseguire un'efficace trasmissione delle informazioni, che rispetti pienamente i diritti e gli interessi di tutte le parti coinvolte, nonché un ambiente competitivo, trasparente ed equo nella pubblicità *online*, conformemente al diritto dell'Unione e nazionale, in particolare in materia di concorrenza e protezione della vita privata e dei dati personali. Tali codici devono avere ad oggetto, tra le altre cose, informazioni significative sulla monetizzazione dei dati.

Infine, per concludere con gli aspetti collegati, tra le altre cose, ai dati personali, vale la pena di ricordare che l'art. 34 stabilisce che i VLOP e i VLOSE individuano, analizzano e valutano con diligenza gli eventuali rischi sistemici nell'Unione derivanti

dalla progettazione o dal funzionamento del loro servizio e dei suoi relativi sistemi, compresi i sistemi algoritmici. Tali rischi devono ricomprendere eventuali effetti negativi, attuali o prevedibili, per l'esercizio dei diritti fondamentali, in particolare i diritti fondamentali alla dignità umana, al rispetto della vita privata e familiare, alla tutela dei dati personali alla libertà di espressione e di informazione, inclusi la libertà e il pluralismo dei media, al rispetto dei diritti del minore, all'elevata tutela dei consumatori. Naturalmente, quest'ultima è una norma di portata ampia, che non impatta solo sulla tutela dei dati personali, ma sulla tutela del consumatore più in generale. Ad esempio, sul rispetto della disposizione in parola la Commissione ha aperto un'indagine nei confronti di AliExpress perché sospetta che, nonostante i termini e le condizioni specifiche previste da quest'ultima, che vietano la vendita di determinati beni in considerazione dei potenziali rischi per la tutela dei consumatori, ad esempio taluni farmaci o alimenti potenzialmente dannosi per la salute, compresi gli integratori alimentari, o alcuni prodotti rischiosi per i minori, soprattutto quelli pornografici, tali contenuti siano ampiamente disponibili e diffusi attraverso AliExpress, nonostante il fornitore in questione sia consapevole della loro presenza sulla piattaforma. In questo contesto, quindi, la Commissione sospetta che AliExpress non abbia diligentemente identificato, analizzato e valutato l'impatto dell'applicazione di tali termini e condizioni su tali rischi e, pertanto, che non abbia messo in atto misure ragionevoli, proporzionate ed efficaci per garantire l'effettiva applicazione di tali termini e condizioni al fine di mitigare tali rischi²⁰.

piattaforme online a trattare dati personali ulteriori per valutare se il destinatario del servizio sia minore».

²⁰ Commission decision initiating proceedings pursuant to Article 66(1) of Regulation (EU) 2022/2065, 14 March 2024, 14.3.2024 C(2024) 1811 final.

III.2. Gli obblighi in materia di trasparenza

Le regole in materia di trasparenza, per diverse ragioni, hanno chiaramente la forza di incidere sulla concorrenza. Ad esempio, esse potrebbero obbligare alcune tipologie di imprese a rendere pubbliche talune delle loro strategie di mercato, con beneficio delle imprese concorrenti, oppure, nell'ottica di affermare la capacità di autodeterminazione degli utenti, potrebbero rafforzare i sistemi di informazione nei confronti di questi ultimi, il che può avere importanti ricadute sulle loro scelte, come si è visto nel caso ATT. Da questo punto di vista, la trasparenza svolge un ruolo importante nel rapporto tra il diritto della concorrenza e i diritti fondamentali, poiché facilita l'adozione di decisioni consapevoli da parte degli attori economici e svolge un ruolo di salvaguardia contro le interferenze indesiderate del mercato.

Il DSA, come in parte anticipato, interviene in modo significativo su questi aspetti, introducendo una serie di novità rilevanti. Tra queste, in particolare, giova richiamare l'art. 39, di cui si parlerà in maniera più approfondita nel prosieguo del lavoro, trattandosi di una delle disposizioni più contestate da parte di VLOP e VLOSE, ai sensi del quale i VLOP e i VLOSE che presentano pubblicità sulle loro interfacce *online* compilano e rendono accessibile al pubblico un registro contenente talune informazioni, tra cui: *a)* il contenuto della pubblicità; *b)* la persona fisica o giuridica per conto della quale viene presentata la pubblicità; *c)* la persona fisica o giuridica che ha pagato la pubblicità; *d)* il periodo durante il quale è stata presentata la pubblicità; *e)* un'indicazione volta a precisare se la pubblicità sia destinata a essere presentata a uno o più gruppi specifici di destinatari del servizio e, in tal caso, i principali parametri utilizzati a tal fine, compresi, se del caso, i principali parametri utilizzati per escludere uno o più

di tali particolari gruppi; *f)* le comunicazioni commerciali pubblicate sulle piattaforme; *g)* il numero totale di destinatari raggiunti.

Inoltre, l'art. 42 stabilisce per i VLOP e i VLOSE delle regole aggiuntive in materia di relazioni di trasparenza rispetto a quelle previste, ai sensi dell'art. 15, nei confronti di tutte le altre piattaforme²¹. Segnatamente, l'art. 42 dispone che le relazioni presentate da VLOP e VLOSE debbano contenere un maggior numero di informazioni rispetto a quelle *standard*.

Infine, risulta collegato al principio di trasparenza anche quanto sancito in materia di progettazione delle interfacce all'art. 25, norma applicabile a tutte le piattaforme. Secondo tale disposizione, i fornitori di piattaforme *online* non progettano, organizzano o gestiscono le loro interfacce *online* in modo tale da ingannare o manipolare i destinatari dei loro servizi o da materialmente falsare o compromettere altrimenti la capacità dei destinatari dei loro servizi di prendere decisioni libere e informate. Tale divieto, però non si applica alle pratiche contemplate dalla direttiva sulle pratiche commerciali sleali²² e dal regolamento generale sulla protezione dei dati personali (RGPD)²³. Per rendere

²¹ Si ricorda che, in base all'art. 15 «I prestatori di servizi intermediari mettono a disposizione del pubblico, in un formato leggibile meccanicamente e in modo facilmente accessibile, almeno una volta all'anno, relazioni chiare e facilmente comprensibili sulle attività di moderazione dei contenuti svolte durante il periodo di riferimento».

²² Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, in *GUUE* del 11 giugno 2005, L 149, pp. 22-39.

²³ 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

più efficace la norma in parola, inoltre, è previsto che la Commissione possa emanare orientamenti che riguardano specifiche pratiche, in particolare *a)* attribuire maggiore rilevanza visiva ad alcune scelte quando si richiede al destinatario del servizio di prendere una decisione; *b)* chiedere ripetutamente che un destinatario del servizio effettui una scelta laddove tale scelta sia già stata fatta, specialmente presentando *pop-up* che interferiscano con l'esperienza dell'utente; *c)* rendere la procedura di disdetta di un servizio più difficile della sottoscrizione dello stesso.

L'art. 25 è evidentemente una norma intende limitare alcune delle pratiche maggiormente sfavorevoli per gli utenti, come l'indirizzamento delle loro scelte e la richiesta ripetuta del consenso. Tuttavia, vale la pena sottolineare come la versione approvata risulti avere una portata ben più ristretta di quella inizialmente proposta. Nella prima bozza del DSA, infatti, non erano escluse dal suo ambito di applicazione le pratiche contemplate dalla direttiva sulle pratiche commerciali sleali e dal RGPD. Inoltre, era espressamente sancito l'obbligo per i prestatori di servizi intermediari di astenersi *a)* dall'attribuire maggiore rilevanza visiva a qualsiasi opzione di consenso nel chiedere al destinatario del servizio di prendere una decisione; *b)* dal chiedere ripetutamente che un destinatario del servizio acconsenta al trattamento dei dati, qualora tale consenso sia stato negato in conformità dell'art. 7, par. 3, del RGPD.

IV. Le prime controversie davanti alla Corte di giustizia sui criteri di designazione delle *Very Large Online Platforms* (VLOPs)

L'impatto che il DSA può avere in termini di concorrenza emerge in maniera evidente nei ricorsi proposti dalle imprese che per prime sono state designate come VLOP o VLOSE. In tal senso, i primi casi sono stati quelli di Zalando²⁴ e Amazon²⁵, i quali, invero, pur perseguendo il medesimo obiettivo, hanno un'impostazione differente.

Da un lato, Zalando ha contestato l'applicabilità nei suoi confronti del DSA nella sua interezza e, più in particolare, la base giuridica della decisione attraverso cui la Commissione l'ha designata VLOP, cioè l'art. 33 del DSA. Dall'altro lato, Amazon ha messo in discussione gli obblighi che scaturiscono da tale designazione, segnatamente i citati artt. 38 e 39 del DSA, che a suo giudizio si baserebbero su un criterio discriminatorio e violerebbero in modo sproporzionato il principio della parità di trattamento.

Nel primo caso, Zalando ha sostenuto che il DSA non fosse applicabile nei suoi confronti, in quanto i servizi da essa prestati non sarebbero qualificabili come servizi di intermediazione. Dal suo punto di vista, infatti, essa conferirebbe contenuti propri e avrebbe fatto integralmente propri anche quelli dei suoi *partner*, mediante un rigoroso processo di *onboarding*. In ogni caso, a suo parere, anche volendo considerare una parte del servizio da essa fornito come piattaforma *online*, quest'ultimo non raggiungerebbe la soglia dei 45 milioni di utenti attivi al mese, come previsto dal DSA ai fini della

circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), in *GUUE* del 4 maggio 2016, L 119, pp. 1-88.

²⁴ Ricorso proposto il 27 giugno 2023, *Zalando/Commissione*, causa T-348/23.

²⁵ Ricorso proposto il 5 luglio 2023, *Amazon Services Europe/Commissione*, causa T-367/23.

designazione come VLOP. In merito a tali argomentazioni, tuttavia, benché la definizione di piattaforma *online* fornita dal DSA presenti elementi di ambiguità, non sembra condivisibile la posizione della ricorrente, nella misura in cui essa, come indicato sul suo sito Internet, non si limita a vendere prodotti propri, ma anche quelli di imprese partner, mettendo, quindi, in contatto consumatori e venditori. Quando si compra un prodotto, infatti, nella pagina di acquisto viene indicato se si tratta di un prodotto venduto da Zalando o da terzi.

Più complessa risulta, invece, la questione della quantificazione del numero di utenti della piattaforma. In tal senso, vale la pena di ricordare che lo stesso art. 33, par. 3, del DSA fa riferimento alla possibilità che in futuro vengano adottati atti delegati tesi a definire la metodologia per il calcolo del numero medio mensile di utenti attivi. A tal riguardo, tra l'altro, la Commissione, in un documento informativo pubblicato a seguito dell'entrata in vigore del DSA, nel chiarire il sistema che le piattaforme devono utilizzare per conteggiare i destinatari attivi del servizio, ha richiamato, per prima cosa, gli atti delegati di cui all'art. 33, par. 3, qualora essi siano stati adottati. Ciò, quindi, lascia presagire che questo sarà un aspetto su cui l'esecutivo dell'Unione interverrà in tempi piuttosto rapidi, il che non significa che fino ad allora l'art. 33 del DSA non sia applicabile.

Passando, invece, al caso *Amazon*, come detto, quest'ultimo ha fondato il proprio ricorso sulla portata degli obblighi di cui agli artt. 38 e 39 del DSA. Per quanto riguarda la prima disposizione, Amazon la riterrebbe discriminatoria nei suoi confronti, nonché pregiudizievole per gli utenti. A suo modo di vedere, infatti, l'introduzione, a scelta dell'utente, di un sistema di raccomandazione che non sfrutta la profilazione dei fruitori del servizio, da un lato, farebbe venir meno una

delle componenti essenziali del modello di *business* su cui si basa la piattaforma, il che comporterebbe una significativa ed irreversibile perdita della sua quota di mercato, e, dall'altro lato, avrebbe un effetto negativo sui consumatori, i quali non visualizzerebbero prodotti di loro interesse, ma casuali. Su questo punto, è singolare la posizione sostenuta dalla ricorrente, riportata nell'ordinanza sulle misure provvisorie del scorso 27 settembre 2023²⁶, secondo la quale, la possibilità di scelta offerta al consumatore indurrebbe quest'ultimo a optare per un sistema senza profilazione, in maniera quasi inconsapevole, poiché allo stesso non sarebbero chiare le conseguenze di una simile decisione. Pertanto, egli non imputerebbe alla mancata profilazione i conseguenti effetti negativi sulla sua esperienza di shopping, ma a un disservizio della piattaforma e, pertanto, sarebbe spinto a non utilizzarla più. In altre parole, secondo questa tesi, il consumatore tenderebbe, in maniera poco consapevole, a negare il trattamento dei propri dati personali a fini di profilazione, il che comporterebbe degli effetti negativi sul servizio fruito, che egli, però, non sarebbe in grado di ricondurre alla sua scelta, ma attribuirebbe a un disservizio della piattaforma.

Una simile teoria, invero poco condivisibile, sembra costruita sull'idea del "consumatore incapace di scegliere", il quale dovrebbe disporre di un limitato potere decisionale, perché le sue scelte potrebbero avere un effetto negativo sulle sue esperienze di consumo, che egli non sarebbe in grado di prevedere. Una tesi di questo tipo, però, è in antitesi con i principi cardine in materia di tutela del consumatore, tra cui quello secondo cui la posizione di debolezza di quest'ultimo debba essere compensata attraverso

²⁶ Order of the President of the General Court, 27 September 2023, case T-367/23 R, *Amazon Services Europe Sàrl v. European Commission*, ECLI:EU:T:2023:589.

maggiore trasparenza ed informazione, non riducendo la sua “autoderminazione digitale”. Non sorprende, quindi, il fatto che tali argomentazioni non siano state condivisa in sede di ordinanza sulle misure provvisorie, dove presidente del Tribunale il ha rilevato che «assuming that the implementation of an opt-out option does indeed encourage customers to switch from the Amazon store to competing platforms which the Commission has not designated under article 33 of regulation 2022/2065, the alleged loss of market share constitutes purely a financial harm in that it consists of the loss of revenue from sales of the relevant market»²⁷. Un eventuale danno economico di questo tipo, tra l'altro, non sarebbe irrimediabile, dal momento che, nel caso in cui la pronuncia nel merito fosse favorevole al ricorrente, quest'ultimo potrebbe proporre un'azione di danni, al fine di ottenere un equo risarcimento. Pertanto, limitatamente a quest'aspetto, il presidente del Tribunale ha rigettato la richiesta di misure provvisorie.

Differente è, invece, la posizione assunta relativamente all'applicazione dell'art. 39 del DSA. Su quest'aspetto, infatti, il presidente del Tribunale aveva inizialmente rilevato che la pubblicazione delle informazioni di cui alla disposizione in parola potrebbe causare un danno irreversibile nel caso in cui il Collegio dovesse accogliere nel merito le motivazioni di Amazon, poiché si tratta di informazioni sulle strategie pubblicitarie di quest'ultimo, che, una volta pubblicate, non potrebbero più essere celate ai suoi concorrenti. Questi ultimi, dal canto loro, potrebbero definire nuove strategie di mercato alla luce delle informazioni acquisite, a danno di Amazon. Pertanto, il presidente del Tribunale aveva stabilito che «a judgement ordering annulment would be rendered illusory and deprived of practical effect if the present application for interim measures were to be dismissed, since that

dismissal would have the effect of allowing the immediate disclosure of the information at issue, thereby effectively prejudging the future decision in the main action, namely that the action for annulment would be dismissed»²⁸. Di conseguenza, ai fini di una ponderazione degli interessi in causa, il presidente del Tribunale aveva statuito che «the interest defended by the applicant must prevail over the interest in the dismissal of the application for interim measures, a fortiori where the grant of the interim measures requested amounts to no more than maintaining the status quo for a limited period»²⁹. Successivamente, tale ordinanza è stata annullata dal vicepresidente della Corte, su impugnazione della Commissione, il quale ha ritenuto che la concessione delle misure provvisorie, e quindi la sospensione degli obblighi di cui all'art. 39 del DSA nei confronti di Amazon, potrebbe modificare la situazione della concorrenza nel settore digitale in modo non previsto dal legislatore dell'Unione, assoggettando Amazon a un regime diverso da quello applicabile agli altri attori di detto settore che presentano, tenuto conto dei criteri definiti dal legislatore stesso, caratteristiche comparabili a tale società³⁰. La posizione del vicepresidente della Corte, quindi, sembra ricalcare l'idea espressa dalla Commissione, secondo cui l'obbligo di cui all'art. 39 riveste un ruolo centrale nel quadro del DSA, poiché «is critical for researchers and civil society to detect scam advertisements, hybrid threat campaigns, as well as coordinated information operations and fake advertisements, including in the context of elections»³¹.

²⁸ *Ibidem*, punto 82.

²⁹ *Ibidem*, punto 83.

³⁰ Ordinanza del vicepresidente della Corte del 27 marzo 2024, causa C-639/23 P(R), *Commissione europea c. Amazon Services Europe Sàrl*, ECLI:EU:C:2024:277, punto 163.

³¹ Commission preliminarily finds TikTok's ad repository in breach of the Digital Services Act,

²⁷ *Ibidem*, punto 41.

Ora, i due casi presi in esame si trovano ancora ad uno stadio iniziale della procedura, ma sollevano già alcuni interessanti spunti di riflessione. Per quanto concerne il caso Amazon, in particolare, l'aspetto di maggior rilievo è come il Tribunale bilancerà, da un lato, l'interesse a rafforzare la trasparenza dei mercati digitali e la libertà di scelta degli utenti e, dall'altro lato, l'interessi delle grandi piattaforme³². È, infatti, chiaro che una componente essenziale del modello di *business* di queste ultime sia basata sul trattamento dei dati personali e sui sistemi di profilazione. Allo stesso tempo, è evidente che, tendenzialmente, gli utenti autorizzino il trattamento dei propri dati personali in maniera sostanzialmente inconsapevole e che gli stessi opterebbero per sistemi meno intrusivi nella loro vita privata se le richieste sul trattamento dei dati fossero più semplici, intuitive e, soprattutto, non ripetitive. In altre

parole, da un lato sta la necessità di soddisfare l'esigenza delle persone di godere di un maggior livello di tutela della vita privata nell'ecosistema digitale e, dall'altro lato, c'è quella di non sgretolare un sistema economico fondato sul trattamento dei dati personali. Equilibrio che il DSA, in una certa misura, ha tentato di raggiungere, seppur non in maniera pienamente soddisfacente, tanto che già è stato oggetto di contestazione.

IV.1. Competitività e posizione dei consumatori nel mercato digitale a seguito dell'adozione del DSA

L'analisi dei primi ricorsi contro il DSA ci induce a qualche breve riflessione in materia di competitività delle imprese digitali e di tutela degli utenti a seguito dell'entrata in vigore del nuovo regolamento.

In primo luogo, vale la pena di sottolineare come le controversie in parola siano una prima dimostrazione dell'impatto che il DSA può avere in termini di concorrenza. A detta delle due ricorrenti, infatti, il nuovo quadro normativo imporrebbe ai VLOPs obblighi talmente onerosi da mettere a rischio il loro stesso modello di *business*. Secondo questa visione, pertanto, il DSA avrebbe la capacità di compromettere in maniera irrimediabile la loro posizione all'interno dei mercati di riferimento. Tuttavia, nel contestare la portata dei nuovi obblighi, le imprese coinvolte adottano una chiave di lettura esclusivamente *business-oriented*, che non tiene adeguatamente in conto l'obiettivo primario delle disposizioni in parola: favorire la libertà di scelta degli utenti. Difatti, come si è visto, il modo in cui le informazioni vengono visualizzate e messe in ordine di priorità sulla piattaforma può condizionare l'accesso alle stesse da parte del destinatario del servizio, il che rende necessario un siste-

15 May 2025 (disponibile online su https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1223).

³² Vale la pena di ricordare che sono pendenti davanti alla Corte anche altri ricorsi contro la designazione a VLOP che si concentrano soprattutto sugli obblighi di cui all'art. 39 del DSA. Tali ricorsi, sostanzialmente, si fondano su due principali argomentazioni. In primo luogo, muovono dal presupposto che l'obbligo di rendere pubblico l'archivio ai sensi dell'articolo 39, par. 1, del DSA violerebbe la loro libertà d'impresa, sancita all'art. 16 della Carta. In secondo luogo, si basano sull'idea che l'obbligo di rendere pubbliche le informazioni e i dati elencati all'art. 39, par. 2 consentirebbe ad altri operatori di mercato di trarre indicazioni sulle loro strategie e attività pubblicitarie, conferendoli un vantaggio competitivo ingiustificato e non meritato. Ciò causerebbe una perdita di introiti pubblicitari, che costituiscono la principale, se non l'unica, loro fonte di profitto, il che, nel migliore dei casi, ostacolerebbe il libero sviluppo delle loro attività commerciali e, nel peggiore, metterebbe in pericolo la loro stessa esistenza (v. in particolare, Order of the President of the General Court, 12 July 2024, case T-139/24 R, *WebGroup Czech Republic*, v. *European Commission*, T-139/24 R; Order of the President of the General Court, 13 February 2025, Case T-486/24 R, *NKL Associates s.r.o.* v. *European Commission*, ECLI:EU:T:2025:152).

ma che renda più libera l'esperienza degli utenti in rete, anche optando, in maniera semplice, per un sistema di visualizzazione delle raccomandazioni che non sia basato sulla profilazione.

Ad oggi, infatti, è evidente che gli utenti tendano ad autorizzare il trattamento dei propri dati personali in maniera sostanzialmente inconsapevole e che gli stessi opterebbero per sistemi meno intrusivi nella loro vita privata se le richieste sul trattamento dei dati fossero più semplici, intuitive e, soprattutto, non ripetitive. È proprio su questo piano che, con ogni probabilità, si concentreranno le dispute attorno al DSA.

Simili considerazioni, tuttavia, valgono anche per il DMA, il quale, ancor più del DSA, contiene importanti novità in materia di utilizzo dei dati. Anche in questo caso, d'altronde, sono già indicative le prime controversie dinanzi alla Corte. In tal senso, si può richiamare il ricorso di Bytedance Ltd contro la sua designazione in qualità di *gatekeeper*, in cui le principali norme contestate sono l'art. 15, sull'obbligo di *audit*, e l'art. 5, par. 2, sul trattamento combinato dei dati. Per quanto riguarda l'art. 15, tale norma prevede che il *gatekeeper* debba presentare alla Commissione una descrizione sottoposta a *audit* indipendente delle tecniche di profilazione dei consumatori, che sarà condivisa con il comitato europeo per la protezione dei dati e della quale lo stesso *gatekeeper* dovrà mettere a disposizione del pubblico una panoramica. Secondo la ricorrente, tale obbligo la costringerebbe a rivelare informazioni confidenziali relativamente al suo principale sistema di business, nonostante, in realtà, le informazioni siano condivise solo con la Commissione e il comitato europeo per la protezione dei dati, mentre quelle rese pubbliche siano semplicemente una "panoramica" redatta dal *gatekeeper* stesso.

In merito all'art. 5, par. 2, ma anche il 6, che riguarda l'utilizzo incrociato dei dati, la ricorrente sostiene che tali norme le

impediranno di utilizzare la sua piattaforma TikTok, che ha richiesto un investimento economico ingente, per innovare e offrire nuove funzionalità e nuovi prodotti. La ricorrente sostiene, a titolo esemplificativo, che non potrà utilizzare gli *insight* dei dati di TikTok per offrire nuovi prodotti e servizi, né incoraggiare i suoi utenti a concentrarsi sui suoi prodotti, e che dovrà fornire l'accesso al suo servizio a tutti i suoi concorrenti a parità di condizioni, compresi gli operatori tecnologici già affermati. Tuttavia, anche in questo caso, il timore non appare pienamente giustificato, visto che, soprattutto l'uso dei dati degli utenti, ai sensi dell'art. 5, par. 2, non è proibito, ma subordinato al rilascio consenso. Sembra, quindi, emergere di nuovo quell'idea che l'utente non debba essere messo nella condizione di scegliere, altrimenti potrebbe creare danno economico all'impresa, in quell'ottica in cui libertà di scelta e autodeterminazione degli utenti siano in contrasto con il mercato.

Tra l'altro, vale la pena sottolineare come nel caso di specie la ricorrente, tra le altre cose, sembra aver rimesso in discussione la stessa qualificazione dei servizi offerti tramite Tik Tok, affermando che quest'ultimo «non beneficia di effetti di rete associati al "grafo sociale" che caratterizza i veri social network come Facebook o Instagram»³³. In altri termini, a suo avviso, TikTok non avrebbe dovuto essere confrontata con le piattaforme di *social network online* poiché lo scopo principale di TikTok consisterebbe nell'offrire servizi di condivisione di video e non servizi di *social network online*. Una simile strategia, cioè quella mettere in discussione la natura dei servizi erogati, è stata adottata anche nell'ambito del DSA nei casi precedenti presi in esame, in particolare da Zalando.

³³ Sentenza del Tribunale del 17 luglio 2024, *Bytedance c. Commissione*, causa T-1077/23, ECLI:EU:T:2024:478, punto 155.

V. Il sistema di controllo previsto dal DSA

Il sistema di controllo istituito dal DSA segue lo stesso approccio piramidale che caratterizza l'intero quadro regolatorio, con una ripartizione di competenze tra autorità nazionali e Commissione, sulla scia, per certi aspetti, del modello utilizzato nel settore della concorrenza.

In termini generali, l'art. 56, par. 1, dispone che lo Stato membro in cui è situato lo stabilimento principale del fornitore di servizi intermediari dispone di poteri esclusivi per la vigilanza e l'applicazione del DSA, che possono essere attivati anche a seguito di reclami presentati dai destinatari dei servizi in parola. A tal fine, ciascuno Stato membro, istituisce una o più autorità competenti. In questo secondo caso, una delle autorità competenti dovrà essere designata come coordinatore dei servizi digitali³⁴. Tali autorità dispongono di diversi poteri di esecuzione nei confronti dei fornitori di servizi intermediari, tra cui: *a)* accettare gli impegni offerti di fornitori in relazione alla loro conformità al DSA e rendere tali impegni vincolanti; *b)* ordinare la cessazione delle violazioni e, ove opportuno, imporre misure correttive; *c)* imporre sanzioni pecuniarie o chiedere a un'autorità giudiziaria nel loro Stato membro di farlo; *d)* comminare penalità di mora, o chiedere a un'autorità giudiziaria di farlo; *e)* adottare misure provvisorie onde evitare il rischio di danno grave.

Le autorità designate dagli Stati membri dispongono di poteri esclusivi per la vigilanza e l'applicazione del DSA, fatti salve alcune eccezioni. Difatti, ai sensi dell'art. 56, la

Commissione dispone di poteri esclusivi per la vigilanza e l'applicazione degli obblighi supplementari in materia di diligenza a carico dei fornitori di VLOP e VLOSE, di cui al capo III, sezione 5, del DSA. Più in generale, per quanto concerne le VLOP e i VLOSE, a parte gli obblighi specifici sanciti al capo III, sezione 5, il potere di vigilanza, di base spetta alla Commissione, mentre le autorità nazionali possono esercitarlo solo se quest'ultima non abbia avviato procedimenti per la stessa infrazione. Per evitare, quindi, l'avvio di più procedimenti per la stessa infrazione, qualora un coordinatore dei servizi digitali intenda esercitare i propri poteri di vigilanza, ne informa tutti gli altri coordinatori dei servizi digitali e la Commissione. Quest'ultima, allo stesso modo, prima di esercitare le proprie competenze, lo notifica ai coordinatori nazionali.

Da quando è divenuto applicabile il DSA, la Commissione ha subito iniziato ad esercitare incisivamente i suoi poteri di controllo, dapprima inviando diverse richieste di informazioni alle imprese designate come VLOP e VLOSE e, successivamente, aprendo in tempi piuttosto le prime procedure di infrazione, che al momento sono tre. La prima è stata avviata a marzo 2024 nei confronti di AliExpress, per questioni relative, tra l'altro, la valutazione di alcuni rischi sistemici derivanti dalla progettazione e dal funzionamento di tale servizio, il rischio di diffusione di contenuti illegali, nonché la chiarezza e la semplicità del linguaggio usato nei termini e condizioni di utilizzo³⁵. Successivamente, ad aprile 2024, ha aperto la prima indagine che si è già conclusa³⁶, visti gli impegni assunti dalla piattaforma coinvolta,

³⁴ Vale la pena di ricordare che ad aprile 2024 la Commissione ha aperto una serie di procedure di infrazione contro Cipro (INFR(2024)2016), Polonia (INFR(2024)2041), Portogallo (INFR(2024)2038) e Slovacchia (INFR(2024)2042), poiché queste ultime non avevano ancora designato i coordinatori dei servizi digitali o non avevano conferito loro pieni poteri.

³⁵ Commission decision initiating proceedings pursuant to Article 66(1) of Regulation (EU) 2022/2065, 14 March 2024, C(2024) 1811 final.

³⁶ Commission decision relating to a proceeding under Article 71 of Regulation (EU) 2022/2065 Case DSA.100121 - TikTok Lite Rewards programme, 5 August 2024, C(2024) 5654 final.

TikTok. Sempre nei confronti di Tik Tok la Commissione ha poi aperto altre due indagini: una relativa agli obblighi di mitigazione del rischio con riferimento alle elezioni in Romania³⁷ e una sull'osservanza di quanto previsto all'art. 39 in merito alla predisposizione di un registro pubblico sulle pubblicità³⁸. Poco dopo, a maggio 2024, ha poi avviato un'altra procedura contro Meta³⁹, avente ad oggetto la conformità agli obblighi concernenti la valutazione del rischio per il discorso civico, i processi elettorali e i diritti fondamentali e la protezione dei consumatori, nonché le misure di mitigazione da mettere in atto per affrontare la diffusione di pubblicità ingannevoli, campagne di disinformazione e comportamenti coordinati non autentici nell'Unione. Ad ottobre 2024, invece, la commissione ha avviato una procedura contro Whaleco Technology Limited, in merito al servizio Temu, che riguarda, tra le altre cose, il modo il sistema di raccomandazione utilizzato su Temu⁴⁰.

³⁷ Commission opens formal proceedings against TikTok on election risks under the Digital Services Act, 17 December 2024 (disponibile online su: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-opens-formal-proceedings-against-tiktok-election-risks-under-digital-services-act>).

³⁸ Commission preliminarily finds TikTok's ad repository in breach of the Digital Services Act, 15 May 2025 (disponibile online su <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-preliminarily-finds-tiktoks-ad-repository-breach-digital-services-act>).

³⁹ La decisione integrale non risulta pubblicata online, ma una sintesi è presente al seguente link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/list-designated-vlops-and-vloses>.

⁴⁰ Il comunicato stampa che annuncia l'avvio della procedura è presente al seguente link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-opens-formal-proceedings-against-temu-under-digital-services-act>.

VI. Considerazioni conclusive

Per concludere con alcune brevi osservazioni di sintesi, si può ritenere che, alla luce di quanto analizzato, il DSA, come anticipato all'inizio del lavoro, ridefinisce in maniera significativa le strutture dei costi di impresa e le dinamiche di interazione tra gli attori del mercato e tra questi e le istituzioni dell'Unione. Di conseguenza è certamente uno strumento che impatterà chiaramente sul sistema della concorrenza nei mercati digitali, soprattutto nei confronti delle grandi piattaforme. In tal senso, le prime controversie davanti alla Corte relative da parte di talune VLOPs in merito alla loro designazione da parte della Commissione sono esemplificative di come il DSA possa impattare sul loro modello di *business* e sui rapporti tra loro e gli utenti. A conclusioni simili si può giungere anche dall'esame delle prime indagini condotte dalla Commissione, anche se queste sono ancora ad uno stadio iniziale.

Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, tra l'altro, è evidente come il DSA abbia istituito un sistema di controllo particolarmente incisivo, conferendo ampi poteri sia alle autorità nazionali che alla Commissione. Tale sistema, può assumere una funzione complementare a quella esercitata sempre dalla Commissione e dalle autorità nazionali nel settore della concorrenza, contribuendo ulteriormente a migliorare la competitività dei mercati digitali e la tutela degli utenti.

Come detto, però, il nuovo quadro regolatorio non è esente da elementi di criticità che sono dovuti, da un lato, dall'esigenza di adottare il regolamento in tempi relativamente brevi e, dall'altro lato, di contemperare interessi non sempre allineati. Da quest'ultimo punto di vista, infatti, si può affermare che il DSA sia frutto di un compromesso tra la necessità di soddisfare l'esigenza delle persone di godere di un maggior livello di tutela della vita privata

nell'ecosistema digitale e l'esigenza di non sgretolare il modello economico su cui si sono sviluppati i mercati digitali.

FRANCESCO BATTAGLIA

Bibliografia

- Auriel P., *La liberté d'expression et la modulation des réseaux sociaux dans la proposition de Digital Services Act*, in *Revue de l'Union européenne*, 2021, pp. 413-420;
- Bensamoun A., *Digital Services Act et responsabilité des plateformes: une affaire à suivre*, in *Recueil Dalloz*, 2022, pp. 75-77;
- Buiten M.C., «The Digital Services Act from Intermediary Liability to Platform Regulation», in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2021, pp. 361-380;
- Caggiano G., «La proposta di Digital Service Act per la regolazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto dell'Unione europea», in Caggiano G. – Contaldi G. – Manzini P. (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Bari, 2021, pp. 3-29; Calzolaio S. – Iannuzzi A. – Longo E. – Orofino M., «La regolazione europea della società digitale», Torino, 2024;
- Cauffman C. – Goanta C., «A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection», in *European Journal of Risk Regulation*, 2021, pp. 758-774;
- Chiarella M.L., «Digital Markets Act (DMA) and Digital Services Act (DSA): New Rules for the EU Digital Environment», in *Athens Journal of Law*, 2023, pp. 33-58;
- Heldt A.P., «EU Digital Services Act: The White Hope of Intermediary Regulation», in T. Flew-R. Martin (eds.), *Digital Platform Regulation*, Cham, 2022, pp. 69-84;
- Husovec M., *Principles of the Digital Services Act*, Oxford, 2024;
- Morgese G., «Proposta di Digital Services Act e rimozione dei contenuti online», in Caggiano G. – Contaldi G. – Manzini P. (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Bari, 2021, pp. 31-57;
- Rodríguez De Las Heras Ballell T., «The background of the Digital Services Act: looking towards a platform economy», in *ERA Forum*, 2021, pp. 75- 86;
- Ruotolo G.M., «La disciplina europea della responsabilità dei fornitori di servizi online tra regime pregresso, proposte di riforma e un rischio di bis in idem», in Caggiano G. – Contaldi G. – Manzini P. (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Bari, 2021, pp. 59-70;
- Schwemer S.F., «Liability Exemptions of Non-Hosting Intermediaries: Sideshow in the Digital Services Act?», in *Oslo Law Review*, 2021, pp. 4-29;
- Tommasi S., «The liability of internet service providers in the proposed Digital Services Act», in *European Review of Private Law*, 2021, pp. 925-944;
- Tourkochorit I., «The Digital Services Act and the EU as the Global Regulator of the Internet», in *Chicago Journal of International Law*, 2023, pp. 129-147;
- Van Cleynen-Breugel P., «The Commission's Digital Services and Markets Act Proposal: First Step towards Tougher and more Directly Enforced EU Rules?», in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2021, pp. 667-686;
- Wilman F., «The Eu's System of Knowledge-Based Liability for Hosting Service Providers in Respect of Illegal User Content – between the E- Commerce Directive and the Digital Services Act», in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2021, pp. 317-341;
- Wilman F. – Kalèda S.L. – Loewenthal P.-J., «The EU Digital Services Act», Oxford, 2024;
- Zoboli L., «Verso l'approvazione del DSA: "Dimmi che piattaforma sei..."», in *BlogDUE*, 2022, pp. 1-5.

IL REGOLAMENTO SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE (*AI ACT*)

Sommario: **I.** Alle origini della riforma. – I.1. L'evoluzione della strategia sull'IA nel quadro della transizione digitale dell'Unione. – I.2. Punti di contatto con il DSA e il DMA. – **II.** *AI Act* e approccio al rischio. – II.1. I paradigmi del rischio alto e del rischio sistemico. – II.2. Principali limiti e obblighi in funzione delle categorie di rischio. – **III.** *AI Act* e profili innovativi in tema di *governance*. – III.1. Livello nazionale: natura, tipologia e funzioni primarie delle autorità indipendenti. – III.2. Livello sovranazionale: organi competenti e influenza della Commissione europea. – **IV.** Attuazione dell'*AI Act* ed esigenze di leale cooperazione. – IV.1. Monitoraggio interno e dimensione "orizzontale" della leale cooperazione. – IV.2. Monitoraggio multilivello e dimensione "verticale" della leale cooperazione.

I. Alle origini della riforma

Il settore dell'intelligenza artificiale (IA) rappresenta indubbiamente una delle frontiere più estreme del processo di integrazione europea. Ad oggi, esso risulta disciplinato a livello sovranazionale in particolare dal Regolamento (UE) 2024/1689, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale¹ (di seguito, Regolamento sull'IA o *AI*

Act), applicabile salve alcune eccezioni dal 2 agosto 2026.

La scelta dell'Unione di introdurre una disciplina *ad hoc* per l'IA ha destato molto scalpore e arricchisce il sistema UE di regole nel campo del digitale e delle nuove tecnologie, nel tentativo di coniugare due priorità di carattere generale: colmare le lacune tecnologiche che separano l'Unione dalle principali economie mondiali e difendere l'assetto assiologico sovranazionale in un contesto geopolitico sempre più "incandescente". In sintesi, il Regolamento sull'IA è il frutto degli intrecci tra direttrici che muovono da due paradigmi sempre più sovrapposti: lo sviluppo del mercato interno, oggi nella sua accezione digitale, e la tutela dei diritti fondamentali, ora più che mai sotto l'egida dei valori comuni e fondanti *ex art. 2 TUE*².

Come noto, il Regolamento sull'IA costituisce uno dei primi esempi a livello globale di intervento normativo in *subiecta materia*; tuttavia, è bene ricordare sin da ora che il processo di riforma culminato con l'adozione di tale atto è iniziato tempo addietro. È, infatti, guardando dapprima ai lavori preparatori che si possono cogliere alcuni elementi di contesto, per certi versi dotati di rilevanza sostanziale. Dalle fasi della gestazione dell'*AI Act* emergono

(Regolamento sull'intelligenza artificiale), in G.U.U.E L 12 luglio 2024, p. 1.

² Ai sensi dell'art. 2 TUE, "L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini".

¹ Reg. (UE) n. 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

no in maniera paradigmatica, a seconda del momento, tanto le sinergie quanto le tensioni tra le istituzioni coinvolte nella procedura legislativa ordinaria. In altre parole, si colgono con chiarezza le dinamiche tra quei centri di potere che rappresentano soggetti (e interessi) diversi nell'ambito dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea; un ordinamento che, come illustrato più di sessant'anni fa dalla Corte di giustizia nella sentenza *Van Gend en Loos*³, è un *unicum* nel panorama della soggettività internazionale anche in virtù delle anime che lo compongono.

I.1. L'evoluzione della strategia sull'IA nel quadro della transizione digitale dell'Unione

A partire all'incirca dal 2018 il tema dell'IA ha iniziato a campeggiare nella narrativa delle istituzioni politiche dell'Unione. Se Consiglio europeo e Consiglio dell'Unione lo hanno accennato in misura più sfumata e il Parlamento europeo lo ha ricondotto principalmente a prerogative di tutela dei diritti fondamentali e della sicurezza degli individui, la Commissione europea lo ha affrontato con un approccio sempre più organico e pervasivo. Al riguardo, si può suddividere in due fasi l'intero arco temporale dei lavori preparatori.

La prima fase, orientata dalla Commissione "Juncker" quando ormai era giunta a fine mandato, è servita più che altro per inserire l'IA nell'agenda politico-programmatica dell'Unione. Si segnala una prima strategia, dell'aprile 2018, intitolata "L'intelligenza artificiale per l'Europa"⁴, nella quale si esortava espressamente all'accettazione del cambiamento e veniva spiegato

come l'IA non fosse fantascienza, bensì un fenomeno già in evoluzione ("come il motore a vapore o l'elettricità nel passato, l'IA sta trasformando il nostro mondo, la nostra società e la nostra industria"). Alla fine di quell'anno la Commissione pubblicava un Piano coordinato sull'intelligenza artificiale, vale a dire un una serie di azioni comuni per aumentare gli investimenti e la cooperazione, specie tramite gli scambi di buone pratiche. Il fulcro della programmazione strategica della Commissione si spostava quindi sull'approccio antropocentrico all'IA, cruciale anche per creare fiducia nella transizione: nella prima metà del 2019 veniva rilasciata un'apposita comunicazione⁵ e – cosa ancora più importante – si assisteva alla pubblicazione degli "Orientamenti etici per un'IA affidabile"⁶, redatti da un gruppo di esperti indipendenti di alto livello nominato proprio dalla Commissione. In sintesi, questa prima fase si è fermata all'anticamera delle attività funzionali all'elaborazione dell'iniziativa legislativa e si è contraddistinta per una spiccata enfasi sulla dimensione, – per così dire – "valoriale".

La seconda fase, invece, guidata dalla Commissione "Von der Leyen" insediatasi alla fine del 2019, è stata improntata sin dalle prime battute alla preparazione di una legislazione in materia. Lo si desume anzitutto dal fatto che una delle priorità identificate da quella Commissione sin dall'inizio, rinominata "Un'Europa pronta per l'era digitale", fosse destinata a raggiungere una sovranità digitale europea. Inoltre, già nel febbraio del 2020 la Commissione aveva pubblicato un libro bianco sull'IA, finalizzato a comprendere se i rischi con-

³ C. giust. Ce, 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*, ECLI:EU:C:1962:42, p. 23.

⁴ Comunicazione della Commissione, L'intelligenza artificiale per l'Europa, 25 aprile 2018, COM(2018) 237 final.

⁵ Comunicazione della Commissione, Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica, 8 aprile 2019, COM(2019) 168 final.

⁶ Gruppo Indipendente di Esperti ad Alto Livello sull'Intelligenza Artificiale istituito dalla Commissione Europea nel giugno 2018, Orientamenti etici per un'IA affidabile, 8 aprile 2019.

nessi all'evoluzione dell'IA potessero essere fronteggiati adeguatamente tramite le norme all'epoca vigenti oppure, in alternativa, modificando lo stato dell'arte o introducendo una nuova legislazione. In questo tratto di percorso, si intravedeva anche un'attenzione più spiccata alla dimensione di mercato. Tali circostanze sono sintetizzabili attraverso un passaggio indicativo del libro bianco, nel quale si legge: «(u)n solido quadro normativo europeo per un'IA affidabile proteggerà tutti i cittadini europei e contribuirà a creare un mercato interno senza attriti che favorirà l'ulteriore sviluppo e l'adozione dell'IA rafforzando la base industriale dell'Europa nel campo dell'IA».

Si è così giunti all'elaborazione della proposta di Regolamento sull'IA, pubblicata il 21 aprile 2021 dalla Commissione europea⁷. La proposta di Regolamento ha confermato l'approccio di fondo, che peraltro si ritrova anche nella versione definitiva dell'atto licenziato tre anni dopo. Detto approccio può essere riassunto in due punti prioritari.

Il primo punto è la sopravvivenza della doppia anima della riforma, destinata quindi ad essere il frutto di un compromesso tra esigenze di non frammentazione del mercato interno e delicati equilibri di tutela dei diritti fondamentali e dei valori. La Commissione ha optato per una doppia base giuridica: da un lato, l'art. 114 TFUE, inerente alle misure per il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno; dall'altro l'art. 16 TFUE, riguardante la tutela dei dati personali. Ora, è vero che il centro di gravità è sicu-

ramente l'art. 114 TFUE, mentre l'art. 16 TFUE è per lo più accessorio. Tuttavia, già nel testo della proposta era possibile scorgere una quantità assai elevata di riferimenti a molteplici diritti fondamentali, nonché un collegamento diretto tra la Carta (più i valori) e la qualificazione in termini di legittimità o meno di condotte di soggetti privati.

Secondariamente, e proprio in virtù della scelta di incidere direttamente sulla sfera giuridica dei singoli attraverso un Regolamento, un tratto caratteristico dell'*iter* è stata la ricerca di una armonizzazione a geometria variabile. Si è stabilito di definire un quadro giuridico uniforme in particolare per quanto riguarda lo sviluppo, l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di sistemi di intelligenza artificiale nell'Unione. Eppure, sin dalle valutazioni riportate nello *staff working document* di accompagnamento alla proposta⁸, era possibile comprendere che la via da intraprendere avrebbe dovuto essere quella di un unico sistema composto da regimi distinti. Sul piano della tecnica legislativa, ci si riferisce a un'alternanza tra limiti stringenti, obblighi relativamente prescrittivi e traiettorie affidate in buona parte al volontarismo dei soggetti interessati. Circa le fasi di attuazione ed esecuzione, si allude a un insieme di poteri più o meno intenso degli organi nazionali o sovranazionali. I criteri di fondo per stabilire il regime di volta in volta applicabile sono essenzialmente la tipologia e il grado del rischio da affrontare, tenendo presente che tale valutazione è stata in larga misura "centralizzata" a monte, ovvero sia dalla Commissione (nella proposta) e da Parlamento europeo e Consiglio (nell'atto

⁷ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, COM(2021) 206 final.

⁸ Commission Staff Working Document Impact Assessment accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts, SWD/2021/84 final.

legislativo): la portata dei vincoli dettati dal Regolamento dipende dunque dalla sussistenza di un rischio inaccettabile, alto, limitato, oppure minimo.

Al netto di queste considerazioni di ordine generale, il testo del Regolamento pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione presenta molte differenze rispetto alla proposta. La circostanza non è sorprendente, se si pensa alla complessità della procedura legislativa ordinaria e alla difficoltà di “fotografare” all'interno di uno strumento di diritto positivo una materia come l'IA, a lungo quasi inimmaginabile dal punto di vista cognitivo e ad oggi comunque in continuo divenire.

Di per sé, l'*AI Act* è un Regolamento poderoso, comprensivo di 180 “considerando”, 13 capi, 113 articoli e 13 allegati, dunque nettamente più lungo della proposta. Enuncia numerose definizioni, a cominciare quella di “sistema di IA”, allo scopo di favorire l'emersione di concetti unitari, anche se è pacifico che riguardo alla declinazione di alcuni di essi gli Stati membri manterranno un certo margine di manovra. Si precisa altresì che il campo di applicazione non si estende ad alcune aree particolarmente sensibili o strategiche: ad esempio, laddove i sistemi di IA siano collegati a scopi militari, di difesa o sicurezza nazionale, di ricerca e sviluppo scientifico. Tra le altre cose, il Regolamento non incide sulle pratiche vietate dal diritto UE, tra cui quelle coperte dalla normativa in tema di concorrenza.

Nel complesso, l'architettura dell'*AI Act* si regge su un fitto agglomerato di disposizioni costruite attorno ai seguenti punti chiave: vietare le pratiche di IA che comportano rischi inaccettabili; individuare le applicazioni ad alto rischio, stabilire i relativi requisiti e gli obblighi specifici per gli operatori e i fornitori; introdurre una disciplina specifica per i modelli di IA con finalità generali (modelli GPAI), inclusi quelli con rischio sistemico; deli-

neare misure a sostegno dell'innovazione, con particolare riferimento agli spazi di sperimentazione normativa; istituire un quadro di governance a più strati e un sistema di monitoraggio per interventi successivi all'immissione sul mercato.

I.2. Punti di contatto con il DSA e il DMA

Il Regolamento (UE) 2024/1689 si inserisce in un contesto normativo particolarmente fluido, una rete a più nodi che le istituzioni politiche dell'Unione hanno iniziato a tessere – non certo senza fatica e tensioni – da circa un decennio, allorché apparve evidente che il diritto UE avrebbe dovuto essere utilizzato per dare corpo a una vera e propria rivoluzione digitale europea. Molti sono i punti di contatto tra *AI Act* e normative generali o settoriali che si collocano lungo questa direttrice; ma tali intrecci non sorprendono, specie alla luce dell'attitudine di questo Regolamento a espandersi verso ambiti materiali di vario tipo.

Al di là dei fisiologici collegamenti con il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali (GDPR)⁹ e con atti successivi che l'Unione ha adottato per attuare la strategia europea in materia di dati, l'*AI Act* costituisce un tassello del mosaico rappresentato dal pacchetto sui servizi digitali, entrando dunque in correlazione con i Regolamenti sui servizi e i mercati digitali del 2022 (DSA e DMA)¹⁰; nel loro insieme,

⁹ Reg. (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati), in G.U.U.E L 119, 4 maggio 2016, p. 1.

¹⁰ Reg. (UE) n. 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), in G.U.U.E L 277, 27 otto-

queste misure costituiscono effettivamente un disegno unitario. D'altronde, il fine del DSA è «contribuire al corretto funzionamento del mercato interno dei servizi intermediari stabilendo norme armonizzate per un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile che faciliti l'innovazione e in cui i diritti fondamentali sanciti dalla Carta (...) siano tutelati in modo effettivo» (art. 1 DSA): allo scopo, questa misura impone obblighi con particolare riferimento a piattaforme *online* e motori di ricerca *online*, soprattutto se di dimensioni molto grandi¹¹. Con il DMA, invece, si è inteso «contribuire al corretto funzionamento del mercato interno stabilendo norme armonizzate volte a garantire, per tutte le imprese, che i mercati nel settore digitale nei quali sono presenti *gatekeeper* (...) siano equi e contendibili in tutta

l'Unione, a vantaggio degli utenti commerciali e degli utenti finali» (art. 1, DMA)¹².

Ebbene, le tre misure in analisi affrontano rischi parzialmente sovrapponibili, in particolare perché si prefiggono di limitare l'impatto potenzialmente negativo di operatori che detengono una *leadership* in campo tecnologico e che possono sviluppare e utilizzare sistemi e modelli altamente condizionanti per il nucleo attorno al quale si evolve il processo di integrazione europea. Tutti questi atti, non a caso, sono stati ricondotti alla dottrina del «costituzionalismo digitale europeo», oltre che a paradigmi quali la ricerca di una sovranità tecnologica e di una autonomia strategica dell'Unione. A questo riguardo, uno spazio di intersezione tra DSA, DMA e *AI Act* è da rinvenirsi nell'attenzione riservata a grandi piattaforme di IA capaci di penetrare in maniera incisiva e capillare nel mercato interno.

Ciò ha ricadute anche nel diritto UE in materia di concorrenza. Atteso che certi operatori sono in grado di avvalersi dell'IA persino per realizzare condotte anticoncorrenziali, l'*AI Act* a tratti completa lo strumentario con cui l'Unione concretizza i divieti sanciti dagli artt. 101 e 102 TFUE. Ad ogni modo, il Regolamento sull'IA non incide sulle pratiche vietate dal diritto dell'Unione, comprese quelle disciplinate

bre 2022, p. 1; Reg. (UE) n. 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), in G.U.U.E L 265, 12 ottobre 2022, p. 1.

¹¹ L'art. 3, lett. i) e lett. j), DSA definisce le piattaforme *online* e i motori di ricerca *online* nei seguenti termini: per piattaforma *online* si intende «un servizio di memorizzazione di informazioni che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde informazioni al pubblico, tranne qualora tale attività sia una funzione minore e puramente accessoria di un altro servizio o funzionalità minore del servizio principale e, per ragioni oggettive e tecniche, non possa essere utilizzata senza tale altro servizio e a condizione che l'integrazione di tale funzione o funzionalità nell'altro servizio non sia un mezzo per eludere l'applicabilità del (...) Regolamento»; un motore di ricerca *online*, invece, è «un servizio intermedio che consente all'utente di formulare domande al fine di effettuare ricerche, in linea di principio, su tutti i siti web, o su tutti i siti web in una lingua particolare, sulla base di un'interrogazione su qualsiasi tema sotto forma di parola chiave, richiesta vocale, frase o di altro input, e che restituisce i risultati in qualsiasi formato in cui possono essere trovate le informazioni relative al contenuto richiesto».

¹² Si precisa che, dal combinato disposto degli artt. 2.1) e 3, par. 1, DMA, un'impresa che fornisce servizi di piattaforma di base è designata come *gatekeeper* «se: a) ha un impatto significativo sul mercato interno; b) fornisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (gateway) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; e c) detiene una posizione consolidata e duratura, nell'ambito delle proprie attività, o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro». Le piattaforme *online* e i motori di ricerca di dimensioni molto grandi sono designati come tali in virtù dei criteri ex art. 33 DSA: in particolare, occorre che abbiano un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni.

dal diritto della concorrenza (“considerando” 45), e all’art. 74, par. 2, stabilisce che le autorità nazionali di vigilanza del mercato, nell’ambito dei loro obblighi di segnalazione a norma dell’art. 34, par. 4, del Regolamento (UE) 2019/1020¹³, devono comunicare annualmente alla Commissione e alle pertinenti autorità nazionali garanti della concorrenza qualsiasi informazione “di potenziale interesse per l’applicazione del diritto dell’Unione in materia di concorrenza” che sia stata individuata nel corso delle attività di vigilanza del mercato. Per altro verso, è evidente il tentativo lato UE di includere nel campo di applicazione del DMA anche sistemi e modelli quali l’IA generativa e i *large language models*.

II. *AI act* e approccio al rischio

Il Regolamento 2024/1689 ha il duplice scopo di regolamentare l’utilizzo dell’IA in modo tale da non limitare lo sviluppo tecnologico e, al contempo, fare in modo che il suo utilizzo avvenga nel rispetto dei diritti fondamentali e dei valori europei *ex art. 2 TUE*. In un’ottica di bilanciamento tra sviluppo tecnologico e tutela dei singoli, il Regolamento sull’IA adotta un approccio basato sul rischio, al pari di altri strumenti adottati in ambito digitale e, segnatamente, del GDPR.

II.1. I paradigmi del rischio alto e del rischio sistemico

Il Regolamento vieta l’impiego di quei sistemi di intelligenza artificiale potrebbero compromettere i valori fondanti dell’UE

¹³ Reg. (UE) n. 2019/1020 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 sulla vigilanza del mercato e sulla conformità dei prodotti e che modifica la direttiva 2004/42/CE e i regolamenti (CE) n. 765/2008 e (UE) n. 305/2011, in G.U.U.E L 169, 25 giugno 2019, p. 1.

e, nello specifico, la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali; un rischio, questo, qualificato come inaccettabile. Tra i sistemi elencati in via esaustiva all’art. 5, vale la pena menzionare quelli di categorizzazione biometrica che utilizzano informazioni sensibili (es. convinzioni politiche, religiose, filosofiche, orientamento sessuale, razza); di raccolta non mirata di immagini facciali da Internet o filmati CCTV per creare database di riconoscimento facciale; di riconoscimento delle emozioni sul posto di lavoro e nelle istituzioni educative; sistemi di *social scoring* basati sul comportamento sociale o sulle caratteristiche personali; sistemi di manipolazione del comportamento umano per aggirare il libero arbitrio; e, infine, sistemi che sfruttano le vulnerabilità delle persone (a causa della loro età, disabilità, situazione sociale o economica).

Per tutti gli altri sistemi, invece, è stata costruita “una piramide del rischio” in cui a diverso livello di rischio corrisponde un’opzione regolatoria, secondo una prospettiva di «precauzione costituzionale». Nello specifico, i sistemi di IA considerati ammissibili sono suddivisi in tre diversi gruppi: sistemi a rischio minimo; sistemi a rischio limitato; e sistemi che comportano un alto rischio.

I sistemi di IA a rischio minimo sono quelli utilizzati per la traduzione automatica, videogiochi o filtri *antispy*; mentre la categoria dei sistemi a rischio limitato include i *software* che impiegano sistemi automatici di intelligenza artificiale (come i *chatbot*) e quelli utilizzati per produrre contenuti audio o video e per identificare le emozioni o rilevare dati biometrici senza l’intento di tracciare l’utilizzatore finale.

I sistemi ad alto rischio sono classificati tenendo in considerazione due parametri: la destinazione d’uso e la loro rilevanza in settori socioeconomici che possono determinare un danno alla salute, alla sicurezza, ai diritti fondamentali, all’ambiente, alla democrazia

e allo Stato di diritto. L'articolazione prevista dall'art. 6 del Regolamento è particolarmente complessa e si avvale dell'allegato III per dettagliare le diverse tipologie di sistemi che ricadono in questa categoria. Tuttavia, non si tratta di una lista esautiva, dal momento che il Regolamento attribuisce alla Commissione il potere di modificare l'elenco attuale, integrando o rimuovendo i sistemi definiti ad alto rischio sulla base di sviluppi ed esigenze futuri (art. 7).

Nel testo finale dell'*AI Act* sono state altresì inserite norme specifiche per i modelli GPAI, ovvero per quei modelli caratterizzati da "una generalità significativa", che siano in grado di "svolgere con competenza un'ampia gamma di compiti distinti" e che possano essere integrati "in una varietà di sistemi o applicazioni a valle". Essendo addestrati con grandi quantità di dati e con complessità avanzate e avendo capacità e prestazioni ben al di sopra della media, per questi modelli di IA è stata introdotta la classificazione di "rischio sistemico" di cui all'art. 51 del Regolamento.

La scelta di utilizzare una strategia basata sul rischio è a suo modo funzionale ad una opportuna distinzione tra i diversi sistemi di IA e sui modelli su cui questi si basano, garantendo una consapevole valutazione sul loro impatto in termini collettivi. Inoltre, questo tipo di impostazione estende la nozione di "sistema *by design*" anche all'intelligenza artificiale, secondo un approccio precauzionale finalizzato a garantire la sicurezza degli utenti in tutto il ciclo di vita del sistema. Ciononostante, non possono essere sottovalutati i possibili problemi applicativi di questa impostazione vista l'astrattezza e la natura preventiva dell'identificazione del rischio in un contesto, quale quello tecnologico, costantemente in mutazione ed evoluzione.

II.2. Principali limiti e obblighi in funzione delle categorie di rischio

Al fine di garantire una elevata protezione dei singoli già in via preventiva, il Regolamento 2024/1689 prevede, a carico dei fornitori e dei *deployer*¹⁴ dei sistemi di IA, obblighi di natura proporzionale rispetto al loro grado di rischio.

Data la loro natura, per i sistemi a rischio minimo non è prevista alcuna restrizione e viene solamente richiesta l'adesione a codici di condotta e ad un sistema di *accountability* rimesso essenzialmente alla scelta volontaria dei *deployer*. I sistemi a rischio limitato sono sottoposti a obblighi di mera trasparenza e segnalazione in modo tale da garantire che gli individui siano consapevoli che stanno interagendo con una macchina e non con un essere umano. Tenuto conto della delicatezza degli ambiti su cui insistono i sistemi di IA ad alto rischio e il loro potenziale impatto discriminatorio, essi sono invece assoggettati ad una disciplina ben più stringente con obblighi e divieti volti a garantirne la trasparenza, l'affidabilità e il controllo da parte dell'essere umano. In particolare, il Regolamento sull'IA prevede due strumenti applicabili ai sistemi ad alto rischio prima di poter essere introdotti nel mercato dell'Unione: (i) una valutazione di conformità e (ii) una valutazione d'impatto sui diritti fondamentali.

i) La produzione di una valutazione di conformità (*compliance assessment*) grava sul fornitore dei sistemi di IA secondo modalità analoghe a quelle previste per altri prodotti regolamentati a livello europeo.

¹⁴ Ai sensi dell'art. 3 del reg. 2024/1689, il "*deployer*" è «una persona fisica o giuridica, un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo che utilizza un sistema di IA sotto la propria autorità, tranne nel caso in cui il sistema di IA sia utilizzato nel corso di un'attività personale non professionale».

Per poter essere immessi nel mercato, i sistemi e i prodotti di IA appartenenti alla categoria dell'alto rischio dovranno risultare conformi ai requisiti di sicurezza e tutela della salute. Tale valutazione può essere effettuata in tre modi diversi a seconda della natura del sistema interessato.

Nel caso di sistemi di IA utilizzati come componenti di prodotti già valutati in termini di sicurezza (es. dispositivi medici o giocattoli), i requisiti stabiliti nell'*AI Act* saranno integrati nella legislazione in materia di sicurezza settoriale esistente e, dunque, nelle valutazioni di conformità svolte *ex ante* da terze parti. L'obiettivo è quello di evitare la duplicazione degli oneri amministrativi e di mantenere responsabilità distinte, garantendo al contempo una forte coerenza tra i diversi ambiti di regolamentazione.

Invece, i sistemi di IA ad alto rischio utilizzati per il reclutamento, per determinare l'accesso alle istituzioni educative e profilare le persone per le forze dell'ordine sono definiti sistemi autonomi. Quest'ultimi dovranno soddisfare i requisiti stabiliti nell'*AI Act*, che spaziano dalla qualità dei dati utilizzati, alla documentazione tecnica e alla conservazione dei dati, dalla trasparenza alla fornitura di informazioni agli utenti, dalla sorveglianza umana alla robustezza, dall'accuratezza alla cybersecurity; tutti elementi, questi, che devono rispondere ad appositi *standard* di conformità elaborati dai due enti di normazione europea, CEN e CENELEC¹⁵.

I fornitori di sistemi di IA autonomi ad alto rischio hanno due opzioni per condurre valutazioni di conformità. Essi possono effettuare (a) valutazioni di conformità *ex ante* basate sul controllo interno, oppure

(b) coinvolgere un revisore esterno (definito "organismo notificato") per valutare il loro sistema di gestione della qualità e la documentazione tecnica. La procedura (a) è un'opzione laddove il sistema di IA autonomo ad alto rischio sia pienamente conforme ai requisiti previsti dal Regolamento. Quando, invece, la conformità sia solo parziale o non esistano ancora norme armonizzate, i fornitori sono obbligati a seguire la procedura (b). A prescindere dalla procedura utilizzata, al termine verrà rilasciata una dichiarazione europea di conformità, emessa dal fornitore e messa a disposizione delle autorità nazionali designate da ciascuno Stato membro, e i sistemi di IA otterranno la marcatura CE e saranno registrati in un'apposita banca dati accessibile al pubblico, per poi essere immessi sul mercato.

A completamento del quadro, occorre sottolineare che l'art. 43 del Regolamento sull'IA prevede un meccanismo di revisione della valutazione di conformità dopo ogni "modifica sostanziale" dei sistemi di IA ad alto rischio, salvo si tratti di sistemi che proseguono il loro apprendimento dopo essere stati immessi sul mercato o messi in servizio; in questo caso, le variazioni apportate dal fornitore rispetto alla valutazione di conformità originaria non costituiscono una modifica sostanziale.

ii) L'art. 27 del Regolamento stabilisce l'elaborazione di una valutazione d'impatto sui diritti fondamentali (*Fundamental Rights Impact Assessment* o FRISA) a carico dei *deployer* afferenti sia al settore pubblico che a quello privato, essendo questi nella posizione migliore per capire come il sistema di IA ad alto rischio sarà utilizzato concretamente. A motivo, infatti, di una conoscenza più precisa del contesto di utilizzo, i *deployer* sono in grado di identificare potenziali rischi significativi, non previsti nella fase di sviluppo, nei confronti di persone o specifiche categorie di persone, compresi i gruppi emarginati

¹⁵ Commissione europea, Implementing decision C(2023)3215 of 22.5.2023 on a standardisation request to the European Committee for Standardisation and the European Committee for Electrotechnical Standardisation in support of Union policy on artificial intelligence.

e vulnerabili. Per questo, la valutazione dovrà essere compiuta prima di mettere in servizio il sistema, valutando, fra gli altri elementi, “le categorie di persone fisiche e gruppi verosimilmente interessati dall’uso del sistema”, la conformità del sistema con il diritto UE e nazionale in materia di diritti fondamentali e l’impatto ragionevolmente prevedibile sui medesimi. L’operatore dovrà informare l’autorità nazionale di vigilanza e le parti interessate per raccogliere le informazioni pertinenti ritenute necessarie per effettuare la valutazione d’impatto che sarà poi resa disponibile al pubblico.

È rilevante notare che agli operatori di sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio viene permesso di effettuare una valutazione di impatto sui diritti fondamentali congiuntamente a quella sulla protezione dei dati prevista dall’art. 35 del GDPR. Di conseguenza, gli operatori di tali sistemi dovranno eseguire due valutazioni d’impatto: una, più generale, sui i diritti fondamentali (ad esempio il diritto alla salute, il divieto di discriminazione, la tutela dei consumatori e dei gruppi vulnerabili), un’altra, più specifica, focalizzata esclusivamente sulla tutela della riservatezza e dei dati personali. A differenza di quanto accade per le valutazioni di impatto, tuttavia, nel caso del FRIA il Regolamento non precisa nulla circa eventuali revisioni nel caso di potenziali evoluzioni dei sistemi di IA.

A fronte di questi specifici obblighi in capo a fornitori e *deployer* di sistemi di IA ad alto rischio, vale la pena soffermarsi sugli obblighi rispetto ai modelli GPAI che, non essendo propriamente sistemi di IA, sono regolamentati separatamente. Infatti, i fornitori sono soggetti a obblighi distinti che possono essere considerati una versione semplificata degli obblighi per i sistemi di IA. Tra le altre cose, ai sensi dell’art. 53 del Regolamento, devono creare e mantenere la documentazione tecnica, elaborare una politica relativa al

rispetto della normativa sul copyright e creare un riepilogo dettagliato del contenuto utilizzato per addestrare il modello GPAI. Quanto, poi, ai modelli GPAI con rischi sistemici, i fornitori hanno ulteriori obblighi *ex art.* 55, tra cui lo svolgimento di valutazioni sui modelli, la valutazione e l’attenuazione dei rischi sistemici, la documentazione e la segnalazione di gravi incidenti, nonché un’adeguata protezione della sicurezza informatica.

Da questa ricostruzione complessiva, pare evidente l’attribuzione di concatenati obblighi di *due diligence* a carico degli operatori privati che, nella fase precedente all’immissione nel mercato dei sistemi di IA, non solo svolgeranno dei test di conformità rispetto agli *standard* stabiliti dagli enti di normazione europei ma saranno altresì chiamati ad effettuare, in via esclusiva, un bilanciamento tra i diritti e gli interessi economici in gioco. Come di seguito illustrato, invece, il Regolamento sull’IA introduce un sistema di *governance* basato su una pluralità di soggetti di natura pubblica, coinvolti nella fase di monitoraggio successiva all’immissione, la messa in servizio e l’uso dei sistemi di IA nel mercato dell’Unione europea.

III. *AI Act* e profili innovativi in tema di governance

Il complessivo sistema di *governance* previsto dall’*AI Act* si articola su un doppio livello: quello nazionale e quello sovranazionale. Il livello nazionale si affida ad un’autorità di notifica e ad un’autorità di vigilanza del mercato operante conformemente al Regolamento (UE) 2019/1020. Invece, il livello sovranazionale – dove la Commissione europea svolge un ruolo determinante – comprende quattro strutture: l’Ufficio per l’IA, di fatto interno alla Commissione; il Consiglio per l’IA,

che comprende rappresentanti degli Stati membri; il Forum consultivo, composto da *stakeholders*; e il Gruppo di esperti scientifici indipendenti. A questi, introdotti specificamente dall'*AI Act*, si aggiunge il Garante europeo per la protezione dei dati personali, cui è affidato il potere di vigilanza rispetto all'utilizzo dei sistemi di IA da parte delle istituzioni europee.

III.1. Livello nazionale: natura, tipologia e funzioni primarie delle autorità indipendenti

L'art. 70 del Regolamento sull'IA impone agli Stati membri di designare una o più autorità nazionali competenti, con funzioni di vigilanza del mercato e della sua corretta applicazione. Gli Stati membri possono decidere se creare un'autorità di controllo per l'IA *ad hoc* o affidare le relative funzioni e responsabilità ad un'autorità indipendente già esistente. Ad ogni modo, come specificato al paragrafo 3 della medesima disposizione, è necessario che le autorità nazionali competenti «dispongano di sufficiente personale permanentemente disponibile, le cui competenze e conoscenze comprendono una comprensione approfondita delle tecnologie, dei dati e del calcolo dei dati di IA, della protezione dei dati personali, della cibersicurezza, dei diritti fondamentali, dei rischi per la salute e la sicurezza e una conoscenza delle norme e dei requisiti giuridici esistenti».

Gli Stati membri possono decidere di nominare qualsiasi tipo di entità pubblica, conformemente alle loro specifiche caratteristiche ed esigenze organizzative nazionali. Tuttavia, le autorità dovranno agire «in modo indipendente, imparziale e senza pregiudizi, in modo da salvaguardare i principi di obiettività delle loro attività e dei loro compiti nell'applicazione e attuazione del Regolamento». Nell'economia complessiva del Regolamento, il rinvio a tali requisiti è coerente con i compiti affidati alle autorità

che, pur non essendo organi giurisdizionali, avranno anche poteri investigativi e correttivi. L'attenzione all'imparzialità delle autorità di vigilanza è invece legata al principale obiettivo dell'*AI Act*, ovvero all'esigenza di promuovere un elevato livello di tutela dei diritti fondamentali che saranno profondamente e trasversalmente toccati dai sistemi di intelligenza artificiale.

Sul piano operativo, all'art. 74 del Regolamento, il legislatore ha avuto premura di articolare i poteri delle autorità di vigilanza create *ex novo* rinviando esplicitamente al sistema istituito dal Regolamento 2019/1020 e specificando le due funzioni principali.

La prima funzione sarà essenzialmente di supporto dal momento che le autorità potranno fornire orientamenti e consulenza sull'attuazione del Regolamento, in particolare in favore delle PMI, comprese le *start-up*, tenendo conto, a seconda dei casi, degli orientamenti e della consulenza del Comitato scientifico e della Commissione.

La seconda funzione, ben più articolata, comprende invece la pura vigilanza. Sebbene, infatti, la maggior parte dei sistemi di IA non sia soggetta a requisiti e obblighi specifici in quanto non categorizzati come ad alto rischio, le autorità di vigilanza del mercato potranno adottare misure in relazione a tutti i sistemi di IA che presentino un rischio conformemente al Regolamento. Le autorità potranno quindi chiedere informazioni ai fornitori, compresi quelli di modelli di IA, e accedere alla documentazione, sollecitare l'adozione di misure correttive e il ritiro del sistema dal mercato qualora non conforme a quanto previsto dal Regolamento.

Fatti salvi i poteri di controllo di propria iniziativa, ai sensi dell'art. 73 dell'*AI Act* l'adozione delle menzionate misure potrebbe avvenire a seguito della ricezione di segnalazioni relative a gravi incidenti da parte dei fornitori di IA, di cui l'autorità di vigilanza dovrà informare gli organismi pubblici

nazionali nonché la Commissione sulla base di quanto già previsto dagli artt. 19 e 20 del Regolamento 2019/1020. In alternativa, come stabilito dall'art. 85, «qualsiasi persona fisica o giuridica» che abbia motivo di ritenere che vi sia stata una violazione delle disposizioni dell'*AI Act* potrà presentare all'autorità di vigilanza un reclamo motivato. Questa opportunità rappresenta un elemento estremamente positivo poiché, inserito per volontà del Parlamento europeo, si aggiunge ai rimedi giurisdizionali e amministrativi volti a dare concretezza al diritto ad un ricorso effettivo stabilito all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali. Spetterà poi agli Stati membri stabilire le modalità di raccordo con il sistema di tutela giurisdizionale nazionale, una volta designate le autorità competenti.

Qualora le misure correttive non siano sufficienti, l'art. 99 introduce la possibilità per le autorità di vigilanza di adottare sanzioni pecuniarie e altre misure di esecuzione, inclusi avvertimenti e misure di natura non pecuniaria, applicabili in caso di violazione del Regolamento da parte degli operatori. Mentre non si ritrovano specifiche circa la portata delle potenziali misure non pecuniarie, lasciando così liberi gli Stati di stabilire le regole di dettaglio, il Regolamento è più stringente rispetto alle condizioni affinché le autorità possano infliggere sanzioni pecuniarie di carattere amministrativo. Infatti, all'art. 99, par. 7, è espressamente richiesto di tenere in debita considerazione tutte le circostanze pertinenti della situazione specifica e, nel caso, di ulteriori criteri ivi menzionati.

Quanto all'importo delle sanzioni pecuniarie, il Regolamento prevede dei massimali fissati sulla base di due riferimenti alternativi: un ammontare predefinito oppure una percentuale del fatturato annuo globale nell'anno finanziario precedente. Si tratterebbe, quantitativamente, di € 35 milioni o del 7% del fattu-

rato per violazioni circa l'applicazione di sistemi di IA vietati; € 15 milioni o il 3% del fatturato per violazioni degli obblighi previsti dal Regolamento; e, infine, € 7,5 milioni o l'1,5% del fatturato per la comunicazione di informazioni errate. Tenuto conto di queste soglie, gli Stati membri dovranno stabilire sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive, comprese le sanzioni amministrative, e comunicarle alla Commissione. In aggiunta, spetterà sempre agli Stati introdurre delle regole che definiscano in quale misura potranno essere inflitte sanzioni ad autorità pubbliche e organismi pubblici nazionali in caso di violazione degli obblighi previsti dall'*AI Act*.

In ogni caso, l'esercizio da parte dell'autorità di vigilanza del mercato dei poteri sanzionatori dovrà essere soggetto alle garanzie procedurali previste dal diritto dell'Unione e da quello nazionale, inclusi il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo e il giusto processo. Preme comunque precisare che la funzione sanzionatoria non è demandata in via esclusiva alle autorità di vigilanza che dovranno controllare sulla corretta applicazione del Regolamento. Infatti, il paragrafo 9 dell'art. 99 lascia liberi gli Stati di prevedere che le sanzioni pecuniarie siano inflitte dai tribunali nazionali competenti o da altri organismi, secondo il proprio ordinamento giuridico nazionale.

III.2. Livello sovranazionale:

organi competenti e influenza
della Commissione europea

Ulteriori aspetti innovativi si colgono da un'analisi delle disposizioni riguardanti il livello sovranazionale del sistema di *governance* dell'*AI Act*. Il riferimento va inizialmente al capo VII del Regolamento, ma meritano di essere fatti cenni anche a regole sancite all'interno dei capi IX (in tema di monitoraggio) e XI (sulle sanzioni).

Il dato più evidente, a seguito di una prima lettura dell'atto, è la compresenza di più organi nel sistema di *governance*: nella sezione I del capo VII sono menzionati l'Ufficio per l'IA (art. 64), il Consiglio per l'IA (artt. 65 e 66), il Forum consultivo (art. 67) e il Gruppo di esperti indipendenti (art. 68). Scendendo più nel dettaglio, e guardando anche oltre il Regolamento, si colgono poi vari aspetti interessanti.

Intanto, va detto che solo il Consiglio dell'IA era stato contemplato nella proposta della Commissione, anche se era stato immaginato un "comitato" e comunque in forma diversa dall'organo emerso dalla procedura legislativa. Non va nemmeno dimenticato che l'Ufficio per l'IA, indicato per la prima volta dal Parlamento europeo durante l'*iter*, è stato oggetto di interventi successivi che ne hanno modificato di volta in volta gli aspetti essenziali.

Si sottolinea altresì come la natura di questi organi sia profondamente diversa. L'Ufficio per l'IA è una "funzione" della Commissione, dunque un centro di potere che esprime più o meno direttamente l'essenza "comunitaria" dell'attuazione della normativa. Al contrario, il Consiglio per l'IA è composto di un rappresentante per Stato membro, e porta quindi in dote elementi più tipici della dimensione intergovernativa. Forum consultivo e Gruppo di esperti indipendenti, invece, riuniscono esponenti di categorie di portatori di interessi e della società civile, oltre che soggetti qualificati: la composizione del primo, che vede coinvolte figure di diverso profilo, deve garantire un equilibrio tra interessi commerciali e non, mentre il secondo annovera personalità dalle comprovate competenze e conoscenze tecnico-scientifiche nel campo dell'IA.

Diverse sono anche le funzioni che gli organi in questione esercitano. È vero che tutti supportano l'attuazione e l'esecuzione del Regolamento fornendo assistenza e consulenza; tuttavia, il raggio di azione di Forum consultivo e Gruppo di esperti indi-

pendenti è più circoscritto rispetto a quello del Consiglio per l'IA e, soprattutto, all'Ufficio per l'IA, presentato come il centro di competenze di tutta l'Unione nella materia di cui trattasi.

C'è però un collegamento evidente tra questi organi, dato dall'influenza della Commissione europea su di essi, non solo nella sua qualità di beneficiario principale delle rispettive attività. Il caso più eclatante è quello dell'Ufficio per l'IA, il quale, come si è anticipato poc'anzi, in pratica è parte della Commissione medesima. Tale organo di fatto non viene disciplinato dall'*AI Act*, che lo richiama soltanto, ma da una decisione della Commissione adottata addirittura prima del Regolamento¹⁶, e già questa circostanza è molto singolare e sintomatica dei poteri che la Commissione può esercitare. Riguardo al Consiglio per l'IA, che in una certa misura serve anche da punto di raccordo per le autorità nazionali competenti, il grado di autonomia dalla Commissione è aumentato se si considera che il "comitato" elaborato nella proposta di Regolamento sull'IA avrebbe dovuto essere presieduto proprio da questa istituzione; l'*AI Act* riproduce tutt'altre logiche, giacché è uno dei rappresentanti degli Stati membri a presiedere l'organo, ma non sfugge che l'Ufficio per l'IA partecipa alle riunioni del Consiglio per l'IA e svolge al suo interno le funzioni di segretario. Più diretto è il rapporto tra Commissione, da una parte, e Forum consultivo e Gruppo di esperti indipendenti, dall'altra: è infatti la Commissione a nominare o selezionare i membri di entrambi gli organi e, nel caso del Gruppo di esperti, a determinarne l'istituzione con atto di esecuzione.

A fronte di questo nuovo impianto di *governance* sovranazionale, non va

¹⁶ Dec. Comm. UE, 24 gennaio 2024, n. C/2024/1459, che istituisce l'Ufficio europeo per l'intelligenza artificiale, in G.U.U.E. C del 14 febbraio 2024, p. 1.

trascurato il ruolo giocato dal Garante europeo per la protezione dei dati (di seguito: Garante europeo o GEPD), designato quale autorità di vigilanza del mercato competente per le istituzioni, organi e organismi dell'Unione. Rispetto dunque alla definizione di "autorità di vigilanza del mercato" stabilita all'art. 3, par. 4, del Regolamento 2019/1020 applicabile negli Stati membri, il "mercato" in cui il GEPD va ad esercitare il ruolo di autorità di vigilanza non è limitato ad un territorio fisico, ma si estende ad ogni spazio in cui il sistema di IA viene fornito da parte delle istituzioni, degli organismi e degli organi dell'Unione che rientrano nell'ambito di applicazione dell'*AI Act*.

Quanto ai suoi compiti, il Garante europeo è chiamato a monitorare l'applicazione dell'*AI Act* e intervenire con gli strumenti attribuiti alle autorità di vigilanza nazionali. Per analogia, anche il Garante europeo potrà quindi adottare misure provvisorie per vietare o limitare la messa a disposizione o la messa in servizio del sistema di IA sul mercato, per ritirare il prodotto o il sistema di IA autonomo dal mercato o per richiamarlo. Il Garante avrà poi la possibilità di acquisire i reclami dei singoli (nella veste di persone fisiche o giuridiche) previsti dall'art. 85 in caso di violazioni dell'*AI Act* da parte delle istituzioni e degli organismi dell'Unione, senza pregiudicare gli altri possibili rimedi amministrativi o giudiziari, quali ad esempio quelli avviati di fronte alla Corte di giustizia.

Il Regolamento attribuisce anche al GEPD il potere di infliggere sanzioni pecuniarie alle istituzioni, alle agenzie e agli organismi dell'Unione in caso di violazione delle norme previste dall'*AI Act*. Questo "tesoretto" derivante dalle sanzioni andrà a contribuire al bilancio generale dell'Unione. L'art. 100 va a dettagliare tale potere, specificando le condizioni che dovranno essere rispettate per poter procedere con l'inflizione delle sanzioni. Rispetto al meccanismo sanziona-

torio previsto per i soggetti privati ai sensi dell'art. 99, si prevede esplicitamente la sola possibilità di infliggere misure pecuniarie, peraltro particolarmente esigue rispetto a quelle imposte nei confronti degli operatori privati. Infatti, per le istituzioni dell'Unione la non conformità al divieto delle pratiche di IA di cui all'art. 5, ovvero quelle vietate, sarà soggetta a sanzioni amministrative pecuniarie fino a €1 milione e mezzo; la non conformità del sistema di IA ai requisiti o agli altri obblighi previsti dal Regolamento, sarà soggetta a sanzioni fino a € 750 mila. In queste circostanze, tenuto conto del pieno diritto di difesa delle parti, il Garante dovrà concedere alle istituzioni/organi dell'Unione l'opportunità di esprimersi in merito all'eventuale violazione, valutando poi la sanzione da infliggere sulla base dei criteri di cui all'art. 100, par. 1. Quest'ultimo, tuttavia, non prevede esplicitamente la possibilità per la Corte di giustizia di esaminare le sanzioni applicate dal Garante, sebbene possa venire in soccorso l'art. 64 del Regolamento 2018/1725 che riconosce alla Corte di giustizia il potere di estinguere, ridurre o aumentare la sanzione pecuniaria inflitta.

Le constatazioni appena effettuate servono a tracciare la prima parte della traiettoria che spinge la disciplina del sistema di *governance* dell'*AI Act* ben al di fuori del predetto capo VII, riportandola a varie disposizioni che enunciano prerogative di prim'ordine della Commissione europea. Segnatamente, il Regolamento sull'IA si distingue per l'assegnazione alla Commissione di poteri in parte inconsueti a proposito dell'introduzione di obblighi *in itinere*, della possibilità di prendere decisioni specifiche e del controllo sui soggetti più prossimi ai rischi che la riforma mira a scongiurare o ridurre.

Il senso di questa evoluzione del ruolo della Commissione è da rinvenirsi nella selezione e nella gradazione, ad opera del legislatore dell'Unione, delle categorie di rischio e, per l'effetto, della scala di priorità

degli interventi da realizzare in sede di attuazione ed esecuzione. In altre parole, maggiore è il rischio sollevato dal sistema o dal modello di IA interessato, più intensi diventano i poteri che la Commissione può mettere in campo.

Stando al Regolamento, la Commissione può adottare atti delegati ed esecutivi, naturalmente in conformità agli artt. 290 e 291 TFUE. Può esercitare questi poteri normativi in una gamma piuttosto vasta di situazioni, andando tra l'altro a toccare punti sensibili (nevralgici?) dell'atto legislativo. Certo, l'art. 97 dell'*AI Act* afferma che la delega di potere ha una base di cinque anni e può essere revocata in qualsiasi momento da Parlamento europeo e Consiglio e l'art. 98 rinvia alla "procedura di comitato"¹⁷; senonché, i limiti ai poteri normativi della Commissione sembrano alquanto tenui, soprattutto alla luce di una prassi ormai consolidata.

La *ratio* della delega di potere si rinviene specialmente nell'esigenza di efficientare la gestione dei rischi alti o sistemici, anche se la Commissione normalmente deve procedere previa valutazione di specifiche condizioni, talvolta assistite da criteri predefiniti. In particolare, la Commissione può adottare atti delegati modificare l'Allegato III dell'*AI Act*, incidendo sulle ipotesi previste o sui casi d'uso, come disposto dagli artt. 6, par. 6, e 7, par 1 e par. 3, del Regolamento. È sempre con atti delegati che la Commissione può decidere di rivedere la valutazione di conformità dei sistemi di IA ad alto rischio, aggiornando condizioni e

procedure¹⁸. Analogamente, pure le regole applicabili ai modelli di IA per finalità generali con rischio sistemico *ex art.* 51 possono divenire oggetto di intervento della Commissione attraverso questa tipologia di misure; ciò eventualmente per cambiare criteri ed indicatori sostanziali per la designazione di tali modelli, nonché gli oneri che i rispettivi fornitori devono soddisfare con riguardo alla documentazione tecnica e alle informazioni da fornire¹⁹.

L'approccio in discussione è completato da una serie di disposizioni che affidano alla Commissione il potere di adottare atti esecutivi. Un esempio è l'art. 41, par. 1, del Regolamento, che consente alla Commissione di stabilire, in determinate circostanze, specifiche comuni per i requisiti applicabili ai sistemi di IA ad alto rischio (artt. 8-15). In aggiunta, in forza dell'art. 56 la Commissione approva con atti di esecuzione i codici di buone pratiche, anche per conferirvi una validità generale all'interno dell'Unione²⁰; laddove poi questi ultimi non siano stati resi disponibili in tempo utile, la Commissione può adottare atti di esecuzione per stabilire norme comuni circa l'attuazione degli obblighi a carico dei fornitori di modelli GPAL, compresi quelli ad alto rischio²¹. E ancora, anche il piano di monitoraggio successivo all'immissione sul mercato dei sistemi di IA ad alto rischio è stabilito tramite apposito atto di esecuzione della Commissione (art. 72, par. 3).

¹⁸ Art. 45, par. 5 e par. 6, *AI Act*. Il potere di delega può quindi essere esercitato anche sull'Allegato VI (relativo al controllo interno) e sull'Allegato VII (inerente alla valutazione del sistema di gestione della qualità e la valutazione della documentazione tecnica, con il coinvolgimento di un organismo notificato).

¹⁹ Artt. 51, par. 3, 52, par. 4, 53, par. 5 e par. 6, oltre agli Allegati XI, XII e XIII *AI Act*.

²⁰ Art. 56, par. 6, *AI Act*.

²¹ Sono questi i contenuti più rilevanti dei codici di buone pratiche, in base a quanto si ricava dall'art. 56, par. 2, *AI Act*.

¹⁷ Si tratta della procedura d'esame di cui all'art. 5 del Reg. (UE) n. 182/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011 che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione, in G.U.U.E. L 55, 18 febbraio 2011, p. 13 (per quanto attiene all'adozione di atti di esecuzione).

Oltre a quanto appena indicato, la Commissione può esercitare altre prerogative importanti. Su tutte si segnalano le seguenti: decidere, se del caso *ex officio*, che un modello di IA per finalità generali debba essere classificato come modello a rischio sistemico, in base all'art. 51, par. 1, lett. b)²²; stabilire, a norma dell'art. 46, par. 5 e par. 6, se sia giustificata o meno l'autorizzazione nazionale all'immissione sul mercato o la messa in servizio di specifici sistemi di IA ad alto rischio per motivi eccezionali di sicurezza pubblica o di protezione della vita e della salute delle persone e di protezione dell'ambiente o dei principali beni industriali e infrastrutturali; azionare la cosiddetta "procedura di salvaguardia dell'Unione", in virtù dell'art. 81, per intervenire in prima persona al fine di decidere sulla conformità di misure interne alle norme apicali del sistema di tutela contro i rischi cui l'*AI Act* è indirizzato.

Vanno infine richiamati i poteri di supervisione, indagine, esecuzione e monitoraggio in relazione ai fornitori di modelli GPAI, che competono esclusivamente alla Commissione. Gli artt. 88 ss. *AI Act* sanciscono prerogative di impatto potenzialmente notevole, dal momento che la Commissione può rivolgersi ai fornitori dei suddetti modelli anche per richiedere documenti e informazioni, compiere indagini, ordinare l'attuazione di misure.

A ciò si somma il potere di irrogare sanzioni pecuniarie, regolato dall'art. 101. La Commissione, infatti, può esercitare tale potere in numerose fattispecie, essendo sufficiente rilevare che una violazione intenzionale o negligente delle disposizioni del Regolamento applicabili ai fornitori dei modelli GPAI. Ed anche se la procedura prevede ovvie garanzie a favore dell'interessato, come il diritto di essere ascoltato, l'onere da parte della Commissione di

rispettare il principio di proporzionalità e l'eventualità che la Corte di giustizia possa sindacare anche nel merito le decisioni con cui sono comminate le sanzioni, non va dimenticato che l'art. 101 stabilisce delle soglie massime alquanto elevate: fermo restando che ogni sanzione dovrà essere effettiva e dissuasiva, la Commissione potrà esigere pagamenti fino al 3% del fatturato mondiale annuo totale dell'esercizio precedente o a € 15 milioni, se superiore.

Da quanto precede si ricava l'attribuzione alla Commissione di una funzione di vigilanza a tratti "rafforzata", che trascende i poteri sanzionatori, diretti o mediati, espressamente previsti dai Trattati istitutivi: ci si riferisce specialmente alle condanne degli Stati membri al pagamento di somme pecuniarie in esito a procedure di infrazione previste dall'art. 260 TFUE o a procedimenti volti alla pronuncia di provvedimenti provvisori secondo l'art. 279 TFUE, nonché alle ammende inflitte a imprese in attuazione della politica UE di concorrenza. E proprio a tale proposito, l'*AI Act* sviluppa ulteriormente l'approccio che innerva il DSA e il DMA, poiché, entro certi limiti, contempla meccanismi simili a quelli sviluppati dall'Unione nel corso del tempo nell'area del diritto *antitrust*.

IV. Attuazione dell'*AI Act*

ed esigenze di leale cooperazione

Al di là dal ruolo predominante esercitato dalla Commissione europea, la struttura di *governance* illustrata richiede che i singoli attori coinvolti, e in particolare le autorità di vigilanza, interagiscano reciprocamente e garantiscano un elevato livello di cooperazione. Nello specifico, due sono gli scenari di interazione su cui vale la pena soffermarsi, anche a motivo dei collegamenti con il diritto UE in

²² Si veda anche l'art. 52, par. 4, *AI Act*.

materia di concorrenza. Il primo scenario è riconducibile al rapporto tra autorità di vigilanza appartenenti al medesimo Stato membro e che potrebbero vantare una competenza in ordine all'applicazione dell'*AI Act*. Il secondo scenario riguarda, invece, l'interazione tra autorità di vigilanza operanti in diversi Stati membri o con il Garante europeo qualora, ad esempio, talune categorie di sistemi di IA presentino un rischio grave in due o più Stati membri oppure a livello UE.

IV.1 Monitoraggio interno e dimensione "orizzontale" della leale cooperazione

Agli Stati membri è garantita la discrezionalità di indicare una o più autorità di vigilanza del mercato che provvedano a dare corretta applicazione all'*AI Act*. Tuttavia, il Regolamento prevede tre eccezioni rispetto alla determinazione delle autorità competenti in ordine ai sistemi di IA ad alto rischio. La prima eccezione è indicata all'art. 74, par. 3, secondo cui, salvo diversa e motivata decisione adottata a livello nazionale, l'autorità di vigilanza del mercato per i sistemi collegati a prodotti disciplinati dalla normativa di armonizzazione dell'Unione elencata nell'allegato I, sezione A, sarà quella già designata a norma di tali atti giuridici²³. In secondo luogo, per i sistemi di IA ad alto rischio immessi sul mercato, messi in servizio o usati da istituti finanziari disciplinati dal diritto dell'Unione in materia di servizi finanziari e creditizi, l'autorità di vigilanza del mercato sarà quella responsabile della vigilanza finanziaria (art. 74, par. 6). La terza eccezione, prevista all'art. 74, par. 8, riguarda i sistemi utilizzati a fini di attività di contrasto, gestione delle frontiere,

giustizia e tutela dei processi democratici nonché i sistemi di IA ad alto rischio elencati nell'allegato III²⁴; in questi casi, gli Stati membri dovranno designare come autorità di vigilanza del mercato le autorità di controllo competenti per la protezione dei dati a norma del Regolamento 2016/679 e della direttiva (UE) 2016/680 (cd. direttiva polizia)²⁵.

Le riserve di competenza espressamente previste dal Regolamento sono finalizzate ad evitare che le attività di vigilanza sull'applicazione dell'*AI Act* pregiudichino la capacità delle autorità già esistenti di svolgere i loro compiti secondo quanto richiesto dalla normativa dell'Unione. In particolare, l'attribuzione di taluni poteri di vigilanza alle autorità nazionali per la protezione dei dati personali è motivata dalla stretta interrelazione tra IA e protezione dei dati; un legame che si rinviene anche nella competenza che dette autorità hanno acquisito rispetto al processo decisionale automatizzato²⁶. In effetti, l'area di tutela relativa ai dati personali è certamente una delle più interessate dalla diffusione e pervasività dei sistemi di intelligenza artificiale perché l'elaborazione, l'analisi e il trat-

²⁴ Nel dettaglio, la disposizione fa riferimento all'utilizzo dei sistemi di IA per la raccolta di dati biometrici (Allegato III, punto 1) e ai sistemi ad alto rischio previsti nell'Allegato III, punti 6, 7 e 8. Da notare che le autorità per la protezione dei dati dovrebbero auspicabilmente presentare alla Commissione una relazione annuale sull'uso dei sistemi di identificazione biometrica "in tempo reale"; un auspicio che, tuttavia, è previsto esclusivamente nel considerando 36 ma non si ritrova nel testo del Regolamento.

²⁵ Dir. (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, G.U.U.E. L 119, 4 maggio 2016, p. 89.

²⁶ Reg. (UE) 2016/679, art. 22.

²³ Il Regolamento si riferisce, nello specifico, alla normativa relativa ai prodotti già sottoposti a controlli nel quadro del mercato interno.

tamento di grandi quantitativi di dati sono alla base del funzionamento dell'intelligenza artificiale. Tuttavia, i diritti fondamentali che l'*AI Act* intende tutelare sono riconducibili ad un insieme più ampio, a seconda della tecnologia e dell'ambito di utilizzo. Per questo, a differenza di quanto auspicato dal Garante europeo nel parere emesso nel 2021²⁷, è stata confermata la linea avanzata nella proposta iniziale della Commissione di non imporre agli Stati membri la designazione delle autorità di protezione di dati quali autorità competenti rispetto all'applicazione generale dell'*AI Act*. Invece, la competenza in materia di vigilanza sull'applicazione del Regolamento sull'IA spetterà, come regola generale, alle autorità di controllo da esso istituite o designate appositamente e soltanto in via d'eccezione alle altre autorità nazionali.

La potenziale attribuzione del potere di vigilanza a diverse autorità comporterà la ricerca di uno stringente coordinamento tra queste al fine di garantire l'effettiva ed efficace applicazione del Regolamento sul piano nazionale. La portata dell'interazione tra autorità di controllo afferenti a distinti ambiti di intervento è stata affrontata (per la prima volta) dalla Corte di giustizia nella recente pronuncia relativa al caso *Meta Platforms e a.*, del 4 luglio 2023²⁸. Nel caso di specie, si lamentava il fatto che l'interpretazione, da parte delle autorità antitrust, delle disposizioni del GDPR al fine di constatare una violazione del diritto della concorrenza avrebbe determinato un potenziale *vulnus* alle competenze delle autorità per la *privacy*. Ebbene, qui i giudici hanno riconosciuto alle autorità amministrative degli Stati

membri la possibilità di esercitare una competenza condivisa, purché non sostitutiva, desumendo una serie di obblighi di collaborazione e di coordinamento tra dette autorità direttamente dal principio di leale collaborazione, previsto dall'art. 4, par. 3, TUE²⁹. Pare pacifico sostenere che, se questo ragionamento vale per autorità di controllo con compiti e obiettivi distinti ma che ad un certo punto possono convergere, a maggior ragione le autorità amministrative espressamente titolate ad intervenire per vigilare sull'attuazione dell'*AI Act* dovranno cooperare tra loro al fine di garantire, da un lato, l'effettiva applicazione del diritto settoriale e, dall'altro, la coerenza del sistema di protezione istituito dal Regolamento sull'IA.

Questa esigenza è pure desumibile dalla risalente giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo cui le autorità amministrative degli Stati membri devono rispettarsi ed assistersi reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati, adottare ogni misura necessaria per assicurare l'adempimento degli obblighi risultanti dagli atti adottati dalle istituzioni, nonché evitare di adottare qualsiasi misura che potrebbe compromettere il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione³⁰. Ad ogni modo, dal momento che questo aspetto relativo alla cooperazione tra autorità nazionali non è disciplinato esaustivamente dall'*AI Act*, è probabile – oltre che auspicabile – che in futuro sia richiesto ai giudici di Lussemburgo di pronunciarsi in modo tale da escludere, o quantomeno mitigare, il rischio di divergenze tra le diverse autorità nazionali in merito al controllo sull'attuazione del Regolamento.

²⁷ EDPB-EDPS, Joint Opinion 5/2021 on the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act), punto 47.

²⁸ C. giust., 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta platforms e a.*, ECLI:EU:C:2023:537, punto 44 ss.

²⁹ C. giust., *Meta platforms e a.*, punto 53.

³⁰ C. giust., 7 novembre 2013, C-518/11, *UPC Nederland BV v Gemeente Hilversum*, ECLI:EU:C:2013:709, punto 59; 1° agosto 2022, C-14/21 e C-15/21, *Sea Watch*, ECLI:EU:C:2022:604, punto 156.

IV.2 Monitoraggio multilivello e dimensione “verticale” della leale cooperazione

La regolamentazione introdotta dall'*AI Act* disciplina la cooperazione tra le autorità nazionali di controllo interessate a livello interstatale e la cooperazione di tali autorità con i competenti organi UE al fine di sorvegliare sulla corretta applicazione del Regolamento nei vari Stati membri e di elaborare linee guida in materia, specialmente in relazione ai modelli fondativi e modelli GPAI. In particolare, l'art. 74, par. 11, del Regolamento prevede che le autorità di vigilanza del mercato degli Stati membri e la Commissione propongano attività congiunte al fine di promuovere la conformità, sensibilizzare e fornire orientamenti in relazione all'*AI Act* riguardo a specifiche categorie di sistemi di IA ad alto rischio che presentino un rischio grave in due o più Stati membri. Queste attività di natura congiunta dovrebbero basarsi sulla procedura prevista all'art. 9 del Regolamento 2019/1020 e sotto il coordinamento dell'Ufficio per l'IA³¹.

Oltre che a raccordarsi sulle *best practices*, obiettivo questo dettato dall'impostazione generale dell'*AI Act* di prevenire più che reprimere eventuali pratiche, il Regolamento prevede anche la possibilità di attivare indagini congiunte tra autorità di vigilanza. Ai sensi dell'art. 79, par. 3, del Regolamento, se l'autorità di vigilanza di uno Stato membro ritiene che la violazione non sia limitata al suo territorio nazionale ma possa avere un impatto transnazionale, dovrà informare la Commissione e gli altri Stati membri dei risultati della valutazione e delle azioni richieste al fornitore

o all'utilizzatore del sistema di IA. In tali casi, dovrebbe dunque applicarsi *mutatis mutandis* la procedura relativa all'assistenza reciproca e allo scambio di informazioni nei casi transfrontalieri di cui alle disposizioni del capo VI del Regolamento 2019/1020. In aggiunta, l'*AI Act* prevede che qualsiasi autorità di vigilanza del mercato chieda assistenza all'Ufficio per l'IA qualora non sia in grado di concludere un'indagine su un sistema ad alto rischio perché non può accedere a determinate informazioni relative al modello di IA per finalità generali su cui è costruito il sistema sottoposto ad indagine.

Questa impostazione riflette certamente l'esigenza di garantire che le autorità nazionali di vigilanza operino in modo coordinato, informato e congiunto nel momento in cui si ritenga che si possa verificare un utilizzo improprio dei sistemi di IA con impatto non solo a livello nazionale ma anche sovranazionale. Ciononostante, il rischio che le autorità degli Stati membri possano rivendicare la competenza, determinando una frammentazione dell'applicazione ed eventualmente l'adozione di decisioni contrastanti, non è trascurabile, specialmente per i destinatari di indagini e sanzioni amministrative. Sarà pertanto necessario che le manovre delle autorità si fondino, di nuovo, sul principio di leale collaborazione previsto dall'art. 4, par. 3, TUE, auspicabilmente attingendo ai requisiti e alle modalità di cooperazione tra autorità nazionali già individuati dalla Corte di giustizia nel noto caso *Facebook Ireland e a.*³². In quell'occasione, infatti, i giudici di Lussemburgo avevano confermato la ripartizione delle competenze tra le autorità di vigilanza di diversi Stati membri per preservare il cd. “*one-stop shop mechanism*”³³, sottolineando l'importanza

³¹ Peraltro, in riferimento alle presunte violazioni da parte di fornitori di modelli GPAI, va detto che l'Ufficio per l'IA, pur esclusivamente competente, si attenderà una stretta collaborazione, in termini di segnalazioni e trasferimento di informazioni, da parte delle autorità di vigilanza nazionali.

³² C. giust., 15 giugno 2021, C-645/19, *Facebook Ireland e a.*, ECLI:EU:C:2021:483.

³³ Previsto dall'art. 60 del GDPR, tale meccanismo (denominato in italiano ‘sportello unico’) è stato poi incorporato e dettagliato nelle linee guida

di una cooperazione non solo efficace (come espressamente previsto dal GDPR) ma anche leale tra di loro. Ciò, per tornare al Regolamento sull'IA, al fine di garantire un'attuazione coerente e omogenea della normativa oltreché una maggiore prevedibilità per i soggetti coinvolti nella fornitura e nell'utilizzo di sistemi di IA³⁴. Vista la portata dell'*AI Act* e l'impatto della sua applicazione, è certo che la Corte di giustizia sarà in futuro chiamata a pronunciarsi anche su questi aspetti.

FEDERICO FERRI* – SUSANNA VILLANI**

Bibliografia

A. Adinolfi, «L'Unione europea dinanzi allo sviluppo dell'intelligenza artificiale: la costruzione di uno schema di regolamentazione europeo tra mercato unico digitale e tutela dei diritti fondamentali», in *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale* (a cura di) S. Dorigo, Pisa, 2020, p. 1 ss.; A. Adinolfi, «Evoluzione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali: qualche considerazione sulle attuali strategie normative dell'Unione», in *I Post di AISDUE*, 15/2023, p. 321 ss.; S. Brettau, «Extended powers for other super-

visory authorities concerned in the case of cross-border data processing: Facebook Ireland», in *Common Market Law Review*, 2022, p. 1543 ss.; M. Carta, «Il Regolamento UE sull'Intelligenza Artificiale: alcune questioni aperte», in *Eurojus*, 2024, p. 188 ss.; F. Casolari, *La leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Napoli, 2020; G. Contaldi, «La proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale e la protezione dei dati personali», in *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, (a cura di) G. Caggiano – G. Contaldi – P. Manzini, Bari, 2021, p. 207 ss.; G. De Gregorio – P. Dunn, «The European risk-based approaches: Connecting constitutional dots in the digital age», in *Common Market Law Review*, 2022, p. 473 ss.; P. De Pasquale, «Commento all'art. 4 TUE», in *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, (a cura di) A. Tizzano, p. 28 ss.; V. Falce (a cura di), *Strategia dei dati e intelligenza artificiale. Verso un nuovo ordine giuridico del mercato*, Pisa, 2023; A. Felice Uricchio – G. Riccio – U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale tra etica e diritti: prime riflessioni a seguito del libro bianco dell'Unione europea*, Bari, 2020; F. Ferri (a cura di), «Unione europea e la nuova disciplina sull'intelligenza artificiale: questioni e prospettive», in *Quaderni AISDUE* fascicolo speciale n. 2/2024; G. Finocchiaro, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, Bologna, 2024; L. Floridi, «The European Legislation on AI: a Brief Analysis of its Philosophical Approach», in *Philosophy & Technology*, 2021, p. 215 ss.; T. Frosini, «La privacy nell'era dell'intelligenza artificiale», in *DPCE Online*, 2022, p. 273 ss.; I. Graef, «Meta platforms: How the CJEU leaves competition and data protection authorities with an assignment», in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2023, p. 325 ss.; C. Grieco, *Intelligenza Artificiale e tutela degli utenti nel diritto*

adottate il 28 marzo 2023 dal Garante europeo sull'individuazione dell'autorità di controllo capofila in relazione a uno specifico titolare del trattamento o responsabile del trattamento.

³⁴ C. giust., *Facebook et al.*, sopra citata, punti 53, 60, 63, 72.

* Ricercatore in Diritto dell'Unione europea, *Alma Mater Studiorum* Università di Bologna (parr. I.1 – I.2 – III.2 – IV.2).

** Ricercatrice in Diritto dell'Unione europea, *Alma Mater Studiorum* Università di Bologna. Ricerca parzialmente finanziata dal programma PNRR - M4C2 - Investimento 1.3, Partenariato Esteso PE00000013 – «FAIR - Future Artificial Intelligence Research» - Spoke 8 «Pervasive AI», finanziato dalla Commissione europea nell'ambito del NextGeneration EU Programme (parr. II.1 – II.2 – III.1 – IV.1).

dell'Unione europea, Napoli, 2023; G. Sartor – F. Lagioia, *The impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on artificial intelligence*, European Parliament Study, 2020; M. Klamert, «Article 4 TEU», in *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights — A Commentary*, (eds.) M. Kellerbauer et al., Oxford, 2019, p. 35 ss.; P. Manzini, «Antitrust e privacy: la strana coppia», in *Quaderni AISDUE*, 2023, p. 196 ss.; A. Pajno – F. Donati – A. Perrucci (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione? Vol. I, Diritti fondamentali, dati personali e regolazione*, Bologna, 2022; P.G. Picht, «CJEU on Facebook: GDPR Processing Justifications and Application Competence», in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2023, p. 1169 ss.; O. Pollicino, «Potere digitale», in *Enciclopedia del diritto — I tematici - Potere e Costituzione*, (a cura di) M. Cartabia – M. Ruotolo, Milano, 2023, p. 410 ss.; G. Resta, «Cosa c'è di "europeo" nella proposta di Regolamento UE sull'Intelligenza Artificiale?», in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2022, p. 323 ss.; M. Previatello, «L'obbligo di leale

cooperazione tra autorità nazionali garanti della concorrenza e autorità di controllo istituite dal RGPD nella sentenza *Meta Platforms e a.*», in *Quaderni AISDUE*, n. 1/2024, p. 435 ss.; U. Ruffolo (a cura di), *XXVI lezioni di Diritto dell'Intelligenza Artificiale. Saggi a margine del ciclo seminario "Intelligenza Artificiale e diritto"*, Torino, 2020; C. Schepisi, «Le "dimensioni" della regolazione dell'intelligenza artificiale nella proposta di Regolamento della Commissione», in *I Post di AISDUE*, 2023, p. 330 ss.; A. Simoncini, «La proposta di regolamentazione dell'intelligenza artificiale. Prime riflessioni», in *Protezione dei dati personali, e nuove tecnologie*, in *Ricerca interdisciplinare sulle tecniche di profilazione e sulle loro conseguenze giuridiche* (a cura di) A. Adinolfi – A. Simoncini, Napoli, 2022, p. 1 ss.; A. Simoncini – G. Sartor – G. De Gregorio – O. Pollicino – A. Reichman – H. Micklitz (eds.), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge 2022.

Sommario: **I.** Premessa: le informazioni si inferiscono dai dati. – **II.** Il diritto della concorrenza e la (disciplina a) tutela dei dati personali. – **III.** Dati, potere di mercato e barriere all'ingresso. – **IV.** I dati a servizio della collusione. – **V.** (*Segue*) nel caso particolare delle operazioni di concentrazione. – **VI.** Ipotesi di abuso di posizione dominante: Il rifiuto a condividere dati e l'uso privilegiato degli stessi.

I. Premessa: le informazioni si inferiscono dai dati

Che le informazioni fungano da bussola delle azioni imprenditoriali è fatto noto, connaturato al funzionamento delle economie di mercato. Le informazioni infatti illuminano le sfumature complesse dei comportamenti dei consumatori, svelandone le preferenze e consentendo quindi alle imprese di conformare la propria offerta ai loro desiderata. Inoltre, le informazioni rendono manifeste le decisioni – anche strategiche – di rivali, fornitori e clienti, permettendo così alle imprese di meglio definire il proprio posizionamento concorrenziale nel mercato. Infine, le informazioni possono indicare le linee di sviluppo lungo le quali intere industrie e comparti economici si muovono, mettendo dunque le imprese nella condizione di non farsi travolgere da, ma di governare, le innovazioni.

L'avvento delle tecnologie digitali e la conseguente datificazione del reale non hanno modificato queste dinamiche: le hanno “soltanto” potenziate, perché hanno

consentito alle imprese di venire a disporre di innumerevoli dati che – se e quando processati – generano informazioni. Detto più esplicitamente, al momento, le tecnologie digitali permettono di tramutare tutti i fatti della vita – che si tratti di azioni umane o di accadimenti empirici – in dati. I dati possono essere variamente elaborati e analizzati, per sviluppare inferenze, identificare correlazioni, individuare tendenze e quindi, in sintesi, per estrarre informazioni. Di conseguenza, ad oggi, le imprese non hanno smesso di eleggere le informazioni a bussola del loro agire; semplicemente hanno deciso di iniziare a ricavare dette informazioni dai dati, sempre al fine di meglio comprendere come incontrare le preferenze dei consumatori, acquisire vantaggi competitivi nei confronti dei propri rivali, ed adattarsi alle future evoluzioni del mercato.

Il presente contributo si propone quindi di illustrare come il diritto della concorrenza europeo abbia scelto di rapportarsi alla circostanza che vuole che le imprese raccolgano ed elaborino dati; e, a tal fine, procederà in modo sistematico, ossia qualificando tale circostanza in relazione al potere di mercato – nozione cardine del diritto *antitrust* – e alle tre fattispecie delle intese restrittive della concorrenza, delle operazioni di concentrazione e degli abusi di posizione dominante. Così, questa voce discuterà del rapporto tra dati e potere di mercato, di come la condivisione di dati possa essere messa a servizio di piani collusivi, anche nel caso in cui detta condivisione accompagni la realizzazione di un'operazione di concentrazione, nonché dell'eventualità in cui

un'impresa in posizione dominante possa abusare del proprio potere rifiutandosi di condividere dei dati, oppure utilizzandoli soltanto a proprio vantaggio.

Prima di procedere in tal senso occorre però ricordare che tra i dati che raccontano della molteplicità del reale si devono contare anche i c.d. dati personali, ossia qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile¹. Giacché il diritto alla tutela dei dati personali si qualifica come un diritto fondamentale e, per questo, come un diritto di primigenia importanza, prima di addentrarsi nell'analisi *antitrust*, questa voce si dedicherà a spiegare come il diritto della concorrenza conviva con la volontà di tutelare i dati personali – volontà altresì tradottasi nel regolamento generale sulla protezione degli stessi, spesso indicato come GDPR dall'acronico della dicitura inglese. Recentemente, poi, anche i dati non-personali sono diventati oggetto di discipline europee altrettanto rilevanti, quali il *Digital Markets Act* (DMA), il *Digital Services Act* (DSA) e il *Data Act* (DA)². Tuttavia, nelle prossime righe non

ci si occuperà delle norme contenute in questi regolamenti, se non per evidenziare come alcuni degli obblighi così introdotti vadano a risolvere problemi che il diritto *antitrust* non poteva e non può sciogliere.

II. Il diritto della concorrenza e la (disciplina a) tutela dei dati personali

Sono almeno tre i temi che promanano dallo studio del rapporto tra il diritto della concorrenza e la disciplina a tutela dei dati personali. Il primo è di più semplice risoluzione ed attiene alla relazione tra le autorità deputate ad applicare questi due sistemi di norme. Al riguardo, si è espressa la Corte di Giustizia che nella sentenza *Meta Platforms and Others* ha invitato tali autorità ad agire secondo il principio della leale collaborazione e ha qualificato come legittima l'azione di un'autorità *antitrust* che, nello svolgimento delle sue tradizionali mansioni di controllo dei mercati, si trovasse ad accertare in via incidentale la violazione di altre norme di legge, come quelle contenute nel GDPR³.

Il secondo dei temi relativi al rapporto tra le due discipline è di più ampio respiro e può essere riportato ponendosi un semplice interrogativo: la decisione di annoverare il diritto alla protezione dei dati personali tra i diritti fondamentali crea la necessità di contemplare la difesa di questi dati tra gli obiettivi del diritto *antitrust*?

Ebbene, per individuare i confini effettivi di tale questione e affrontarla in modo rapido e lineare, occorre svolgere un esperimento mentale: consideriamo una qualsiasi pratica unilaterale o multilaterale intrapresa da una o più imprese che comporti anche il trattamento di dati personali e chiediamoci se tale pratica: (i) influisca negativamente

¹ Cfr. art. 4, Regolamento UE n. 679/2016/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, in G.U. L. 119 del 4 maggio 2016, p. 1 ss.

² Rispettivamente, Regolamento UE n. 1925/2022 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), in G.U. L. 265 del 12 ottobre 2022, p. 1 ss.; Regolamento UE n. 2065/2022 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), in G.U. L. 277 del 27 ottobre 2022, p. ss.; e Regolamento UE n. 2854/2023 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2023, riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il Regolamento (UE) 2017/2394 e la Direttiva (UE) 2020/1828 (regolamento sui dati), in G.U. L. 2023/2854 del 22 dicembre 2023, p. 1 ss.

³ C. giust. UE 4 luglio 2023, causa C-252/21, "Meta Platform", ECLI:EU:C:2023:537.

sul grado di tutela assicurato ai dati così impiegati e/o (ii) impatti negativamente sul funzionamento del mercato, determinando un aumento del prezzo di mercato e/o una diminuzione della qualità, della varietà o del grado di innovazione ascrivibile all'offerta di mercato. Ciascuna di queste domande ammette due risposte – una affermativa e l'altra negativa – così che, per effetto dell'incrocio tra tali risposte, si delineano quattro scenari, raggruppabili nelle seguenti due coppie.

Per un verso, si danno i casi in cui la tutela del mercato e la tutela dei dati personali si allineano e ciò perché la condotta considerata non pregiudica né la concorrenza – né il grado di protezione dei dati personali assicurato – oppure perché detta condotta compromette entrambi questi beni giuridici. Immaginiamo, ad esempio, che un'impresa dominante o un gruppo di imprese consorziate introducano un prodotto, un servizio o una tecnologia innovativi, capaci per giunta di meglio tutelare i dati personali. Evidentemente, questa pratica è due volte vantaggiosa sia per chi ha a cuore il grado di concorrenza presente nel mercato, sia per chi si cura dei livelli di *privacy* garantiti agli individui. Di conseguenza, essa non dovrebbe sollecitare particolari riflessioni di ordine giuridico e neanche la discussione in merito agli obiettivi del diritto *antitrust*. Supponiamo, invece, che all'opposto un'impresa in posizione dominante applichi prezzi eccessivamente gravosi per l'utilizzo di una tecnologia rispettosa della *privacy*; oppure figuriamoci che due o più imprese farmaceutiche si scambino dei dati non anonimizzati sull'efficacia dei farmaci che esse producono per il trattamento di una particolare malattia, per dunque accordarsi ed eliminarne uno dei due dal mercato. Altrettanto chiaramente, entrambe le condotte sono due volte dannose: non solo sono illecite per il diritto *antitrust* – la prima come pratica abusiva di sfruttamento, la seconda in quanto

cartello per la divisione del mercato – ma altresì pregiudicano il livello di difesa assicurato ai dati personali così trattati, violando – nell'ultima ipotesi in particolare – il GDPR. Di conseguenza, anche in queste circostanze non serve discutere degli obiettivi del diritto *antitrust*, perché basta perseguire la tutela della concorrenza per garantire la protezione dei dati personali. Detto altrimenti, in queste ipotesi la *privacy* riesce ad essere salvaguardata tramite la tutela della concorrenza, malgrado l'applicazione di quest'ultima possa avvenire secondo i più tradizionali dettami.

Per altro verso, si danno i casi in cui la tutela del mercato e la tutela dei dati personali non si allineano o perché l'azione imprenditoriale altera il funzionamento del mercato senza diminuire il livello di protezione dei dati personali garantito, a volte addirittura incrementandolo, o perché quella azione non incide sulla concorrenza, ma comporta comunque un uso pregiudizievole dei dati personali. Si consideri, a titolo di esempio, il procedimento britannico *Privacy Sandbox* che ha visto coinvolta Google per aver integrato nel proprio *browser* un sistema di gestione dei *cookies* che, da un canto, garantiva una migliore protezione dei dati personali degli utenti ma, d'altro canto, produceva effetti escludenti a danno delle imprese che fornivano servizi pubblicitari in concorrenza con Google⁴. Oppure si prenda spunto, sempre a fini illustrativi, dai fatti del procedimento tedesco *Facebook*, immaginando un caso in cui l'evidente violazione del GDPR non possa ricondursi a una violazione del diritto antitrust⁵. Ebbene è solo

⁴ Competition and Markets Authority, *Investigation into Google's 'Privacy Sandbox' browser changes*, ultimo aggiornamento 22 luglio 2024, <https://www.gov.uk/cma-cases/investigation-into-googles-privacy-sandbox-browser-changes>.

⁵ Bundeskartellamt, B6-22/16, "Facebook Inc. i.a.", del 6 febbraio 2019, versione in inglese rinvenibile all'URL <https://www.bundeskartellamt.de/>

in queste circostanze che serve interrogarsi sulla necessità di includere la tutela dei dati personali tra gli obiettivi del diritto antitrust, ossia occorre stabilire se un comportamento che incide positivamente o negativamente sul bene giuridico “*privacy*” possa essere rilevante non solo ai fini dell’applicazione del GDPR – fatto di per sé fisiologico e confermato dalla già menzionata sentenza *Meta Platforms and Others* – ma anche per il diritto *antitrust*. E ciò perché è solo in queste ipotesi che detta tutela dei dati personali potrebbe essere invocata o per salvare una condotta lesiva della concorrenza, oppure per punire una pratica che non altera il funzionamento del mercato.

Al riguardo, malgrado in dottrina si siano levate molte voci a favore di questo c.d. *multi-purpose approach*, la Commissione europea è stata assai chiara. In diversi casi, tutti relativi a operazioni di concentrazione, essa ha infatti affermato che le questioni legate alla tutela dei dati personali non rientrano nell’ambito di interesse del diritto *antitrust* e sono meglio affrontabili utilizzando articolati come il GDPR⁶. Nondimeno, resta vero che se in un particolare mercato i consumatori sono disponibili a pagare per la tutela dei loro dati, allora vero è che le imprese competono tra loro per soddisfare detti consumatori e, dunque, è

altrettanto vero che un’eventuale condotta che si configurasse come un’intesa, una concentrazione o una pratica di un’impresa in posizione dominante e che garantisse minori livelli di *privacy* non produrrebbe i risultati che un’ordinaria concorrenza avrebbe determinato. In tale circostanza, quindi, questa condotta potrebbe essere qualificata come una pratica che riduce la qualità dell’offerta e, in ultima istanza, alla stregua di un comportamento che, pregiudicando uno dei parametri che ci informano del buon funzionamento dei mercati, potrebbe dirsi anticompetitiva⁷.

Complessivamente, dunque, al momento la tutela dei dati personali non rientra tra i beni giuridici tutelati dal diritto della concorrenza europeo, sebbene quest’ultimo possa in molteplici circostanze agire a protezione della *privacy* o perché le condotte da punire come lesive della tutela dei dati personali sono anche e innanzitutto lesive della concorrenza o perché, stante la disponibilità dei consumatori di un particolare mercato a pagare per la tutela dei propri dati personali, un eventuale danno alla *privacy* può essere equiparato a un danno alla qualità dei prodotti e servizi venduti.

Infine, il terzo tema che emerge dalla relazione tra diritto *antitrust* e disciplina a tutela della *privacy* è quello che si delinea quando due procedimenti paralleli – come potrebbero essere quelli avviati in Italia dall’autorità garante della concorrenza e dal garante *privacy* – si focalizzano su una stessa condotta materiale di una medesima impresa. Ebbene, in questa circostanza potrebbe accadere che l’impresa diventi oggetto di una duplice reprimenda, ossia di due decisioni di divieto e di due sanzioni. In ragione della più recente giurisprudenza europea circa i requisiti che devono concretizzarsi affinché si applichi il principio del *ne*

SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html?nn=48888.

⁶ Comm. eur. 17 dicembre 2020, causa M.9660, “Google/Fitbit” punto 452, https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/1/202120/m9660_3314_3.pdf; Comm. eur. 6 settembre 2018, causa M.8788, “Apple/Shazam”, punti 225-235, https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8788_1279_3.pdf; Comm. eur. 3 ottobre 2014, causa COMP/M.7217, “Facebook/WhatsApp”, punto 164, https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf; Comm. eur. 23 febbraio 2016, causa M.7813, “Sanofi/Google/DMI JV”, punti 69-70, https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7813_479_2.pdf.

⁷ C. giust. UE 4 luglio 2023, causa C-252/2, “Meta platforms”, ECLI:EU:C:2023:537.

bis in idem, potrebbe accadere che, per evitare che l'impresa sia punita due volte per la medesima condotta, la punizione conseguente a uno dei due procedimenti diventi inefficace, qualora l'altra decisione sia passata in giudicato. Quanto accaduto nel caso *Volkswagen*⁸, ancorché relativo all'interfaccia tra la disciplina *antitrust* e la normativa in tema di emissioni inquinanti, è esemplificativo di ciò e induce, quindi, a esortare le diverse autorità indipendenti ad agire sulla scorta di quanto suggerito dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Meta Platforms and Others*, anche per assicurare un uso efficiente delle risorse pubbliche.

III. Dati, potere di mercato e barriere all'ingresso

Come è noto, un'impresa detiene poteri di mercato se è capace di peggiorare la propria offerta in modo durevole e profittevole. Detto più esplicitamente, un'impresa ha ed esercita questa forma di potere quando riesce ad incrementare i suoi prezzi al di sopra dei prezzi di mercato, oppure a diminuire la qualità dei propri beni portandola al di sotto del livello di mercato, per un periodo di tempo considerevole e senza che, per questa sua condotta, perda profitti in misura superiore a quelli che guadagna applicando un sovrapprezzo, oppure offrendo un prodotto o servizio di qualità inferiore.

Con l'avvento delle tecnologie digitali ci si è domandati se i *terabyte* di dati che ora le imprese possono raccogliere e processare potessero divenire una fonte di potere di mercato perché – e questa era l'intuizione che allora si coltivava – l'analisi dei dati effettivamente consente alle imprese di acquisire conoscenza e, quindi,

di godere di un importante vantaggio competitivo rispetto alle proprie rivali nel soddisfare i consumatori, nel posizionarsi sul mercato, e nell'indovinare le linee di sviluppo dello stesso.

Tuttavia, se si muove dalla definizione di potere di mercato – non a caso riportata all'inizio di questo paragrafo – ben si comprende come sia scorretto pensare che detto potere promani dai dati, poiché questi ultimi – e le informazioni da essi estratte – non servono a peggiorare l'offerta delle imprese, ma – come oramai più volte ricordato – a migliorarla rendendola più conforme alle esigenze dei consumatori e più innovativa.

Certo, può essere molto difficile competere con delle imprese decisamente capaci di incontrare i gusti dei consumatori e di introdurre sempre nuovi prodotti e servizi sul mercato. Inoltre, è forse vero che se non si dispone delle medesime quantità di dati, oltre che delle medesime tecnologie e degli stessi capitali, questa competizione tra imprese digitali e altre imprese – o tra *big tech* e altre imprese digitali – non dovrebbe considerarsi “ad armi pari”. Tuttavia – in punto di logica, oltre che di diritto – questo tema non ha nulla a che vedere con il potere di mercato, ma con la distribuzione delle risorse di cui le imprese possono disporre per competere.

Quanto finora detto non significa però che i dati non possano trovare una propria autonoma qualificazione all'interno del contesto *antitrust*. Se è vero che l'offerta di imprese che dispongono di *terabyte* di dati è difficile da pareggiare senza godere di una quantità/ qualità equivalente di dati, allora tali dati rappresentano delle barriere all'ingresso che difendono le posizioni di mercato delle imprese che li controllano. Detto altrimenti, se chi è interessato a sfidare le imprese che radicano la propria offerta nell'analisi dei dati deve sostenere i costi necessari a formarsi un analogo bottino di dati da analizzare, così da pareggiare,

⁸ C. giust. UE 14 settembre 2023, causa C-27/22, “Volkswagen Group Italia e Volkswagen Aktiengesellschaft”, ECLI:EU:C:2023:663.

se non superare, le loro offerte, allora le posizioni di queste imprese, anche quando dominanti, sono meno contendibili di come sarebbero se tutte le imprese beneficiassero delle medesime quantità di dati. Quindi, i dati rappresentano delle barriere all'ingresso.

Così diventa poi vero che le imprese le cui posizioni di mercato sono difese da barriere all'ingresso godono di quelle posizioni per più tempo e possono esercitare più agevolmente di altre il potere di mercato di cui già dispongono, perché ad eventuali concorrenti potenziali serviranno maggiore tempo e superiori risorse finanziarie per sfidarle. Il punto concettuale che però è bene tenere a mente è che questa circostanza non è specifica dei dati, ma di qualsiasi bene o situazione di mercato che, rappresentando una fonte di costi, si presti a fare da barriera.

IV. I dati a servizio della collusione

Per passare a considerare se e come la raccolta e l'analisi dei dati incida sulla disciplina delle intese restrittive della concorrenza, occorre prendere atto di una circostanza nota: nel corso degli anni, la Commissione e le Corti europee hanno elaborato delle regole molto sofisticate per disciplinare il caso di due o più imprese che scambiano tra loro informazioni.

Sinteticamente, questa disciplina muove dal principio – caro all'economia neoclassica, ma fatto proprio dalle istituzioni europee – secondo cui ogni impresa che opera nel mercato dovrebbe agire in condizioni di incertezza, determinando le proprie strategie commerciali, vale a dire i prezzi da praticare e/o le quantità da offrire, in modo autonomo e indipendente, ossia senza conoscere *ex ante* le scelte delle proprie rivali⁹. Di conse-

guenza, il caso in cui due o più imprese si scambiano informazioni merita di essere analizzato con circospezione, perché le imprese potrebbero sfruttare detto scambio per ridurre l'alea competitiva e così raggiungere uno stabile e duraturo equilibrio collusivo¹⁰. Attraverso la condivisione di informazioni, infatti, le imprese potrebbero non solo individuare i termini del cartello che vogliono realizzare, come il prezzo o la quota di produzione collusivi, ma anche rilevare e punire le condotte devianti che potrebbero minare la sopravvivenza di quel cartello.

Tuttavia, non tutte le ipotesi di scambio di informazioni si traducono in una pratica collusiva. Lo scambio di informazioni e la conseguente messa a fattor comune della conoscenza che risulta da quelle informazioni possono infatti produrre efficienza, riducendo i costi di ricerca dei consumatori, permettendo alle imprese di migliorarsi rispetto alle prestazioni di mercato, e favorendo lo sviluppo di innovazioni¹¹.

Di conseguenza, la Commissione e le Corti europee hanno osservato che per comprendere l'eventuale contenuto patogeno di uno scambio di informazioni occorre prestare attenzione a tre gruppi di variabili: le condizioni di mercato in cui tale scambio è avvenuto, il tipo di scambio occorso e

punto 27; C. giust. UE 4 giugno 2009, causa C-8/08, "T-Mobile Netherlands and Others", EU:C:2009:343, punti 32-33.

¹⁰ C. giust. UE 19 marzo 2015, causa C-286/13 P, "Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v Commission", EU:C:2015:184, punti 121; C. giust. UE 12 gennaio 2023, causa C-883/19 P, "HSBC Holdings and Others v Commission", EU:C: 2023:11, punto 115.

¹¹ Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, C(2023) 4752 final [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=PI_COM:C\(2023\)4752& 373](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=PI_COM:C(2023)4752&373) (d'ora in avanti, "Linee direttrici").

⁹ C. giust. UE 21 gennaio 2016, causa C-74/14, "Euras and Others", EU:C:2016:42,

– soprattutto – le caratteristiche delle informazioni scambiate.

Più nel dettaglio, per valutare l'impatto competitivo di uno scambio di informazioni, è in primo luogo necessario considerare le caratteristiche strutturali del mercato in questione. Più tali caratteristiche sono simili a quelle di un oligopolio, maggiore è la probabilità che la condivisione delle informazioni faciliti la collusione¹². E ciò perché, essendo i mercati oligopolistici già inclini alla collusione, un ulteriore aumento della trasparenza che li caratterizza incrementa ulteriormente gli incentivi delle imprese a formare cartelli.

In secondo luogo, affinché gli effetti competitivi di uno scambio di informazioni possano essere apprezzati, serve valutare le modalità secondo le quali lo scambio è avvenuto. In particolare, le autorità antitrust sono solite considerare sia la frequenza dello scambio, talché esso è considerato tanto più pericoloso quanto più assiduo, sia la sua natura privata o pubblica. Infatti, laddove uno scambio privato, coinvolgendo solo le imprese rivali, aumenta la trasparenza orizzontale, ossia la trasparenza che potrebbe prestarsi a favorire la collusione, uno scambio pubblico estende detta trasparenza verticalmente a fornitori, clienti e consumatori, consentendo a questi di rendersi conto di eventuali aumenti (artificiosi) dei prezzi e quindi creando le condizioni affinché questi perdano efficacia.

Infine – e soprattutto – le autorità antitrust devono considerare se le informazioni scambiate siano commercialmente sensibili, ossia se siano tali da influenzare le strategie commerciali dei concorrenti o da rivelare aspetti essenziali del posizionamento competitivo dell'impresa¹³. A tal fine, le autorità valutano il contenuto delle informazioni, il loro livello di aggregazione, la loro età e se esse siano private o pubbliche. Ad esempio, le informazioni

relative a prezzi, costi, capacità, produzione, quantità, quote di mercato, clienti e piani di ingresso o uscita dai mercati sono considerate commercialmente sensibili, perché riguardano elementi che, in un mercato veramente competitivo, nessuna impresa avrebbe interesse a rivelare agli altri. Al contrario, informazioni relative al funzionamento generale di un settore, alle politiche pubbliche o alle questioni normative, a problemi tecnici non riservati o a opportunità promozionali generali sono considerate non commercialmente sensibili, perché non possono influenzare le scelte strategiche di alcuna impresa specifica. Analogamente, le informazioni riguardanti gruppi più ampi di aziende, come medie e informazioni espresse tramite intervalli percentuali, non sono considerate commercialmente sensibili¹⁴. D'altro canto, le informazioni personalizzate sono commercialmente sensibili poiché permettono di identificare l'impresa specifica a cui si riferiscono. Inoltre, la condivisione di informazioni storiche è improbabile che porti a collusione, poiché è improbabile che riveli il comportamento pianificato dei concorrenti o favorisca una comprensione condivisa del mercato. In generale, infatti, più le informazioni riguardano eventi remoti, meno sono efficaci nel rilevare prontamente deviazioni e, di conseguenza, stabilire una minaccia credibile di rapida ritorsione¹⁵. Infine, le informazioni che sono pubbliche – cioè accessibili ai consumatori e ai concorrenti agli stessi costi – sono meno sensibili rispetto alle informazioni considerate private proprio perché disponibili a chiunque e non solo alle imprese che partecipano allo scambio¹⁶.

Complessivamente, dunque, ai sensi dell'art. 101 del Trattato, accanto a degli

¹² Linee direttrici, § 412.

¹³ *Ibidem*, § 384 e § 387.

¹⁴ *Ibidem*, § 393 e § 394.

¹⁵ *Ibidem*, § 390.

¹⁶ *Ibidem*, § 395.

scambi di informazioni che rappresentano delle restrizioni per oggetto, perché comportano la condivisione di informazioni su prezzi e quantità presenti e/o futuri¹⁷ e quindi rappresentano il primo elemento costitutivo delle pratiche concordate, si contano scambi di informazioni che eventualmente potrebbero integrare delle restrizioni per effetto, nonché degli scambi che potrebbero essere considerati del tutto procompetitivi e dunque leciti.

Ora, l'avvento delle tecnologie digitali e la datificazione del reale non hanno modificato né il ragionamento sinora svolto, né le tre ipotesi precedentemente ricordate: quanto detto circa il contenuto patogeno dello scambio di informazioni e i criteri applicati per analizzarlo vale *telle quelle* per il caso in cui le imprese si trovino a condividere dei dati.

In aggiunta, però, occorre analizzare due questioni.

Come si è più volte menzionato le informazioni si inferiscono dai dati. Di conseguenza, in punto di logica, si potrebbe dare un caso in cui le imprese condividono dati che di per sé non possono ritenersi sensibili, ma che – una volta analizzati – generano informazioni sensibili, capaci di ridurre l'alea competitiva. In un tal caso, cosa dovrebbero fare le autorità antitrust? Dovrebbero considerare la condivisione dei dati comunque lecita? Oppure, al fine

di prevenire strategie elusive, dovrebbero penalizzare lo scambio di tali dati, poiché consente l'acquisizione di informazioni sensibili? Finora nessun decisore pubblico ha risposto in modo compiuto ed esaustivo a questa domanda. Tuttavia, è probabile che le autorità sollecitate sul punto andrebbero ad accertare se le imprese coinvolte nello scambio di dati sapessero o avrebbero potuto ragionevolmente sapere che quella particolare condivisione di dati avrebbe permesso l'acquisizione di informazioni sensibili, facilitando così l'adozione di comportamenti collusivi.

Del resto, questa è la conclusione alla quale è giunta la Commissione nelle più recenti linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 agli accordi di cooperazione orizzontale quando ha formulato l'esempio di più imprese che, condividendo un algoritmo per la determinazione dei prezzi, hanno poi tenuto comportamenti paralleli nel mercato¹⁸. Elaborando questo esempio, la Commissione ha chiarito come la propria analisi non dovesse arrivare ad accertare se le imprese stessero scambiando dati sensibili o meno. Il punto della propria indagine doveva invece essere comprendere se, nel caso specifico, le imprese coinvolte fossero a conoscenza, o avrebbero potuto ragionevolmente essere a conoscenza, dell'eventualità che i dati offerti all'algoritmo condiviso avrebbero consentito di inferire informazioni sensibili, utili a colludere. E ciò proprio al fine di impedire che le imprese potessero utilizzare un algoritmo apparentemente innocuo per eludere il divieto di cui all'art. 101.

Ed, in effetti, questa impostazione che si appunta sulla consapevolezza delle imprese è coerente con quanto la Commissione e le Corti europee hanno sempre osservato già con riguardo agli scambi indiretti di informazioni, ossia agli scambi realizzati per il tramite di soggetti terzi, fossero questi altre

¹⁷ In termini generali, una pratica multilaterale si qualifica come una restrizione per oggetto quando manca di qualsiasi giustificazione procompetitiva. Dopotutto, non esiste una valida motivazione procompetitiva per cui due o più imprese in competizione tra loro scambino informazioni sulle proprie strategie commerciali attuali e future.. Sul punti si veda C. giust. UE 12 gennaio 2023, causa C-883/19, "HSBC Holdings and Others v Commission", EU:C:2023:11, punti 115-116; T. EU 8 luglio 2020, causa T-758/14, "Infineon Technologies v Commission", EU:T:2020:307, punto 10019; C. giust. UE 19 marzo 2015, causa C-286/13 P, "Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v Commission", EU:C:2015:184, punto 122.

¹⁸ Linee direttrici, § 379.

imprese (tipicamente clienti e fornitori) e/o associazioni di categoria, oppure fornitori di servizi e/o società di consulenza. Per le istituzioni europee, quindi, le contemporanee piattaforme per la raccolta condivisa di dati e/o gli algoritmi comuni che più imprese possono impiegare per l'analisi di quei dati sono equiparabili a soggetti terzi che, in quanto tali, possono considerarsi co-responsabili delle imprese mittenti e riceventi qualora siano a conoscenza dello scambio e/o avrebbero potuto ragionevolmente prevederlo. E questo perché, come testé ribadito, le imprese non devono poter eludere il divieto di cui all'art. 101 avvalendosi di un intermediario terzo – che si tratti di un'altra entità commerciale o semplicemente di uno strumento come un algoritmo o una piattaforma¹⁹.

V. (Segue) nel caso particolare delle operazioni di concentrazione

Esiste poi uno scenario peculiare in cui le imprese sono solite scambiarsi dati e informazioni. Questo caso si profila quando le imprese sono coinvolte in un'acquisizione, in una fusione o in una *joint venture*²⁰. Tipicamente, tali imprese hanno una legittima necessità di accedere a dati e informazioni dettagliate riguardanti l'attività delle altre

parti, anche se tra questi dati possono collocarsi informazioni sui prezzi attuali e futuri, piani strategici, costi e informazioni non aggregate sui clienti. Detto più esplicitamente, le imprese intenzionate a dare luogo a un'operazione di concentrazione possono condividere dati e informazioni in vista dell'offerta di acquisto dell'impresa *target*, nel corso della *due diligence* di quest'ultima, nell'ambito dell'attività di c.d. *transition planning*, nonché dopo la sottoscrizione dell'accordo di compravendita, ma prima dell'autorizzazione ricevuta dalla competente autorità antitrust.

Ora, se dette imprese non sono concorrenti, l'eventualità che queste possano utilizzare dati e informazioni sensibili per colludere non si pone. Analogamente, questo risultato è da escludersi se l'operazione va effettivamente a buon fine, perché la concentrazione eliminerà in radice qualsiasi forma di competizione tra le parti. Se, invece, malgrado i contatti iniziali e lo scambio di dati e informazioni le imprese non dessero luogo all'acquisizione, fusione o *joint venture* in esame, allora si troverebbero in possesso di contenuti utili per la collusione. E ciò indipendentemente dall'eventualità che l'operazione debba essere comunicata, oppure sia sotto-soglia.

In tale scenario, dunque, le parti devono stabilire un protocollo per monitorare e controllare il flusso di dati e informazioni tra le imprese parti dell'operazione di concentrazione. Più nel dettaglio, ed in primo luogo, l'impresa *target* deve mettere a disposizione dell'acquirente soltanto i dati che siano ragionevolmente necessari a valutare la fattibilità dell'operazione e dunque funzionali alla conclusione del contratto di acquisizione. Inoltre, dove possibile dovrà provvedere a limitare la sensibilità competitiva di questi dati, offrendo ad esempio serie storiche, nonché dati anonimizzati e aggregati. Qualora poi l'accesso ad informazioni strategiche – come prezzi e quantità future, informazioni

¹⁹ T. EU 10 novembre 2017, causa T-180/15, "ICAP e altri contro Commissione", EU:T:2017:795, punti 100 e 103; C. giust. UE 22 ottobre 2015, causa C-194/14 P, "AC-Treuhand contro Commissione", EU:C:2015:717, punti 27, 34-35; T. EU 30 marzo 2022, causa T-326/17, "Air Canada contro Commissione", EU:T:2022:177, punti 370-371; C. giust. UE 21 luglio 2016, causa C-542/14, "VM Remonts e altri", EU:C:2016:578, punti 30-31.

²⁰ Comm. eur. 24 aprile 2018, causa M.7993, "Altice/PT Portugal", punto 437, https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7993_849_3.pdf, ove tuttavia, la Commissione esplicitamente riconosce che la circostanza che ha voluto che lo scambio di informazioni maturasse nel contesto di una concentrazione debba essere presa in debita considerazione.

dettagliate su costi e margini, informazioni sulla produzione, su negoziazioni in corso, piani strategici e commerciali, strategie di marketing, progetti futuri e prodotti in sviluppo – fosse poi inevitabile, le parti dovrebbero avvalersi di “filtri”, ossia di consulenti esterni indipendenti vincolati da obblighi di confidenzialità. Più in generale, e in secondo luogo, per evitare di incorrere in una violazione dell’art. 101, è necessario che le imprese affidino l’incarico di svolgere le analisi dei dati e delle informazioni di cui qui si tratta a persone che soddisfino due requisiti: (i) non siano coinvolte in attività operative o decisionali nelle quali le informazioni ricevute possano essere utilizzate in modo anticompetitivo (ad esempio dirigenti in posizioni apicali, amministratori, commerciali, dipendenti coinvolti nel marketing, nella politica dei prezzi, in ricerca e sviluppo, etc.); (ii) abbiano firmato un accordo di confidenzialità che faccia loro divieto di condividere le informazioni ricevute con soggetti diversi da quelli specificamente autorizzati e imponga loro di utilizzare le informazioni ricevute unicamente al fine dell’attività valutativa dell’impresa target e negoziazione del contratto.

VI. Ipotesi di abuso di posizione dominante: Il rifiuto a condividere dati e l’uso privilegiato degli stessi

Sulla base della prassi decisionale della Commissione europea e delle sentenze delle corti, è oggi possibile affermare che sono eminentemente due i tipi di condotta illecita in cui possono incorrere le imprese in posizione dominante che si avvalgono di dati. La prima consiste nel rifiuto a condividere quei dati; la seconda – di assai più recente ideazione – risulta dall’uso asimmetrico di tali dati.

Il dato empirico in cui si radicano queste fattispecie è quello a cui si è più

volte fatto riferimento: con l’avvento e lo sviluppo delle tecnologie digitali, molte imprese hanno iniziato a raccogliere e analizzare *terabyte* di dati, ampliando e dettagliando sempre di più la propria conoscenza di consumatori e mercati. Questo vantaggio informativo – non da solo, ma insieme ad altri fattori come la disponibilità di ingenti capitali e l’utilizzo di tecnologie decisamente innovative – ha dunque consentito a tali imprese di conquistare un numero crescente di consumatori, raggiungendo in tempi brevi posizioni di dominio rese, per giunta, difficilmente contendibili dalle caratteristiche strutturali dei mercati digitali. Di qui sono pertanto sorte due necessità.

In primo luogo, si è valutato se l’art. 102 TFUE potesse essere impiegato per imporre a queste imprese – e, più in generale, a qualsiasi impresa in posizione dominante che controlli dei dati – di condividere tali dati con i propri rivali, così da ridurre lo iato competitivo tra loro. Più nel dettaglio, posto che in linea di massima il diritto antitrust non appunta la propria attenzione sulle dotazioni (iniziali o sopravvenute) delle imprese²¹, si è cioè valutato se questi dati potessero qualificarsi come delle risorse essenziali ai sensi della dottrina introdotta con il caso *Oscar*

²¹ C. giust. UE 12 maggio 2022, causa C377/20, “Servizio Elettrico Nazionale”, EU:C:2022:379, Dove la Corte ha espresso il concetto che le imprese dominanti non vengono riconosciute per produrre con risorse diverse da quelle dei loro concorrenti, soprattutto se i concorrenti non hanno accesso alle stesse risorse utilizzate dall’impresa dominante. Nello stesso senso anche C. giust. UE 13 dicembre 1991, causa C-18/88, “Régie des télégraphes et des téléphones v. GB-Inno-BM SA”, EU:C:1991:474, punto 25 in cui si fa riferimento a C. giust. UE 19 marzo 1991, causa C-202/88, “French Republic v. Commission of the European Communities”, EU:C:1991:120, punto 51. Tutti questi casi non riguardano però imprese che hanno acquisito la loro posizione dominante per merito, ma *ex* monopolisti statali o monopolisti legali operanti in settori fortemente regolamentati, soggetti a intensi processi di liberalizzazione.

*Bronner*²², così da poi ritenere il rifiuto a condividerle come un abuso di posizione dominante.

Tuttavia, è assai difficile dimostrare che *terabyte* di dati integrino la definizione di risorse essenziali coniata nel menzionato caso, perché è arduo provare che l'impresa che ha subito il rifiuto non possa godere di alternative fungibili ai dati richiesti, nemmeno qualora intraprendesse gli stessi investimenti dell'impresa in posizione dominante²³. Per un verso, infatti, i dati si controllati da alcune imprese – ma che possono essere anche raccolti dal mercato gratuitamente o in cambio di denaro – sono comunque accessibili e disponibili a tutti. Per altro verso, persino i dati che sono generati da una particolare tecnologia o sono disponibili soltanto su una piattaforma possono ammettere diversi sostituti. E ciò perché, come peraltro mostrano le sentenze *Magill* e *Microsoft*²⁴, una risorsa non è essenziale di per sé; è essenziale in relazione a ciò per cui quella risorsa deve essere utilizzata. Così, per qualificare come essenziali degli insiemi di dati, bisognerebbe dimostrare che le informazioni da essi inferite possono essere elaborate solo ed esclusivamente a partire da quei dati – circostanza certo possibile, ma non assai frequente.

Complessivamente, dunque, l'eventualità di impiegare l'art. 102 per obbligare, almeno le imprese in posizione dominante, a condividere i propri dati si è rilevata abbastanza circoscritta, tanto da indurre le istituzioni europee ad adottare degli obblighi regolatori in tal senso nei regolamenti menzionati nell'introduzione.

²² C. giust. UE 26 novembre 1998, causa C-7/97, "Oscar Bronner", EU:C:1998:569.

²³ *Ibidem*, punti 44-46.

²⁴ Rispettivamente C. giust. UE 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, "Magill", ECLI:EU:C:1995:98 e T. UE 17 settembre 2007, causa T-201/04, "Microsoft", ECLI:EU:T:2007:289.

ne, ossia nel DMA, nel DSA e nel Data Act²⁵.

In secondo luogo, si è provato ad applicare l'art. 102 per punire le imprese in posizione dominante che impieghino i dati di cui dispongono in modo asimmetrico. Per essere più chiari, si pensi al recente caso *Amazon Buy Box*²⁶. Qui la Commissione ha inizialmente constatato come Amazon, svolgendo al contempo il ruolo di intermediario e di produttore, può definire il prezzo e le caratteristiche dei propri prodotti, come AmazonBasics, dopo aver conosciuto i prezzi e le caratteristiche dei prodotti dei suoi concorrenti. I suoi concorrenti, invece, non possono fare altrettanto perché, a differenza di Amazon, essi non accedono ai dati relativi ai loro concorrenti o alla medesima Amazon. Di conseguenza, la Commissione ha ritenuto che questo uso "unidirezionale" dei dati potesse rappresentare un possibile abuso di posizione dominante da parte di Amazon, sebbene esso consentisse ad Amazon di ridurre i prezzi offerti ai consumatori. Peraltro, preme ricordare che questo uso unidirezionale dei dati è stato vietato anche nel DMA²⁷.

MARIATERESA MAGGIOLINO

²⁵ Rispettivamente: Regolamento UE n. 1925/2022, cit.; Regolamento UE n. 2065/2022, cit.; Regolamento UE n. 2854/2023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2023 riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva (UE) 2020/1828 (regolamento sui dati), in GUUE L del 23 dicembre 2023, p. 1 ss.

²⁶ Comm. eur. 20 dicembre 2022, cause AT.40462 e AT.40463, "Amazon Buy Box", https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202310/AT_40462_8990760_8322_4.pdf.

²⁷ Regolamento UE n. 1925/2022, cit. art. 6(2).

Bibliografia

M. Botta, *Shall we share? The principle of FRAND in B2B data sharing*, 2023, disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=4422925>; V. Caforio, *Molto rumore per nulla: la sentenza della Corte di giustizia sul rapporto tra diritto della concorrenza e tutela dei dati personali nell'Unione europea*, *Il diritto industriale*, 2023, 404; G. Colangelo, *The Privacy/Antitrust Curse: Insights From GDPR Application in Competition Law Proceedings*, 2023, disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=4599974>; G. Colangelo – M. Maggiolino, *Big data as misleading facilities*, *European Competition Journal*, 2017, 249; G. Colangelo – M. Maggiolino, *Data Accumulation and the Privacy-Antitrust Interface: Insights from the Facebook Case for the EU and the U.S.*, in *International Data Privacy Law* 2108, 8(3), 224; J. Cooper, *Privacy and Antitrust: Underpants Gnomes, the First Amendment, and Subjectivity*, 2013, disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=2283390>; E. M. Douglas, *The New Antitrust/Data Privacy Law Interface*, 130 *Yale Law Journal*, 2021, 647; G. D. Dimitrios Katsifis – T. Karanikioti, *Google as a de facto Privacy Regulator: Analyzing Chrome's Removal of Third-party Cookies from an Antitrust Perspective*, 2020, disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3738107>; V. Iaia, *The Strengthening Liaison between Data Protection, Antitrust and Consumer Law in the German and Italian Big Data-Driven Economies*, 2021, disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=4533788>; E. Kimmelman, H. Feld, A. Rossi, *The Limits of Antitrust in Privacy Protection*, *International Data Privacy Law*, 2018, Vol. 8, No. 3; R. H. Lande, *The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy is an Antitrust Concern*, 2008, disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=1121934>; Maggiolino, Mariateresa, *Is the DMA (un) fair?*, forthcoming in *Journal of Antitrust*

Law Enforcement; Nottingham, Mark, *Playing Fair in the Privacy Sandbox: Competition, Privacy and Interoperability Standards*, 2021, disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3891335>; M. K. Ohlhausen – A. P. Okuliar, *Competition, Consumer Protection, and the Right [Approach] to Privacy*, 2015, disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=2561563>; N. P. Schepp – A. Wambach, *On Big Data and its Relevance for Market Power Assessment*, 7 *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, 120; G. Schneider, *Data Sharing for Collaborative Research under Art. 101 TFEU: Lessons from The Proposed Regulations for Data Markets*, 2021, disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3823191>; M. E. Stucke, *The Relationship Between Privacy and Antitrust*, 2022, disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=4042262>; M. E. Stucke – P. Allen – P. Grunes, *No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data*, 2015, disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=2600051>; H. W. Rolf, *Information at the crossroads of competition and data protection law*, 12 *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 2014, 169; X. Yan – H. Huaiwen, *Fine-Tuning the Ex-Ante Approach to Regulating Data Combination Practices*, 2021, disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3842901>.

LA DISCIPLINA DELLE SOVVENZIONI ESTERE DISTORSIVE DEL MERCATO INTERNO

Sommario: **I.** Le origini della disciplina. – **II.** Nozioni fondamentali. – **III.** Aspetti procedurali generali. – **IV.** La procedura di controllo delle sovvenzioni estere in materia di concentrazioni. – **V.** La procedura di controllo delle sovvenzioni estere in materia di appalti e concessioni.

I. Le origini della disciplina

Trovare il giusto equilibrio tra l'apertura alla concorrenza internazionale e la tutela della competitività europea è diventato una sfida importante, come conferma il recente 'rapporto Draghi'¹. Il 14 dicembre 2022 l'Unione europea ha adottato il Regolamento (UE) 2022/2560 relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno² e, il 10 luglio 2023, il relativo Regolamento di esecuzione³. L'adozione del RSE è il risultato di un lungo processo avviato il 12 marzo 2019 con la comunicazione congiunta della Commissione e dell'Alto rappresentante dell'Unione europea per gli affari esteri e la politica di sicurezza "UE-Cina — Una

prospettiva strategica"⁴. Nella comunicazione congiunta si afferma che, nella ricerca di strumenti per porre rimedio agli effetti distorsivi della proprietà statale e dei finanziamenti pubblici esteri nel mercato interno, delle lacune sono state individuate nell'assenza tra le regole sul controllo delle concentrazioni di strumenti in grado di permettere un intervento contro l'acquisizione di una società dell'UE realizzata mediante sovvenzioni estere⁵. Inoltre, nel settore degli appalti pubblici e delle concessioni, è emerso che le amministrazioni aggiudicatrici dell'UE non dispongono di uno strumento efficace quando ricevono offerte che hanno beneficiato di sovvenzioni con effetti anti-concorrenziali e concesse da paesi terzi. La possibilità di escludere gli operatori economici che, essendo stabiliti in paesi terzi privi di accordi internazionali con l'Unione, non hanno un accesso garantito al mercato degli appalti pubblici dell'UE è stata confermata recentemente dalla giurisprudenza, secondo la quale le amministrazioni aggiudicatrici possono anche decidere di escludere tali operatori economici dalla stessa partecipazione ad una gara o ammetterli ad essa o senza condizioni o mediante un aggiustamento dei relativi punteggi da essi riportati⁶. Allo stesso tempo, nella materia degli appalti e delle concessioni, rimane alle amministrazioni aggiudicatrici la possibilità di considerare le offerte

¹ M. Draghi, *The Future of European Competitiveness*, Part B, In-depth analysis and recommendations, September 2024, p. 298 e ss.

² G.U. L. 330 del 23.12.2022, p. 1.

³ Regolamento di esecuzione (UE) 2023/1441 della Commissione sulle modalità dettagliate di svolgimento dei procedimenti da parte della Commissione a norma del Regolamento (UE) 2022/2560 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno (G.U. L. 177 del 12.7.2023, p. 1; di seguito, il "Regolamento di esecuzione").

⁴ JOIN (2019) 5 final.

⁵ Cfr. anche il Libro bianco relativo all'introduzione di pari condizioni di concorrenza in materia di sovvenzioni estere COM (2020) 253 final.

⁶ C. giust. UE, 22 ottobre 2024, *Kolin*, C-652/22, EU:C:2024:910, punto 63.

presentate da operatori stabiliti nell'UE e che hanno beneficiato di sovvenzioni concesse da Paesi terzi come offerte anormalmente basse con conseguente possibilità di escludere dette offerte dalla procedura di gara alle condizioni previste nella legislazione UE⁷. Tuttavia, ciò non è sufficiente per conseguire l'obiettivo di ripristinare delle condizioni di parità sul mercato interno. Ad esempio, l'esclusione da una procedura di gara decisa nei confronti di un operatore di un paese terzo privo di un accordo internazionale con l'Unione potrebbe essere facilmente elusa mediante la creazione, da parte di detto operatore, di un'impresa in uno Stato membro dell'UE, il che consentirebbe a questa nuova impresa di beneficiare immediatamente di tutti i vantaggi del mercato unico. Tali vantaggi comprendono l'accesso agli appalti pubblici e alle concessioni, anche in situazioni in cui la stessa impresa beneficia di ingenti sovvenzioni che, in quanto concesse da Stati terzi, non ricadono nel campo di applicazione delle norme dell'Unione sugli aiuti di Stato. Senza alcun dubbio, una tale situazione costituisce una disparità di trattamento in grado di generare ulteriori distorsioni sul mercato interno.

II. Nozioni fondamentali

Il Regolamento sulle sovvenzioni estere (in seguito anche 'RSE' o 'Regolamento') si ispira alle norme in materia di aiuti di Stato e alle disposizioni dell'accordo sulle sovvenzioni e sulle misure compensative concluso nel quadro dell'Organizzazione Mondiale del Commercio⁸, le cui dispo-

sizioni sono state prese in considerazione per garantire la compatibilità delle disposizioni del Regolamento con gli obblighi internazionali dell'UE. Il RSE si applica a tutte le attività economiche⁹. Secondo il Regolamento, una sovvenzione estera esiste quando un paese terzo fornisce, "direttamente o indirettamente", un "contributo finanziario che conferisce un vantaggio a un'impresa che esercita un'attività economica nel mercato interno e che è limitato, in linea di diritto o di fatto, a una o più imprese o a uno o più settori"¹⁰. Tale definizione comprende quattro elementi, che devono tutti sussistere affinché vi sia una sovvenzione estera¹¹: a) la concessione di un contributo finanziario, b) un paese terzo come origine diretta o indiretta di tale contributo, c) un vantaggio conferito dal contributo e d) la limitazione di tale vantaggio a un'impresa o a un gruppo di imprese. Per quanto riguarda il primo elemento, un contributo si considera concesso dal momento in cui il beneficiario ottiene il diritto di riceverlo, poiché il pagamento effettivo non è una condizione necessaria affinché una sovvenzione estera rientri nell'ambito di applicazione del Regolamento¹². Inoltre, un contributo finanziario comprende, tra l'altro, "trasferimenti di fondi o passività, quali conferimenti di capitale, sovvenzioni, prestiti, garanzie sui prestiti, incentivi fiscali, compensazione delle perdite di esercizio, compensazione di oneri finanziari imposti dalle autorità pubbliche, remissione del debito, capitalizzazione del debito o

94/800/CE del Consiglio, del 22 dicembre 1994, relativa alla conclusione a nome della Comunità europea, per le materie di sua competenza, degli accordi dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round (1986/1994) (G.U. 1994, L. 336, p. 1).

⁹ RSE, considerando 3.

¹⁰ RSE, art. 3 § 1.

¹¹ RSE, considerando 11.

¹² RSE, considerando 15.

⁷ Direttiva 2014/24/UE, G.U. L. 94 del 28.3.2014, pp. 65-242, art. 69.

⁸ L'accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), firmato a Marrakech il 15 aprile 1994), è stato approvato con la decisione

ristrutturazione del debito”¹³. Per quanto riguarda il terzo elemento della definizione, relativo alla nozione di vantaggio, si deve ritenere che un contributo finanziario conferisca un vantaggio a un’impresa se tale vantaggio non può teoricamente essere ottenuto “in normali condizioni di mercato. L’esistenza di un vantaggio dovrebbe essere determinata sulla base di valori di riferimento comparativi, quali le pratiche degli investitori privati in materia di investimento, i tassi di finanziamento ottenibili sul mercato, un trattamento fiscale comparabile o una remunerazione adeguata per un dato bene o servizio”¹⁴.

A seguito della notifica del contributo, la Commissione ne valuta il possibile effetto distorsivo sul mercato interno. Si ritiene che una siffatta distorsione sussista “quando una sovvenzione estera è tale da poter migliorare la posizione concorrenziale di un’impresa nel mercato interno e, così facendo, la sovvenzione estera ha un’incidenza negativa effettiva o potenziale sulla concorrenza nel mercato interno”¹⁵. Tuttavia, a parte alcuni casi evidenti di distorsioni, come le garanzie illimitate (ossia senza alcuna limitazione dell’importo o della durata di tale garanzia) o il finanziamento delle esportazioni non in linea con l’accordo dell’OCSE sui crediti all’esportazione che beneficiano di sostegno pubblico¹⁶, per giungere a tale conclusione la Commissione deve tenere conto di alcuni indicatori¹⁷, quali l’importo e la natura della sovvenzione estera, nonché la situazione dell’impresa, comprese le sue dimensioni, e l’evoluzione della sua attività nel mercato interno¹⁸. La Commissione

può prendere in considerazione solo le sovvenzioni estere concesse nei tre anni precedenti la concentrazione o, per gli appalti e le concessioni, precedenti la notifica del contributo finanziario¹⁹. Essa può indagare su una sovvenzione solo per un periodo massimo di 10 anni dalla data della sua concessione²⁰.

Pur constatando l’eventuale esistenza di una sovvenzione distorsiva, la Commissione deve bilanciarne gli effetti negativi (anticoncorrenziali) nella valutazione comparata con gli effetti positivi “sullo sviluppo dell’attività economica sovvenzionata in questione sul mercato interno, considerando nel contempo altri effetti positivi della sovvenzione estera, quali effetti positivi più ampi in relazione ai pertinenti obiettivi politici, in particolare quelli dell’Unione”²¹. Se prevalgono gli effetti negativi, il test comparativo può essere utile a determinare l’adeguatezza della natura e del livello degli impegni eventualmente proposti. In ogni caso, “poiché la valutazione comparata tiene conto degli effetti positivi di una sovvenzione estera, l’applicazione di tale valutazione non dovrebbe portare a un risultato per l’impresa peggiore del risultato che si otterrebbe se la valutazione comparata non venisse applicata. Quando effettua una valutazione comparata, la Commissione dovrebbe esporre le proprie considerazioni nella decisione che conclude un’indagine approfondita”²². In materia di valutazione degli effetti distorsivi della sovvenzione estera nel settore degli appalti e delle concessioni sotto forma di offerta indebitamente vantaggiosa, l’art. 27 RSE spiega che quest’ultimo concetto può avere effetti solo nella procedura di gara in cui detta offerta viene presentata. L’accertamento di una

¹³ RSE, art. 3 § 2, lettera a).

¹⁴ RSE, considerando 13, seconda e terza frase.

¹⁵ RSE, art. 4 § 1.

¹⁶ Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico; RSE, art. 5 § 1.

¹⁷ RSE, considerando 20.

¹⁸ RSE, art. 4 § 1, lettere da a) ad e). L’art. 5 RSE prevede inoltre categorie specifiche di sovven-

zioni estere “che maggiormente rischiano” di falsare il mercato interno.

¹⁹ RSE, artt. 19 e 27, ultima frase.

²⁰ RSE, considerando 61.

²¹ RSE, art. 6 § 1.

²² RSE, considerando 21, ultime due frasi.

sovvenzione estera con effetti distorsivi non si traduce quindi in una valutazione delle capacità dell'offerente in quanto tale. Ne consegue che, in materia di appalti e concessioni, anche una decisione che vieti l'aggiudicazione dell'appalto, adottata ai sensi dell'art. 31 § 2, del Regolamento, non può costituire un motivo di esclusione da un'altra gara.

Ai sensi del Regolamento, le sovvenzioni che maggiormente rischiano di provocare distorsioni sul mercato interno sono le sovvenzioni a favore di un'impresa in difficoltà senza un piano di ristrutturazione, le sovvenzioni sotto forma di garanzia illimitata per debiti o passività dell'impresa, le sovvenzioni che facilitano direttamente una concentrazione e, in materia di appalti e concessioni, le sovvenzioni che consentono di presentare un'offerta indebitamente vantaggiosa²³, nel senso che, grazie a tale sovvenzione, l'impresa "potrebbe aggiudicarsi l'appalto"²⁴. Più precisamente, tale offerta è considerata indebitamente vantaggiosa quando la natura vantaggiosa, "come il suo prezzo, non può essere giustificata da altri fattori"²⁵. La definizione dei contorni di tale concetto è essenziale, in quanto non si limita all'esame delle capacità dell'offerente in quanto tale²⁶.

Se l'importo totale di una sovvenzione estera concessa a un'impresa non supera 4 milioni di EUR nell'arco di tre anni consecutivi, si ritiene improbabile che essa falsi il mercato interno²⁷. Inoltre, se l'importo totale di una sovvenzione estera concessa a un'impresa non supera l'importo degli aiuti di Stato de minimis ai sensi dell'art. 3 § 2, primo comma, del Regolamento (UE) n. 1407/2013 (ossia 200,000 EUR) per paese terzo nell'arco

di tre anni consecutivi²⁸, tale sovvenzione "deve essere considerata non distorsiva del mercato interno"²⁹. Infine, si può ritenere che una sovvenzione estera non provochi distorsioni sul mercato interno quando essa mira ad ovviare ai danni arrecati da calamità naturali o da eventi eccezionali³⁰.

III. Aspetti procedurali generali

La Commissione può esaminare d'ufficio informazioni provenienti da qualsiasi fonte, comprese le persone fisiche, le persone giuridiche o uno Stato membro, ma, in materia di appalti e concessioni, se agisce di propria iniziativa (e dunque non a seguito di una notifica da parte dell'operatore interessato) essa limita la propria valutazione ai contratti già aggiudicati e l'esito di tale esame non può comportare l'annullamento della decisione di aggiudicazione o la risoluzione del contratto di appalto³¹.

Se ritiene che le informazioni di cui all'art. 9 RSE indichino la possibilità di una sovvenzione estera distorsiva del mercato interno, la Commissione raccoglie "tutte le informazioni che ritiene necessarie per valutare, in via preliminare, se il contributo finanziario oggetto dell'esame costituisca una sovvenzione estera e se provochi distorsioni sul mercato interno"³². A tal fine, oltre a valutare qualsiasi informazione che uno Stato membro, una persona fisica o giuridica o un'associazione può avere sulle sovvenzioni estere che possono falsare il mercato interno³³, la Commissione può, in particolare, chiedere informazioni a norma dell'art. 13 del Regolamento e svolgere ispezioni "all'interno e all'esterno

²³ RSE, art. 5 § 1, RSE.

²⁴ *Ibidem*, lettera e).

²⁵ RSE, considerando 20, seconda frase.

²⁶ RSE, considerando 54, prima frase.

²⁷ RSE, art. 4 § 2.

²⁸ GUUE, L. 352 del 24 dicembre 2013, pp. 1-8.

²⁹ RSE, art. 4 § 3.

³⁰ RSE, art. 4 § 4.

³¹ RSE, art. 9 § 2.

³² RSE, artt. 10 § 1, e 30, § 1.

³³ RSE, art. 35 par. 1 e 2.

dell'Unione", conformemente all'art. 14 o all'art. 15 del Regolamento³⁴. Inoltre, la Commissione informa dell'avvio dell'esame preliminare gli Stati membri che le hanno notificato una procedura nazionale a norma del Regolamento (UE) 2019/452 in materia di investimenti esteri diretti³⁵. In materia di appalti e concessioni l'esame preliminare deve concludersi entro 20 giorni dalla ricezione della notifica completa³⁶.

Il potere di avviare un esame preliminare e di esercitare i poteri di indagine di cui all'art. 10, § 1, RSE è soggetto a un termine di prescrizione di 10 anni a decorrere dal giorno in cui una sovvenzione estera è concessa a un'impresa. Tuttavia, «qualsiasi misura» adottata ai sensi di quest'ultimo articolo o degli articoli 13, 14 o 15 RSE nei confronti di una sovvenzione estera interrompe il termine di prescrizione. Dopo ogni interruzione, il termine di prescrizione di 10 anni inizia nuovamente a decorrere³⁷. Inoltre, poiché il RSE prevede la possibilità per la Commissione di adottare misure che abbiano l'effetto di interrompere il termine di prescrizione e di far decorrere un altro termine, il Regolamento prevede un termine più generale. A tale riguardo, il legislatore ha previsto che il termine di prescrizione "scade al più tardi il giorno in cui è trascorso un periodo pari al doppio del tempo del termine di prescrizione" purché, prima della scadenza di tale termine più generale, la Commissione non abbia adottato una «decisione» ai sensi dell'art. 10 o dell'art. 11 per i casi di cui all'art. 38, § 1, RSE o non abbia irrogato un'ammen-

da o una penalità di mora ai sensi dell'art. 38, § 2, del Regolamento³⁸. Il termine di prescrizione viene sospeso per il tempo in cui la decisione della Commissione è oggetto di un procedimento dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione³⁹.

Qualora la Commissione concluda, nel corso dell'esame preliminare, che non vi sono elementi di prova sufficienti per avviare un'indagine approfondita a causa dell'assenza di una sovvenzione estera o dell'assenza di indicazioni di una distorsione effettiva o potenziale nel mercato interno, essa chiude il procedimento. La Commissione informa l'impresa interessata dell'oggetto dell'indagine e lo Stato membro che può averla informata ai sensi dell'art. 10 § 2, del Regolamento, nonché l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore interessati se l'esame preliminare era stato avviato in relazione a una procedura di gara per un appalto o una concessione⁴⁰.

La Commissione può concludere un esame preliminare senza adottare una decisione. Tuttavia, qualora abbia concluso un esame preliminare senza adottare una decisione e riceva nuove informazioni che l'inducono a sospettare che una notifica o una dichiarazione presentata sia incompleta, o qualora tale notifica o dichiarazione non sia trasferita alla Commissione, essa può chiedere informazioni supplementari a norma dell'art. 29 § 1, del Regolamento. Sulla base di queste nuove informazioni, la Commissione può anche "riaprire" un esame preliminare⁴¹.

Qualora, sulla base dell'esame preliminare, la Commissione disponga di indizi sufficienti dell'esistenza di una sovvenzione estera distorsiva del mercato interno, essa

³⁴ RSE, artt. 10 § 1, e 30, § 1.

³⁵ Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione (G.U.U.E., *L 79I del 21 marzo 2019*, pag. 1-14, art. 2, n. 3. RSE, artt. 10 § 2 e 30 § 1.

³⁶ RSE, art. 30 § 2.

³⁷ RSE, art. 38 § 1.

³⁸ RSE, art. 38 § 4.

³⁹ RSE, art. 38 § 5.

⁴⁰ RSE, artt. 10 § 4 e 30 § 1.

⁴¹ RSE, art. 30 § 4. Sulle possibili conseguenze dell'incompletezza della dichiarazione e della notifica sulla regolarità dell'offerta si veda l'art. 7 § 4, Regolamento di esecuzione.

adotta una decisione di avvio dell'indagine approfondita⁴², che "che contiene una sintesi dei pertinenti elementi di fatto e di diritto e la valutazione preliminare in merito all'esistenza di una sovvenzione estera e di una distorsione effettiva o potenziale sul mercato interno"⁴³. È quindi pubblicata una sintesi per consentire a qualsiasi persona fisica o giuridica, Stato membro o paese terzo che ha concesso la sovvenzione estera di esprimere il proprio parere⁴⁴. La Commissione informa inoltre l'impresa oggetto dell'indagine e gli Stati membri nonché l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore interessati nei casi in cui l'indagine approfondita sia stata avviata in relazione a una procedura di appalto pubblico, e pubblica un avviso nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea che invita a presentare osservazioni per iscritto entro un termine fissato dalla Commissione⁴⁵.

La Commissione può avviare un'indagine approfondita a norma dell'art. 10 § 3, entro 25 giorni lavorativi dal ricevimento della notifica completa⁴⁶. Dopo l'avvio di un'indagine approfondita, l'impresa oggetto dell'indagine, qualsiasi altra persona fisica o giuridica, gli Stati membri e il paese terzo che ha concesso la sovvenzione estera possono presentare osservazioni per iscritto entro il termine fissato dalla Commissione, che è di norma non superiore a un mese dalla data in cui l'impresa oggetto dell'indagine è stata informata della decisione, o dalla data di pubblicazione della sintesi della decisione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea in tutti gli altri casi⁴⁷.

Una volta avviata l'indagine approfondita, entro 90 giorni lavorativi dall'avvio la Commissione «adotta» un atto di esecuzione sotto forma di una decisione sugli impegni, di una decisione di non sollevare obiezioni o, nel caso delle concentrazioni, di una decisione che vieta la concentrazione⁴⁸. Il termine per la conclusione dell'indagine approfondita è prorogato di 15 giorni lavorativi qualora le imprese interessate propongano impegni a norma dell'art. 7 RSE al fine di porre rimedio alla distorsione nel mercato interno⁴⁹. Tale termine è ulteriormente prorogato se le imprese interessate ne fanno richiesta entro 15 giorni lavorativi dall'avvio dell'indagine approfondita. Le imprese interessate possono presentare una sola richiesta e la proroga non supera i 20 giorni lavorativi⁵⁰. Inoltre, oltre alla proroga del termine di 90 giorni lavorativi per l'adozione di una decisione in caso di impegni proposti, i termini di cui al paragrafo 1, lettera b), dell'art. 24 RSE possono essere prorogati dalla Commissione anche in qualsiasi momento successivo all'avvio dell'indagine approfondita, con l'accordo delle imprese interessate, ma la proroga non supera i 20 giorni lavorativi⁵¹. La Commissione si adopera per adottare una decisione all'esito di un'indagine approfondita entro 18 mesi dall'avvio dell'indagine approfondita⁵². Inoltre, in materia di appalti e concessioni, la Commissione può adottare una decisione di chiusura di un'indagine approfondita entro 110 giorni dal ricevimento della notifica completa⁵³. Tale termine può essere prorogato una volta di 20 giorni lavorativi, previa consultazione dell'amministrazione aggiudicatrice/dell'ente aggiudicatore, in casi eccezionali debitamente giustificati, «tra cui» per

⁴² RSE, artt. 30 e 10 § 3.

⁴³ RSE, artt. 10 § 3 e 30, § 1.

⁴⁴ RSE, art. 40 § 1.

⁴⁵ RSE, Art. 10 § 3, lettere (b), (c) e (d) e 30 § 1.

⁴⁶ RSE, art. 25 § 2.

⁴⁷ Regolamento di esecuzione, art. 8 § 1.

⁴⁸ RSE, art. 25 § 3.

⁴⁹ RSE, art. 24 § 1, lettera b).

⁵⁰ RSE, art. 24 § 4, primo e terzo comma.

⁵¹ RSE, art. 24 § 4, secondo e terzo comma.

⁵² RSE, art. 11 § 5.

⁵³ RSE, art. 30 § 6, ultima frase.

indagini relative a procedure di appalto in più fasi o in casi di omessa collaborazione di cui all'art. 16 § 1, lettere a), ossia quando l'operatore fornisce informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti in risposta a una richiesta di informazioni ai sensi dell'art. 13 del Regolamento, e b), relativo ai casi in cui l'operatore non fornisce le informazioni richieste entro il termine fissato dalla Commissione⁵⁴. Come nell'ambito dell'esame preliminare, la decisione di avviare l'indagine approfondita e l'esercizio dei poteri di indagine di cui all'art. 11 del Regolamento sono soggetti a un termine di prescrizione di 10 anni, a decorrere dal giorno in cui una sovvenzione estera è concessa a un'impresa⁵⁵.

Le richieste di informazioni e le ispezioni ai sensi del Regolamento possono essere decise al fine di consentire alla Commissione di svolgere i compiti «ad essa assegnati» dal Regolamento⁵⁶; questa formulazione è sufficientemente ampia per riguardare sia la fase di esame preliminare sia quella di indagine approfondita. La Commissione può decidere di avviare un'indagine approfondita ai sensi dell'art. 10 o adottare una decisione con impegni ai sensi dell'art. 11 solo «sulla base dei dati disponibili» se l'impresa oggetto dell'indagine o un paese terzo che ha concesso la sovvenzione estera: «a) fornisce informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti in risposta a una richiesta di informazioni a norma dell'art. 13; b) omette di fornire le informazioni richieste entro il termine impartito dalla Commissione; c) rifiuta di sottoporsi all'ispezione della Commissione all'interno o all'esterno dell'Unione disposta a norma dell'art. 14 o dell'art. 15; oppure d) ostacola in altro modo l'esame preliminare o l'indagine approfondita»⁵⁷.

Oltre a consentire l'adozione di decisioni negative nei confronti della società interessata, la mancanza di collaborazione con la Commissione può avere altre conseguenze nell'inchiesta sulle sovvenzioni. In particolare, qualora un'impresa o un'associazione di imprese, uno Stato membro o un paese terzo abbia fornito alla Commissione informazioni «inesatte o fuorvianti», tali informazioni non sono prese in considerazione⁵⁸. Inoltre, qualora un'impresa, compresa un'impresa pubblica direttamente o indirettamente controllata dallo Stato, non fornisca le informazioni necessarie per determinare se un contributo finanziario le conferisca un vantaggio, si può ritenere che tale impresa abbia beneficiato di tale vantaggio⁵⁹. Infine, quando la Commissione decide sulla base dei dati disponibili a fronte dell'assenza di cooperazione dei soggetti interessati, l'esito del procedimento può essere meno favorevole rispetto al caso in cui vi sia cooperazione⁶⁰. In merito all'adozione delle decisioni, il Regolamento prevede due procedure. Le decisioni che comportano una valutazione sostanziale sono previste come atto di esecuzione da adottare secondo la procedura consultiva di cui all'art. 48 § 2 del Regolamento⁶¹. Per contro, le decisioni di natura puramente procedurale non sono soggette a tale regola. Ne è un esempio la decisione di ordinare a un'impresa oggetto di un'indagine di sottoporsi ad un'ispezione ai sensi dell'art. 14 § 3, prima frase, del Regolamento. Tale differenza è esplicitamente indicata nel Regolamento con un riferimento alla forma dell'atto di esecuzione e alla suddetta procedura, che è indicata solo per il primo tipo di decisione. Le decisioni accompagnate

⁵⁸ RSE, art. 16 § 2 e 30 § 1.

⁵⁹ RSE, artt. 16 § 3 e 30 § 1.

⁶⁰ RSE, artt. 16 § 4 e 30 § 1.

⁶¹ Cfr., ad esempio, la decisione di non sollevare obiezioni ai sensi dell'art. 11 § 4 RSE. Cfr. anche il considerando 74 del Regolamento.

⁵⁴ RSE, art. 30 § 5.

⁵⁵ RSE, art. 38 § 1.

⁵⁶ RSE, artt. 13 § 1 e 14 § 1.

⁵⁷ RSE, artt. 16 § 1 e 30 § 1.

da impegni, le decisioni di non sollevare obiezioni, le decisioni che vietano una concentrazione, le decisioni che ordinano la dissoluzione della concentrazione, le decisioni che ordinano altre misure per ristabilire la situazione esistente anteriormente alla concentrazione, le decisioni che vietano l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione all'operatore economico interessato sono pubblicate nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea⁶².

Infine, prima della pubblicazione, le decisioni destinate ad un'impresa o associazione di imprese sono notificate senza indugio e la Commissione dà all'impresa o all'associazione di imprese interessata la possibilità di indicare nella decisione le informazioni che quest'ultima considera riservate⁶³.

Quanto alle sanzioni pecuniarie, il Regolamento prevede una prima possibilità di ricorso ad ammende e penalità di mora in caso di comportamenti che ostacolano o limitano indebitamente l'esercizio dei poteri di indagine della Commissione. Pertanto, a tale riguardo, la Commissione può, mediante decisione, infliggere ammende o penalità di mora se un'impresa o un'associazione di imprese, intenzionalmente o per negligenza, a) fornisce informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti in risposta a una richiesta di informazioni a norma dell'art. 13 oppure non fornisce le informazioni entro il termine previsto; b) durante le ispezioni di cui all'art. 14 fornisce i registri o gli altri documenti aziendali richiesti in forma incompleta; c) in risposta a una domanda di chiarimenti a norma dell'art. 14, paragrafo 2, lettera c): i) fornisce una risposta inesatta o fuorviante; ii) non rettifica entro il termine stabilito dalla Commissione una risposta inesatta, incompleta o fuorviante fornita da un membro del personale; oppure iii) non fornisce o rifiuta di fornire una risposta completa

sui fatti inerenti all'oggetto e allo scopo delle ispezioni disposte mediante decisione adottata ai sensi dell'art. 14, paragrafo 3; d) rifiuta di sottoporsi alle ispezioni disposte a norma dell'art. 14 o rimuove i sigilli apposti a norma dell'art. 14, paragrafo 2, lettera d); o e) non rispetta le condizioni di accesso al fascicolo o la procedura di divulgazione delle informazioni imposta dalla Commissione a norma dell'art. 42, paragrafo 4 RSE⁶⁴. In questi casi, le ammende non superano l'1 % del fatturato totale realizzato dall'impresa o dall'associazione di imprese interessata nell'esercizio finanziario precedente⁶⁵.

Per quanto riguarda le sanzioni per la reiterazione dell'inadempimento, esse non superano il 5 % del fatturato totale medio giornaliero realizzato dall'impresa o dall'associazione di imprese interessata nell'esercizio finanziario precedente per ogni giorno lavorativo di ritardo, calcolato a decorrere dalla data stabilita nella decisione, fino alla presentazione delle informazioni complete ed esatte richieste dalla Commissione, o fino a quando l'impresa o l'associazione di imprese non si sottopone all'ispezione⁶⁶. Tuttavia, nel caso delle informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti, la Commissione fissa un termine ultimo di due settimane per ricevere le informazioni dall'impresa o dall'associazione di imprese⁶⁷.

Una seconda possibilità di applicare ammende e penalità di mora riguarda il caso in cui un'impresa non si conforma a una decisione con impegni ai sensi dell'art. 11 § 3 del Regolamento, a una decisione che dispone misure provvisorie a norma dell'art. 12 del Regolamento o a una decisione con misure di riparazione a norma dell'art. 11 § 2 del Regolamento. In questi casi la Commissione può, mediante decisione, infliggere ammende il cui impor-

⁶⁴ RSE, art. 17 § 1.

⁶⁵ RSE, art. 17 § 2.

⁶⁶ RSE, art. 17 § 3.

⁶⁷ RSE, art. 17 § 4.

⁶² RSE, Art. 40 § 2.

⁶³ RSE, Art. 41 § 1.

to non superi il 10 % del fatturato totale realizzato dall'impresa interessata nell'esercizio finanziario precedente, o penalità di mora per la reiterazione dell'inadempimento non superiori al 5 % del fatturato totale medio giornaliero realizzato dall'impresa interessata nell'esercizio finanziario precedente per ogni giorno di inadempimento, a decorrere dal giorno della decisione della Commissione che infligge tali penalità e fino a quando la Commissione non accerti che l'impresa interessata si è conformata alla decisione⁶⁸. Ammende e penalità di mora possono anche applicarsi contemporaneamente a decisioni con impegni o relative a misure di riparazione⁶⁹.

Oltre a un riferimento ai requisiti generali in materia di fissazione delle ammende e delle penalità di mora sopra ricordati⁷⁰, il Regolamento prevede anche che, in merito alla fissazione dell'importo delle ammende e delle penalità di mora, la Commissione tiene conto della natura, della gravità e della durata della violazione, nonché dei principi di proporzionalità e adeguatezza⁷¹. Ammende e penalità di mora possono essere inflitte nel corso dell'indagine condotta dalla Commissione, per violazione di una decisione della Commissione o per indurre a conformarsi, o anche per violazione degli obblighi di notifica⁷².

La Commissione può revocare una decisione con misure di riparazione, una decisione con impegni, una decisione di non sollevare obiezioni, una decisione che vieta una concentrazione ed una decisione che vieta l'aggiudicazione di un appalto o di una concessione ed eventualmente adottare una nuova decisione in uno dei seguenti casi: a) l'impresa destinataria della decisione iniziale agisce in contrasto con i suoi impegni o con le misure di riparazione

imposte; b) la decisione iniziale si rivela essere basata su informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti e c) gli impegni o le misure di riparazione precedentemente approvati dalla Commissione «non sono efficaci»⁷³.

IV. La procedura di controllo delle sovvenzioni estere in materia di concentrazioni

Da un punto di vista procedurale, le sovvenzioni estere nelle fusioni (o «concentrazioni» come definite nel Regolamento sulle sovvenzioni estere) possono essere esaminate in due modi: a seguito di una notifica da parte delle imprese interessate a concludere la concentrazione o sulla base di una valutazione avviata d'ufficio dalla Commissione.

Il Regolamento prevede una propria definizione di 'concentrazione', che tuttavia rispecchia quella di cui all'art. 3 del Regolamento (UE) sulle concentrazioni n. 139/04⁷⁴. Pertanto, ai fini del RSE, si considera che una concentrazione abbia luogo ove una modifica duratura del «controllo» di un'impresa risulti dalla fusione di due o più imprese o parti di imprese precedentemente indipendenti o dall'acquisizione, «da parte di una o più persone che già detengono il controllo di almeno un'altra impresa, o da parte di una o più imprese, sia tramite acquisto di partecipazioni nel capitale o di elementi del patrimonio, sia tramite contratto o qualsiasi altro mezzo, del controllo diretto o indiretto dell'insieme o di parti di una o più altre imprese»⁷⁵.

⁷³ RSE, art. 18 § 1.

⁷⁴ Reg. (CE) 139/2004 del Consiglio, 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in G.U.U.E. L 24, 29 gennaio 2004, p. 1 ss.

⁷⁵ RSE, art. 20 § 1. La costituzione di un'impresa comune che esercita stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma costituisce una concentrazione ai sensi del § 1: RSE, art. 20 § 2.

⁶⁸ RSE, art. 17 § 5.

⁶⁹ RSE, considerando 32, ultima frase.

⁷⁰ RSE, art. 26 § 1.

⁷¹ RSE, art. 17 § 6.

⁷² RSE, artt. 17 e 26.

Il Regolamento prevede anche una nozione di controllo. A tale riguardo, si ha controllo, ai sensi del RSE, “in presenza di diritti, contratti o altri mezzi che conferiscono, da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto o di diritto, la possibilità di esercitare un’influenza determinante su un’impresa, in particolare mediante: a) diritti di proprietà o di godimento sulla totalità o su parti del patrimonio di un’impresa; b) diritti o contratti che conferiscono un’influenza determinante sulla composizione, sulle deliberazioni o sulle decisioni degli organi di un’impresa”⁷⁶. Poiché tale indicazione non è esaustiva, come conferma l’uso dei termini «in particolare», possono esserci anche altri elementi da utilizzare per istituire il controllo, come definito nel Regolamento. Per essere rilevante ai sensi del Regolamento, il controllo deve essere acquisito da persone o imprese che “a) sono titolari dei diritti o beneficiari dei contratti in questione; oppure b) pur non essendo titolari di tali diritti o beneficiari di tali contratti, hanno il potere di esercitare i diritti che ne derivano”⁷⁷. Tuttavia, il RSE prevede anche i casi in cui si ritiene che non si verifichi una concentrazione. In particolare, non si ritiene che si configuri una concentrazione quando, per quanto riguarda gli enti creditizi o altri istituti finanziari o le compagnie di assicurazione, le cui normali attività comprendono le operazioni e la negoziazione di titoli per conto proprio o per conto terzi, detti enti, istituti o compagnie detengono temporaneamente titoli che essi hanno acquisito in un’impresa in vista della loro rivendita. Tuttavia, ciò accade solo in linea di principio, stante la necessità di valutare a che fine vengono esercitati i diritti di voto⁷⁸.

L’obbligo di notifica in materia di concentrazioni si applica quando sono soddisfatte due condizioni. La prima condizione è che almeno una delle imprese partecipanti alla fusione, l’impresa acquisita o l’impresa comune sia stabilita nell’Unione e generi un fatturato totale nell’Unione di almeno 500 milioni di EUR. La seconda condizione è che alle seguenti imprese siano stati concessi contributi finanziari complessivi di oltre 50 milioni di EUR da paesi terzi nei tre anni precedenti la conclusione dell’accordo, l’annuncio dell’offerta pubblica o l’acquisizione di una partecipazione di controllo: nel caso di acquisto, l’acquirente o gli acquirenti e l’impresa acquisita; nel caso di una fusione, le imprese che si sono fuse; o, nel caso di un’impresa comune, le imprese che costituiscono un’impresa comune e l’impresa comune⁷⁹. Le concentrazioni soggette a notifica sono notificate alla Commissione prima della loro attuazione e dopo la conclusione dell’accordo, l’annuncio dell’offerta pubblica o l’acquisizione di una partecipazione di controllo⁸⁰. Le imprese interessate possono inoltre notificare il progetto di concentrazione quando dimostrano alla Commissione l’intenzione in buona fede di concludere un accordo o, in caso di offerta pubblica, quando hanno pubblicamente annunciato che intendono procedere a tale offerta, a condizione che l’accordo o l’offerta previsti diano luogo a una concentrazione soggetta ad obbligo di notifica⁸¹. In caso di fusione ai sensi dell’art. 20 § 1, lettera a), RSE o di impresa comune ai sensi dell’art. 20 § 1, lettera b), RSE, la concentrazione è notificata «congiuntamente dalle parti che intervengono nell’operazione di fusione o da quelle che acquisiscono il controllo comune, a seconda dei casi»⁸². In tutti gli altri casi, la notifica

⁷⁶ RSE, art. 20 § 5.

⁷⁷ RSE, art. 20 § 6.

⁷⁸ RSE, art. 20 § 4, lettera a).

⁷⁹ RSE, art. 20 § 3.

⁸⁰ RSE, art. 21 § 1.

⁸¹ RSE, art. 21 § 2.

⁸² RSE, art. 21 § 3.

è effettuata dalla persona o dall'impresa "che acquisisce il controllo dell'insieme o di parti di una o più imprese"⁸³.

In concreto, una concentrazione soggetta a notifica è notificata dopo la conclusione dell'accordo o l'acquisizione di una partecipazione di controllo ma "non può essere realizzata prima della notifica"⁸⁴, né prima che la Commissione abbia preso posizione sulla concentrazione. La violazione dell'obbligo di rispettare tale effetto sospensivo può comportare, in particolare, l'imposizione di ammende o l'adozione di una decisione che imponga alle imprese interessate di sciogliere la concentrazione⁸⁵. La Commissione può chiedere in qualsiasi momento la notifica preventiva di qualsiasi concentrazione prima della sua realizzazione che non sia soggetta a notifica ai sensi dell'art. 20 RSE, qualora sospetti che possano essere state concesse sovvenzioni estere alle imprese interessate nei tre anni precedenti la concentrazione. Tale concentrazione è considerata una concentrazione soggetta ad obbligo di notifica ai fini del RSE⁸⁶.

In caso di violazione dell'obbligo di notifica, la Commissione può riesaminare una concentrazione soggetta a notifica a norma del Regolamento richiedendone la notifica. In questo caso, la Commissione non è tenuta ad avviare l'indagine approfondita entro 25 giorni dalla presentazione di una notifica completa, in quanto non è vincolata dagli altri termini di cui all'art. 24 §§ 1 e 4 RSE⁸⁷.

La notifica preventiva delle concentrazioni è presentata utilizzando il modulo FS-CO di cui all'allegato I del Regolamento di esecuzione. Le notifiche congiunte sono presentate in un unico modulo⁸⁸. In

particolare, le imprese interessate devono individuare sovvenzioni potenzialmente distorsive e fornire informazioni su qualsiasi altro contributo finanziario, con particolari dettagli per i contributi pari o superiori a 1 milione di EUR⁸⁹. Occorre inoltre indicare i contributi per attività non economiche⁹⁰, al fine di verificare se essi consentano sovvenzioni incrociate di attività economiche⁹¹. Le imprese interessate possono chiedere consultazioni pre-notifica al fine di ricevere orientamenti sul raggiungimento delle soglie per la notifica⁹².

Come già ricordato, l'obbligo di notifica si applica ai sensi dell'art. 20 § 3, lettera a), del Regolamento quando il «fatturato totale» generato da "almeno una delle imprese partecipanti alla fusione, l'impresa acquisita o l'impresa comune" è di almeno 500 milioni di EUR. Ai sensi dell'art. 22 § 1, prima frase, RSE, il fatturato totale "comprende gli importi ricavati dalla vendita di prodotti e dalla prestazione di servizi realizzati dalle imprese interessate nell'ultimo esercizio finanziario e corrispondenti alle loro normali attività, previa detrazione degli sconti concessi sulle vendite nonché dell'imposta sul valore aggiunto e di altre imposte direttamente legate al fatturato". Inoltre, il fatturato nell'Unione comprende i prodotti venduti e i servizi forniti a imprese o consumatori dell'Unione⁹³.

Il contributo finanziario totale a un'impresa interessata è calcolato sommando i rispettivi contributi finanziari forniti da paesi terzi alle imprese partecipanti alla fusione o all'acquirente e all'impresa destinataria in caso di acquisizione del controllo, nonché alle «parti» di imprese di cui all'art. 22 § 2, RSE e alle imprese collegate

⁸³ RSE, art. 21 § 3.

⁸⁴ RSE, rispettivamente artt. 21 § 1 e 24.

⁸⁵ RSE, art. 26 § 3, lettera b).

⁸⁶ RSE, art. 21 § 5.

⁸⁷ RSE, art. 21 § 4.

⁸⁸ Regolamento di esecuzione, art. 4 § 1, ultima frase.

⁸⁹ Regolamento di esecuzione, allegato I, sezione 5.

⁹⁰ Regolamento di esecuzione, allegato I, tabella 1, parte A, punto 2.

⁹¹ RSE, considerando 16.

⁹² RSE, considerando 38.

⁹³ RSE, art. 22 § 1, secondo comma.

di cui all'art. 22 § 4, lettere da a) ad e)⁹⁴. Secondo il Regolamento, un'impresa non predispone operazioni finanziarie per eludere gli obblighi di notifica di cui all'art. 21 §§ 1 e 5⁹⁵. Se sospetta che un'impresa abbia adottato o stia attuando tale pratica, la Commissione può chiedere a tale impresa di fornire tutte le informazioni necessarie per determinare se l'impresa abbia adottato o stia adottando tali pratiche e può avviare un riesame richiedendo la notifica della concentrazione⁹⁶.

A seguito di una «notifica completa», la concentrazione non può essere realizzata per un periodo di 25 giorni e, se la Commissione avvia l'indagine approfondita, per i 90 giorni successivi⁹⁷. Infine, in casi diversi dal riesame d'ufficio, la Commissione può adottare una decisione senza essere vincolata dai limiti temporali di cui sopra per concludere l'indagine approfondita se constatata che una concentrazione è stata realizzata in violazione degli impegni allegati a una decisione o se una decisione è stata revocata⁹⁸.

Oltre ad alcuni casi in cui l'acquisizione del controllo può essere realizzata in deroga all'obbligo di sospensione⁹⁹, su richiesta debitamente motivata la Commissione può autorizzare una deroga all'effetto sospensivo della notifica della concentrazione¹⁰⁰. Nel decidere in merito alla richiesta, la Commissione tiene conto in particolare degli effetti della sospensione su una o più imprese interessate dalla concentrazione o su un terzo e del rischio di distorsione

nel mercato interno rappresentato dalla concentrazione. Tale deroga può essere subordinata a determinate condizioni e obblighi al fine di garantire che non vi siano distorsioni nel mercato interno. Una deroga può essere richiesta e concessa in qualsiasi momento, prima della notifica o dopo l'operazione¹⁰¹.

Il termine di 25 giorni inizia a decorrere solo se la notifica è completa¹⁰². A tale riguardo, se «constata che le informazioni e i documenti contenuti nella notifica sono incompleti, la Commissione ne informa senza indugio per iscritto le parti notificanti o i loro rappresentanti esterni autorizzati. In tal caso, la notifica prende effetto alla data in cui la Commissione riceve le informazioni complete»¹⁰³. Inoltre, poiché, anche dopo la notifica, le parti notificanti sono tenute a comunicare tutte le informazioni pertinenti, «compresi i cambiamenti sostanziali dei fatti, che le parti notificanti avrebbero dovuto notificare se ne fossero state a conoscenza o di cui avrebbero dovuto essere a conoscenza al momento della notifica», qualora tali ulteriori informazioni abbiano un'incidenza significativa sulla valutazione della concentrazione notificata da parte della Commissione, quest'ultima può ritenere che la notifica abbia effetto «solo alla data in cui riceve le informazioni in questione» e successivamente informa per iscritto e senza indugio le parti notificanti di tale decisione¹⁰⁴. In caso di violazione dell'obbligo di sospendere la realizzazione della concentrazione, qualsiasi operazione effettuata in violazione di tale obbligo è considerata valida solo dopo l'adozione di una decisione con impegni, di una decisione di non obiezione o di una decisione che vieta una concentrazione¹⁰⁵.

⁹⁴ RSE, art. 23.

⁹⁵ RSE, art. 39 § 1.

⁹⁶ RSE, art. 39 § 2.

⁹⁷ RSE, art. 24 § 1, lettera a) e lettera b).

⁹⁸ RSE, art. 24 § 6.

⁹⁹ Tali casi si riferiscono all'esecuzione di un'offerta pubblica di acquisto o di una serie di operazioni su titoli, compresi quelli convertibili in altri titoli ammessi alla negoziazione in un mercato come una borsa valori, mediante le quali viene acquisito il controllo da vari venditori: RSE, art. 24 § 2.

¹⁰⁰ RSE, art. 24 § 3.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² RSE, art. 24 § 1, secondo comma; Regolamento di esecuzione, art. 6, § 1.

¹⁰³ Regolamento di esecuzione, art. 6 § 2.

¹⁰⁴ Regolamento di esecuzione, art. 6 § 3.

¹⁰⁵ RSE, art. 24 § 7.

Per quanto riguarda un'eventuale decisione di divieto, dato che l'art. 24, § 7, fa riferimento a una decisione a norma dell'art. 25, § 3 senza ulteriori precisazioni, l'ulteriore validità di un'operazione che realizza la concentrazione dovrebbe riguardare solo la parte della concentrazione che non è stata vietata dalla Commissione. Tale ulteriore validità a seguito di una decisione di divieto può dunque riguardare solo un'operazione non vietata dalla Commissione, il che è suscettibile di verificarsi nel caso di una decisione di divieto parziale.

La Commissione può, in via eccezionale, decidere di sospendere i termini di cui all'art. 24, § 1, RSE qualora le imprese non abbiano fornito le informazioni complete richieste ai sensi dell'art. 13 dello stesso Regolamento o abbiano rifiutato di sottoporsi ad un'ispezione disposta mediante decisione a norma dell'art. 14 del Regolamento¹⁰⁶. Tale sospensione può essere decisa per uno dei seguenti motivi: I) le informazioni che la Commissione ha chiesto alle parti notificanti o a qualsiasi altra persona interessata a norma dell'art. 13 § 2, RSE non sono fornite o sono fornite in modo incompleto entro il termine fissato dalla Commissione; II) le informazioni che la Commissione ha chiesto ad altre imprese o associazioni di imprese a norma dell'art. 13 § 3, RSE non sono fornite o sono fornite in modo incompleto entro il termine fissato dalla Commissione a causa di circostanze imputabili a una delle parti notificanti o a qualsiasi altra persona interessata; III) una delle parti notificanti o qualsiasi altra persona interessata ha rifiutato di sottoporsi a un'ispezione della Commissione a norma dell'art. 14 § 1 e disposta mediante decisione a norma dell'art. 14 § 3 RSE o ha rifiutato di collaborare all'esecuzione di tale ispezione a norma dell'art. 14 § 2, del Regolamento; IV) le parti notificanti

non hanno comunicato alla Commissione le informazioni pertinenti, comprese le modifiche di tutte le informazioni pertinenti, compresi i cambiamenti sostanziali che le parti notificanti avrebbero dovuto notificare se ne fossero state a conoscenza o di cui avrebbero dovuto essere a conoscenza al momento della notifica ai sensi dell'art. 6 § 3 del Regolamento di esecuzione¹⁰⁷.

Inoltre, per preservare la concorrenza nel mercato interno ed evitare danni irreparabili, la Commissione può adottare una decisione per imporre misure provvisorie qualora vi siano sufficienti indicazioni che un contributo finanziario costituisca una sovvenzione estera e falsi il mercato interno e che sussistano rischi di tali danni gravi e irreparabili alla concorrenza¹⁰⁸. Le misure provvisorie possono consistere, in particolare, nell'offrire l'accesso, a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie, alle infrastrutture, compresi gli impianti di ricerca, le capacità di produzione o le strutture essenziali, che sono state acquisite o sostenute da sovvenzioni estere distorsive del mercato interno, a meno che tale accesso non sia già previsto dalla legislazione dell'Unione. Esse possono anche consistere nell'obbligo di astenersi da determinati investimenti e, infine, nella concessione di licenze a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie per le attività acquisite o sviluppate con l'aiuto di sovvenzioni estere¹⁰⁹. Dette misure si applicano per un periodo di tempo determinato, rinnovabile (ossia con l'adozione di una nuova decisione) «nella misura necessaria e appropriata», o fino all'adozione della decisione finale¹¹⁰. Possono essere adottate misure provvisorie anche in caso di violazione dell'obbligo di notifica di una concentrazione ai sensi dell'art. 21 del

¹⁰⁶ RSE, art. 25 § 5.

¹⁰⁷ Regolamento di esecuzione, art. 23 § 1.

¹⁰⁸ RSE, art. 12 § 1.

¹⁰⁹ RSE, art. 12 § 2.

¹¹⁰ RSE, art. 12 § 3.

Regolamento e in caso di realizzazione di una concentrazione in violazione di una decisione con impegni adottata ai sensi dell'art. 25 § 3, lettera a), RSE¹¹¹.

Al termine della valutazione comparata di cui all'art. 6 RSE e dopo aver preso in considerazione la distorsione sul mercato interno generata dalla sovvenzione estera a norma dell'art. 4 nonché il tipo di sovvenzione a norma dell'art. 5 di detto Regolamento, la Commissione può concludere che una sovvenzione estera falsa il mercato interno. In tale circostanza, se l'impresa oggetto dell'indagine offre impegni che la Commissione ritiene appropriati e sufficienti per "porre rimedio pienamente ed efficacemente" alla distorsione, la Commissione può adottare un atto di esecuzione sotto forma di decisione al fine di rendere tali impegni vincolanti per l'impresa, vale a dire una decisione con impegni¹¹². In tal caso la Commissione non dovrebbe, in linea di principio, imporre misure di riparazione¹¹³. Per contro, negli atti che chiudono l'indagine approfondita ai sensi dell'art. 11 RSE, la Commissione può sempre imporre obblighi di comunicazione e trasparenza, "comprese relazioni periodiche sull'attuazione degli impegni e delle misure di riparazione" di cui all'art. 7, § 4 RSE¹¹⁴. Lo scopo di tali obblighi è di individuare potenziali distorsioni sul mercato interno o monitorare l'attuazione delle decisioni della Commissione adottate a norma del RSE¹¹⁵. La Commissione può imporre requisiti quali l'obbligo per l'impresa inte-

ressata di fornire informazioni in merito i) ai contributi finanziari esteri ricevuti durante un determinato periodo di tempo a decorrere dal giorno successivo alla data di adozione della decisione che impone tale obbligo, ii) alla partecipazione alle concentrazioni durante un determinato periodo di tempo a decorrere da tale giorno, o iii) all'attuazione di una decisione con impegni, di una decisione con misure di riparazione o di una decisione che vieta una concentrazione¹¹⁶. Una decisione che accetta il rimborso, compreso un tasso di interesse adeguato, di una sovvenzione estera a norma dell'art. 7 § 6, RSE è considerata una decisione con impegni se la Commissione può accertare che il rimborso ponga pienamente rimedio alla distorsione, sia eseguita in modo trasparente e verificabile e sia efficace nella pratica, tenendo conto nel contempo del rischio di elusione degli obiettivi del Regolamento¹¹⁷. Gli impegni proposti ai fini di una decisione con impegni a norma dell'art. 25 § 3, lettera a), RSE sono presentati entro 65 giorni lavorativi dalla data di avvio dell'indagine approfondita a norma dell'art. 25 § 2, del Regolamento¹¹⁸. Qualora, a norma dell'art. 24 § 4, RSE, il termine per l'adozione di una decisione di cui all'art. 25 § 3, del Regolamento sia prorogato, il termine di 65 giorni lavorativi per la presentazione degli impegni è automaticamente prorogato dello stesso numero di giorni lavorativi¹¹⁹. In via eccezionale, la Commissione può prendere in considerazione impegni anche se sono stati offerti dopo la scadenza del termine per la loro presentazione¹²⁰. Nel proporre impegni, l'impresa oggetto di indagine individua nel contempo tutte le informazioni che considera riservate, motiva debitamente

¹¹¹ RSE, art. 25 § 7.

¹¹² RSE, artt. 11 § 3, prima frase, e 25 § 3 lettera a).

¹¹³ RSE, considerando 23, ultima frase. Cfr. anche RSE, art. 7 § 1, secondo cui, in linea di principio, l'accettazione di impegni è inconciliabile con l'imposizione di misure di riparazione per porre rimedio alla distorsione effettivamente o potenzialmente causata dalla sovvenzione estera.

¹¹⁴ RSE, art. 7 § 5.

¹¹⁵ Regolamento di esecuzione, considerando 10.

¹¹⁶ Regolamento di esecuzione, art. 16.

¹¹⁷ RSE, considerando 24 e art. 7 § 6.

¹¹⁸ Regolamento di esecuzione, art. 13 § 1.

¹¹⁹ Regolamento di esecuzione, art. 13 § 2.

¹²⁰ Regolamento di esecuzione, art. 13 § 3.

tale richiesta di riservatezza e fornisce una versione distinta non riservata degli impegni. Gli impegni sono firmati dalle parti notificanti, nonché “da tutte le altre persone interessate alle quali gli impegni impongono obblighi”¹²¹. La decisione di accettazione degli impegni e che li rende vincolanti è adottata su richiesta dell’impresa interessata, che offre impegni¹²². La violazione di una decisione adottata ai sensi dell’art. 25 § 3, lettera a), RSE, in base alla quale la Commissione ha constatato che, in assenza di impegni, la concentrazione soddisferebbe il criterio di cui all’art. 25 § 3, lettera c), RSE per una decisione di divieto, può comportare la decisione di sciogliere la concentrazione o di adottare qualsiasi altra misura per assicurare che le imprese interessate dissolvano la concentrazione o prendano altre misure di ripristino della situazione anteriore¹²³.

Se dopo l’indagine approfondita constatata che una sovvenzione estera falsa il mercato interno a norma degli articoli da 4 a 6 del Regolamento, la Commissione adotta una decisione che vieta la concentrazione¹²⁴. Tuttavia, può accadere che la concentrazione — soggetta ad obbligo di notifica o notificata su richiesta — sia già stata realizzata. Ciò può verificarsi in particolare quando non è stata richiesta alcuna notifica preventiva perché le soglie non sono state raggiunte e la distorsione è così sostanziale da non poter essere sanata con rimedi comportamentali o strutturali o mediante il rimborso della sovvenzione¹²⁵.

In tal caso, oltre ad adottare una decisione di divieto¹²⁶, la Commissione può imporre alle imprese interessate di sciogliere la concentrazione, in particolare mediante la

cessione di tutte le azioni o attività acquisite, al fine di ripristinare la situazione esistente prima della realizzazione della concentrazione. Qualora tale ripristino non sia possibile mediante lo scioglimento della concentrazione, la Commissione può adottare qualsiasi altra misura atta a conseguire tale ripristino “per quanto possibile”¹²⁷. In subordine¹²⁸, la Commissione può ordinare qualsiasi altra misura appropriata per garantire che le imprese interessate risolvano la concentrazione o adottino altre misure di ripristino, “come prescritto nella sua decisione”¹²⁹. Le misure necessarie per ripristinare la situazione esistente prima della realizzazione della concentrazione possono essere prescritte o nella decisione che vieta la concentrazione — nel caso in cui tali misure possano essere adottate in modo significativo prima di tale realizzazione — o in una decisione separata¹³⁰. La Commissione adotta una decisione di non sollevare obiezioni qualora constati che la valutazione preliminare esposta nella decisione di avviare l’indagine approfondita non è confermata o che una distorsione sul mercato interno è compensata da effetti positivi ai sensi dell’art. 6 RSE, vale a dire che la valutazione comparata ha portato a una conclusione positiva¹³¹.

La Commissione può, mediante decisione, infliggere ammende alle imprese interessate che non superino il 10 % del loro fatturato totale realizzato nell’esercizio precedente, qualora tali imprese, intenzionalmente o per negligenza, i) omettano di notificare una concentrazione soggetta ad obbligo di notifica prima della sua attuazione, a meno che non siano espressamente autorizzate in tal senso dall’art. 24 RSE,

¹²¹ Regolamento di esecuzione, art. 15 §§ 2 e 3.

¹²² RSE, art. 11 § 3.

¹²³ RSE, art. 25 § 6, terzo comma.

¹²⁴ RSE, art. 25 § 3, lettera c).

¹²⁵ RSE, considerando 25.

¹²⁶ RSE, art. 25 §§ 6, secondo comma, e 3, lettera c).

¹²⁷ RSE, art. 25 § 6, lettera a).

¹²⁸ I termini una “*delle seguenti misure*” di cui all’art. 25 § 6, primo comma, sembrano effettivamente indicare una scelta tra le lettere a) e b).

¹²⁹ RSE, art. 25 § 6, lettera b).

¹³⁰ RSE, art. 25 § 6, secondo comma.

¹³¹ RSE, art. 11 § 4.

ii) realizzino una concentrazione notificata in violazione dell'art. 24 RSE (obbligo di sospendere la concentrazione e di rispettare i limiti temporali), iii) attuino una concentrazione notificata vietata a norma dell'art. 25 § 3, lettera c), RSE o iv) organizzino operazioni o contratti finanziari al fine di eludere gli obblighi di notifica di cui all'art. 39 § 1, dello stesso Regolamento¹³².

V. La procedura di controllo delle sovvenzioni estere in materia di appalti e concessioni

A norma dell'art. 29 § 1, RSE, un contributo finanziario estero è soggetto all'obbligo di notifica nell'ambito di una procedura di appalto pubblico se sono soddisfatte due condizioni cumulative. In primo luogo, il valore stimato di tale appalto pubblico o concessione o accordo quadro al netto dell'IVA, calcolato conformemente alle disposizioni di cui all'art. 8 della direttiva 2014/23/UE¹³³, all'art. 5 della direttiva 2014/24/UE¹³⁴ e all'art. 16 della direttiva 2014/25/UE¹³⁵, o di un contratto specifico nell'ambito di un sistema dinamico di acquisizione è pari o superiore a 250 milioni di EUR. In secondo luogo, all'operatore economico, comprese le imprese figlie senza autonomia commerciale, le sue società di partecipazione e, se del caso, i suoi "principali

subappaltatori e fornitori" coinvolti nella stessa offerta nell'ambito della procedura di appalto pubblico sono stati concessi contributi finanziari totali pari o superiori a 4 milioni di EUR per paese terzo nei tre anni precedenti la notifica o, se del caso, la notifica aggiornata. A norma del Regolamento, un subappaltatore o un fornitore è considerato "principale" se la sua partecipazione riguarda elementi essenziali dell'esecuzione dell'appalto e, in ogni caso, quando la quota economica del suo contributo supera il 20 % del valore dell'offerta presentata¹³⁶. In caso di suddivisione in lotti, oltre alle due condizioni previste, l'obbligo di notifica sussiste quando il valore del lotto o il valore complessivo di tutti i lotti per i quali l'offerente presenta un'offerta è pari o superiore a 125.000.000 EUR¹³⁷. A norma dell'art. 29 § 1 RSE, non appena siano soddisfatte le due condizioni cumulative di cui sopra, «gli operatori economici che partecipano a una procedura di appalto pubblico notificano all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore tutti i contributi finanziari esteri» di cui all'art. 28, § 1, lettera b). L'esatta portata dei contributi da indicare nel modulo di notifica è specificata nella sezione 3 dell'allegato II del Regolamento di esecuzione, relativa al modulo denominato "FS-PP".

Al fine di garantire il rispetto dell'obbligo di notifica, il RSE prevede non solo gli obblighi per l'amministrazione aggiudicatrice di richiamarne l'esistenza nei documenti di gara e, sia per l'amministrazione aggiudicatrice sia per la Commissione, di chiedere, in caso di notifica irregolare, il pieno rispetto di tale obbligo entro un termine di 10 giorni¹³⁸, a pena di esclusione¹³⁹, ma anche una norma «antielusione».

¹³² RSE, art. 26 § 3.

¹³³ Dir. n. 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, G.U.U.E., 2014, L 94, p. 1.

¹³⁴ Cit., *supra*.

¹³⁵ Dir. 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE (G.U. L. 94 del 28.3.2014, p. 243).

¹³⁶ RSE, Art. 29 § 5.

¹³⁷ RSE, Art. 28 § 2.

¹³⁸ RSE, Art. 28 § 6.

¹³⁹ RSE, art. 29 § 3. Se la Commissione è a conoscenza del carattere incompleto della notifica,

Più precisamente, un'impresa non può realizzare operazioni finanziarie o appalti al fine di eludere l'obbligo di notifica, di cui all'art. 29 §§ 1, 5 e 8 RSE¹⁴⁰. Tale disposizione deve garantire l'efficacia di tutti gli obblighi di notifica, sia di notifica preventiva sia della notifica che può essere richiesta dalla Commissione ove essa sospetti che possano essere state concesse sovvenzioni estere alle imprese interessate nei tre anni precedenti la notifica. La Commissione, qualora sospetti che un'impresa abbia o sia impegnata in tale pratica, può chiedere a tale impresa di fornire tutte le informazioni che ritiene necessarie per stabilire se i sospetti siano fondati e può dar luogo a un esame preliminare; essa può anche decidere di riaprire un esame preliminare in presenza di nuove informazioni al riguardo¹⁴¹.

Ove non sussistano i presupposti per un obbligo di notifica, gli operatori economici elencano in una "dichiarazione" tutti i contributi finanziari esteri ricevuti e confermano che essi non sono soggetti ad obbligo di notifica a norma dell'articolo 28 § 1, lettera b) RSE¹⁴². Ulteriori dettagli sulle modalità di presentazione delle dichiarazioni sono contenuti nell'allegato II, sezione 7 del Regolamento di esecuzione. L'obbligo della dichiarazione costituisce una differenza fondamentale rispetto alle procedure di controllo sulle sovvenzioni estere in materia di concentrazioni.

Gli obblighi d'informazione non sono la sola responsabilità degli operatori economici. Più precisamente, se un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore sospetta l'esistenza di sovvenzioni estere, detto soggetto "comunica tali sospetti alla

Commissione senza indugio"¹⁴³. Per quanto riguarda le misure da adottare su tale base nell'ambito della procedura di aggiudicazione, quando l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore al momento dell'esame delle offerte esercita il suo potere ai sensi delle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE di esaminare se un'offerta sia anormalmente bassa, l'amministrazione o l'ente in questione "non effettua una valutazione del carattere anormalmente basso di un'offerta qualora tale valutazione sia avviata soltanto sulla base dei sospetti che indicano l'eventuale presenza di sovvenzioni estere"¹⁴⁴. Ne consegue che, in tale situazione, l'amministrazione aggiudicatrice dovrà attendere una risposta da parte della Commissione sul carattere indebitamente vantaggioso della sovvenzione. Inoltre, altre persone fisiche o giuridiche possono presentare alla Commissione qualsiasi informazione relativa alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno e qualsiasi sospetto di "eventuale falsa dichiarazione"¹⁴⁵.

La notifica preventiva è disciplinata dal Regolamento in modo analogo a quanto previsto per le concentrazioni, con la particolarità che, per gli appalti pubblici, l'efficace funzionamento della notifica si basa sul dialogo e sulla cooperazione tra la Commissione europea e le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori¹⁴⁶.

Infine, il Regolamento consente alla Commissione di chiedere all'offerente di notificare un subappalto. Più specificamente, e fatto salvo l'avvio di una procedura d'ufficio, se sospetta che un operatore economico possa aver beneficiato di sovvenzioni estere nei tre anni precedenti la presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione alla procedura di appalto, la Commissione può,

ove non venga dato seguito al suo sollecito di completare il documento entro 10 giorni, essa dovrà adottare una decisione che dichiari l'offerta irregolare e chiedere all'amministrazione aggiudicatrice di escludere l'offerente interessato (art. 29 § 4, RSE).

¹⁴⁰ RSE, art. 39 § 1,

¹⁴¹ RSE, artt. 39 § 2 e 30 § 4.

¹⁴² RSE, art. 29 § 1, seconda frase.

¹⁴³ RSE, art. 29 § 7.

¹⁴⁴ *Ibidem*, seconda frase.

¹⁴⁵ *Ibidem*, ultima frase.

¹⁴⁶ RSE, artt. 11 e 30 § 1.

prima dell'aggiudicazione del contratto o della concessione, chiedere la notifica dei contributi finanziari esteri forniti da paesi terzi a tale operatore economico in qualsiasi procedura di appalto non soggetta all'obbligo di notifica o rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 30 § 4 RSE, che consente di riavviare una procedura di esame preliminare. Se la Commissione ha richiesto la notifica di tale contributo finanziario, esso è considerato un contributo finanziario estero soggetto ad obbligo di notifica in una procedura di appalto pubblico¹⁴⁷.

Per quanto riguarda l'identificazione dell'operatore in capo al quale sussiste l'obbligo di notifica, si tratta degli operatori economici, dei raggruppamenti di operatori economici di cui all'art. 26 § 2, della direttiva 2014/23/UE, all'art. 19 § 2, della direttiva 2014/24/UE e all'art. 37 § 2, della direttiva 2014/25/UE, nonché dei subappaltatori principali e dei fornitori principali noti alla data di presentazione della notifica o della dichiarazione completa o della notifica o dichiarazione completa aggiornata¹⁴⁸.

Per quanto riguarda gli appalti che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 2009/81/CE sulle procedure di appalto nei settori della difesa e della sicurezza¹⁴⁹, tali appalti sono soggetti alle disposizioni del RSE, le cui definizioni

sono espressamente indicate all'art. 2 come applicabili anche a tali appalti. Tuttavia, nelle procedure di appalto relative alla direttiva 2008/91/CE, l'obbligo di notifica non si applica¹⁵⁰, ma la Commissione può avviare d'ufficio una procedura di esame¹⁵¹.

Venendo ora all'esame delle decisioni che la Commissione può adottare nel corso e all'esito della procedura di controllo sulle sovvenzioni estere in materia di appalti pubblici e concessioni, all'esito della valutazione comparata di cui all'art. 6 RSE e dopo aver esaminato la distorsione sul mercato interno generata dalla sovvenzione estera a norma dell'art. 4 del Regolamento, nonché la categoria della sovvenzione a norma dell'art. 5 dello stesso, la Commissione può concludere che una sovvenzione estera falsi il mercato interno. In questo caso, se l'impresa oggetto dell'indagine offre impegni che la Commissione ritiene appropriati e sufficienti per porre rimedio integralmente ed efficacemente alla distorsione, la Commissione può adottare un atto di esecuzione sotto forma di decisione per rendere tali impegni vincolanti per l'impresa, vale a dire una decisione con impegni¹⁵². Poiché gli impegni possono essere accettati solo quando pongono rimedio "integralmente ed efficacemente" alla distorsione del mercato interno¹⁵³, le esigenze della Commissione per accettarli possono essere particolarmente elevate, considerando il risultato che l'impegno deve essere in grado di determinare. Ciò è tanto più probabile se si considera che, a differenza di quanto avviene per le concentrazioni, il Regolamento non prevede la possibilità di adottare una decisione che

¹⁴⁷ RSE, art. 29 § 8.

¹⁴⁸ RSE, art. 29 § 5. La notifica o la dichiarazione "aggiornata" è quella presentata nell'ambito di una procedura di appalto in più fasi: RSE, artt. 29 § 1^a ultima frase, e 30 § 6; cfr. anche art. 7 del Regolamento di esecuzione.

¹⁴⁹ Dir. del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa al coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione di taluni appalti di lavori, di forniture e di servizi nei settori della difesa e della sicurezza da parte delle amministrazioni aggiudicatrici/degli enti aggiudicatori, e recante modifica delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, G.U.U.E., 2009, L. 216, p. 76. La direttiva 2009/81/CE fa altresì parte delle direttive, come le altre direttive in materia di appalti pubblici, alla luce delle quali le disposizioni del Regolamento

n. 2022/2560 devono essere interpretate: RSE, art. 44, § 8.

¹⁵⁰ RSE, art. 28 § 3.

¹⁵¹ RSE, considerando 41, terza frase.

¹⁵² RSE, artt. 11 § 3 e 30 § 1.

¹⁵³ RSE, art. 31 § 1.

imponga misure di riparazione ai sensi dell'art. 11 § 2 RSE¹⁵⁴.

Per contro, negli atti che chiudono l'indagine approfondita ai sensi dell'art. 11 RSE, la Commissione può ancora imporre obblighi di presentazione e trasparenza, "comprese relazioni periodiche sull'attuazione degli impegni"¹⁵⁵. L'obiettivo di tali obblighi è individuare potenziali distorsioni nel mercato interno o monitorare l'attuazione degli atti adottati a norma del Regolamento¹⁵⁶. La Commissione può imporre requisiti quali l'obbligo per l'impresa interessata di fornire informazioni sui seguenti elementi: I) i contributi finanziari esteri ricevuti entro un determinato termine a decorrere dal giorno successivo alla data di adozione della decisione che impone tale obbligo; II) la partecipazione a gare d'appalto per un periodo determinato avente inizio il giorno stesso; III) l'attuazione di una decisione con impegni o di una decisione che vieta l'aggiudicazione di un contratto o di una concessione¹⁵⁷. Una decisione che accetta il rimborso, compreso un tasso d'interesse adeguato di una sovvenzione estera a norma dell'art. 7 § 6 RSE costituisce una valida accettazione di un impegno se tale rimborso pone pienamente rimedio alla distorsione, è attuato in modo trasparente e verificabile ed è efficace nella pratica, tenendo conto nel contempo del rischio di elusione degli obiettivi del Regolamento¹⁵⁸.

Gli impegni offerti per una decisione al termine dell'indagine approfondita a norma dell'art. 31 RSE sono presentati entro 50 giorni lavorativi dalla data di

avvio di tale indagine¹⁵⁹. In via eccezionale, la Commissione può tener conto degli impegni, anche se proposti dopo la scadenza del relativo termine di presentazione¹⁶⁰. Nel proporre impegni, l'impresa oggetto dell'indagine individua nel contempo tutte le informazioni che ritiene riservate, giustifica debitamente tale richiesta di riservatezza e fornisce separatamente una versione non riservata degli impegni¹⁶¹. Gli impegni sono firmati dalle parti notificanti nonché dagli altri interessati ai quali gli impegni impongono obblighi¹⁶². La decisione di accettare gli impegni è presa su richiesta dell'impresa interessata che offre impegni¹⁶³. La violazione di tali impegni può comportare una decisione che infligge ammende o penalità di mora¹⁶⁴.

Se la Commissione constata che un operatore economico beneficia di una sovvenzione estera che genera una distorsione del mercato interno sulla base degli articoli 4, 5 e 6 del RSE e l'operatore economico interessato non offre impegni, o se la Commissione ritiene che gli impegni offerti non siano né appropriati né sufficienti per eliminare integralmente ed efficacemente la distorsione, essa adotta una decisione che vieta l'aggiudicazione dell'appalto¹⁶⁵.

La Commissione adotta una decisione di non sollevare obiezioni qualora constati che la valutazione preliminare contenuta nella sua decisione di avviare l'indagine approfondita non è confermata o che una distorsione nel mercato interno è "più che compensata" dai corrispondenti effetti positivi ai sensi dell'art. 6 RSE, vale a dire che la valutazione comparativa ha portato ad una conclusione positiva¹⁶⁶.

¹⁵⁴ L'art. 30 § 1, RSE non indica l'art. 11, § 2, di tale Regolamento come una delle norme procedurali applicabili nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

¹⁵⁵ RSE, art. 7 § 5.

¹⁵⁶ Regolamento di esecuzione, considerando 10.

¹⁵⁷ Regolamento di esecuzione, art. 16.

¹⁵⁸ RSE, considerando 24.

¹⁵⁹ Regolamento di esecuzione, art. 14 § 1.

¹⁶⁰ Regolamento di esecuzione, art. 14 § 2.

¹⁶¹ Regolamento di esecuzione, art. 15 § 2.

¹⁶² Regolamento di esecuzione, art. 15 § 3.

¹⁶³ RSE, artt. 11 § 3 e 30.

¹⁶⁴ RSE, artt. 17 § 5 e 33 §1.

¹⁶⁵ RSE, art. 31 § 2.

¹⁶⁶ RSE, artt. 11 § 4 e 30 § 1.

Possono essere inflitte ammende non superiori al 10 % del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente se è stata adottata, intenzionalmente o per negligenza, una condotta specifica nel quadro di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in violazione dell'obbligo di notifica di cui all'art. 29 o della norma antielusione di cui all'art. 39 § 1 RSE¹⁶⁷. Inoltre, la Commissione può infliggere mediante decisione ammende non superiori al 1 % del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente agli operatori che forniscono intenzionalmente o per negligenza, informazioni inesatte o fuorvianti in una notifica o dichiarazione a norma dell'articolo 29 o in un'integrazione successiva¹⁶⁸. La Commissione può anche infliggere penalità di mora o ammende per violazioni commesse nel corso dell'indagine ai sensi dell'art. 17 RSE¹⁶⁹. La Commissione tiene conto della natura, della gravità e della durata della violazione, nonché dei principi di proporzionalità e adeguatezza¹⁷⁰. Se l'obbligo al quale la penalità di mora per la reiterazione dell'inadempimento è destinata a dare esecuzione è adempiuto, la Commissione può ridurre l'importo definitivo della penalità di mora per la reiterazione dell'inadempimento rispetto a quello previsto nella decisione iniziale¹⁷¹.

GIACOMO GATTINARA*

Bibliografia

G. Gattinara – P. Ondrusek, *Un nouvel instrument dans le droit européen des marchés publics et des concessions: le règlement (UE) 2022/2560 sur les subventions étrangères faussant le marché intérieur*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 1/2024, p. 217-240; L. Hornkohl, *The EU Foreign Subsidy Regulation – Why, What and How?*, in J. Hillebrand Pohl, T. Papadopoulos, J. Wiesenenthal, J. Warchol (eds), *Weaponising Investments*, volume II, Springer, 2024, p. 1 e ss.; A. Reindl, I. Van Damme, *The EU Foreign Subsidies Regulation*, Concurrences, New York, 2024; M. Frank, *The EU's New Foreign Subsidy Regulation on Collision Course with the WTO*, in *Common Market Law Review*, 2023, p. 925 e s.; M. Vialle, *Le règlement (UE) n° 2022/2560 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur*, in *Revue des affaires européennes*, 2023/1, p. 159 e s.; F. Ferraro, *L'Unione europea fa cadere la scure sulle sovvenzioni estere accentrando il loro controllo nelle mani della Commissione*, in «I Post di AISDUE, V (2023), aisdue.eu, Sezione «Articoli», n° 4, 24 maggio 2023», *Quaderni AISDUE*, p. 68 e s.

¹⁶⁷ RSE, art. 33 § 3.

¹⁶⁸ RSE, art. 33 § 2.

¹⁶⁹ RSE, art. 33 § 1.

¹⁷⁰ RSE, artt. 17 § 6 e 33 § 1.

¹⁷¹ RSE, artt. 17 § 7 e 33 § 1.

* Commissione europea (Servizio giuridico); Istituto di diritto europeo della Katholieke Universiteit Leuven - Le opinioni espresse sono esclusivamente all'Autore e non possono essere in alcun modo ricondotte all'Istituzione di appartenenza.

IL QUADRO PER IL CONTROLLO DEGLI INVESTIMENTI ESTERI DIRETTI NELL'UNIONE

Sommario: **I.** Premessa. – **II.** Evoluzione storica dell'approccio comunitario agli investimenti esteri diretti. Le fonti di rango primario dell'Unione. – **III.** Il Regolamento (UE) n. 452/2019. Genesi e *ratio* della prima disciplina dell'Unione europea in materia di investimenti esteri diretti. – **IV.** (*segue*) La disciplina degli IED contenuta nel Regolamento (UE) n. 452/2019. – **V.** (*segue*) Prassi applicativa del Regolamento UE n. 452/2019. – **VI.** L'interazione fra la disciplina sugli investimenti esteri diretti e altre discipline poste a presidio del mercato interno dell'Unione europea. – **VII.** La proposta di un nuovo regolamento sugli IED per superare i limiti e le criticità della disciplina vigente.

I. Premessa

Gli “investimenti esteri diretti” (di seguito indicati anche con l'abbreviazione IED) rappresentano flussi di capitale che vengono impiegati da un soggetto, privato o pubblico, per acquisire una partecipazione di lungo termine e un'influenza significativa, creando legami durevoli e, per l'appunto, diretti, nonché profittevoli, nella gestione di un'impresa situata in un Paese diverso da quello dell'investitore.

A livello internazionale sono diverse le fonti che forniscono una definizione di “investimenti diretti” (per quanto concerne le fonti dell'UE di derivazione normativa e giurisprudenziale, si rinvia oltre).

L'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico definisce gli “investimenti diretti” come “una categoria

di investimenti transfrontalieri effettuati da un residente in un'economia diversa [...] al fine di stabilire un interesse duraturo in un'impresa [...] residente in un'economia diversa da quella dell'investitore diretto”¹.

Il Fondo monetario internazionale definisce un “investimento diretto” come “[...] una categoria di investimenti internazionali che riflettono l'obiettivo di un'entità residente in un'economia di acquisire un interesse duraturo in un'impresa residente in un'economia diversa”².

La Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo (UNCTAD) fa riferimento alle definizioni utilizzate dall'OCSE e dal FMI.

Emerge da queste definizioni che gli IED si devono tenere distinti rispetto ad altre forme di investimento internazionale, come gli investimenti di portafoglio, che consistono nell’“acquisto dei titoli sul mercato dei capitali effettuato soltanto per realizzare un investimento finanziario, senza intenzione di incidere sulla gestione e sul controllo dell'impresa”³.

¹ V. OECD (2020), *Benchmark definition, 4th edition (BMD4): Foreign direct investment: main aggregates (Edition 2019)*, OECD International Direct Investment Statistics (database), <https://doi.org/10.1787/fdd6d820-en>.

² V. FMI, *Balance of Payments Manual*, sesta edizione (2009), spec. punto 359.

³ Per una definizione di investimenti di portafoglio, cfr., C. giust. UE, le sentenze del 21 ottobre 2010, *Idryma Typou*, C81/09, in EU:C:2010:622, punto 48) e del 10 novembre 2011, *Commissione c. Portogallo*, C212/09, in EU:C:2011:717, punto 47 e la giurisprudenza ivi citata). Per una definizione di investimenti di portafoglio, v. anche OECD (2020), *Benchmark definition, 4th edition*

Gli investimenti diretti possono assumere forme diverse: fusioni e acquisizioni internazionali, che comportano un trasferimento della proprietà di beni esistenti relativi a un'attività economica, ed investimenti *greenfield*, con i quali si ha la creazione di una nuova società o di nuove strutture produttive.

Negli ultimi decenni gli investimenti esteri diretti hanno progressivamente assunto un ruolo sempre più rilevante finendo per rappresentare una componente nodale dell'economia globale, uno dei principali motori della sua crescita, con un impatto significativo sullo sviluppo economico, sull'innovazione e sull'integrazione internazionale⁴.

(BMD4): *Foreign direct investment: main aggregates* (Edition 2019), *OECD International Direct Investment Statistics (database)* nel volume OCSE, *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, cit., punti 11 e 29.

⁴ A livello globale gli IED hanno mostrato una certa volatilità negli ultimi anni. Dopo un calo significativo nel 2020 a causa della pandemia di COVID-19, i flussi di IED sono tornati ad aumentare nel 2021. Nel 2023, invece, i flussi netti di IED sono diminuiti, scendendo al di sotto dei livelli del 2021. Il totale dei flussi globali in entrata è stato pari a poco più di 1 000 miliardi di EUR con un calo del 15% rispetto ai 1 200 miliardi di EUR del 2022. Nel 2023 si sono registrati cali dei flussi netti di IED in entrata (rispetto al 2022) per alcuni Stati tradizionalmente destinatari di IED, come gli Stati Uniti (-6,2%) e la Cina (-8%). Tali cali, come evidenziato dall'UNCTAD, sono dipesi dalle tensioni geopolitiche e dalle condizioni economiche globali (cfr., in particolare, il documento *Global Investment Trends Monitor*, No. 46, in https://unctad.org/publication/global-investment-trends-monitor-no-46?utm_source=UNCTAD+Media+Contacts&utm_campaign=e1ca98fc4d-EMAIL_CAMPAIGN_2020_06_10_02_38_COPY_01&utm_medium=email&utm_term=0_1b47b7abd3-e1ca98fc4d-70800943). In controtendenza l'UE, che nel 2023 ha registrato un aumento dei flussi netti di IED in entrata rispetto ai valori dell'anno precedente. Il numero complessivo di operazioni di IED è passato da 5.430 nel 2015 a 48.231 nel 2023. Con riferimento alle diverse tipologie di investimenti, la crescita più consistente ha riguardato quelli *greenfield*, che

Questi investimenti, infatti, vanno ben oltre il semplice flusso di capitali poiché rappresentano un importante canale per veicolare, con un verso bidirezionale, *know-how* e competenze imprenditoriali tra differenti Paesi, accelerando la diffusione di nuove tecnologie.

Anche nell'Unione europea gli IED hanno acquisito nel tempo un'importanza strategica e hanno contribuito non solo alla crescita economica interna, ma anche al rafforzamento della posizione dell'UE come attore chiave nei mercati globali, favorendo l'accesso ai mercati esteri, aumentando la competitività delle imprese europee e creando nuove opportunità di occupazione in settori quali, ad esempio, quelli della transizione energetica e della digitalizzazione, inizialmente poco sviluppati, almeno nel confronto con alcuni Paesi terzi.

Grazie agli investimenti esteri, l'UE ha potuto e può promuovere modelli di sviluppo sostenibile per accrescere la sua competitività globale e perseguire i suoi obiettivi strategici a lungo termine, favo-

sono passati da 3.007 nel 2015 a 27.914 nel 2023, mentre quelli effettuati tramite operazioni estere di fusione e acquisizione sono passati da 2.423 nel 2015 a 20.317 nel 2023. Nel 2023 gli Stati Uniti si sono confermati come il principale investitore estero nell'UE [con il 30% delle acquisizioni (557 operazioni) e il 36% degli investimenti *greenfield* (687 progetti)], seguiti dal Regno Unito. Le acquisizioni estere hanno avuto come principali Stati membri destinatari la Germania (per il 19%), la Spagna (per il 17%), la Francia (per il 13%), l'Italia (per il 7,9%) e l'Irlanda (per il 7,6%). Quanto, invece, agli investimenti *greenfield* esteri, i principali Stati membri destinatari nel 2023 sono stati la Spagna (per il 24%), la Francia e la Germania (entrambi i Paesi per una quota dell'11%). V., anche per ulteriori dati statistici sui flussi degli IED, la *Quarta relazione annuale sul controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione* della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 17.10.2024, COM (2024) 464 def. Per un confronto con gli anni precedenti, v. le prime tre relazioni annuali pubblicate dalla Commissione, ossia i documenti COM (2021) 714 del 23 novembre 2021 e COM (2022) 433 del 1° settembre 2022.

rendo l'adozione di nuove e più avanzate infrastrutture tecnologiche.

Al contempo, il fenomeno degli investimenti esteri diretti riveste una rilevanza cruciale per la sicurezza degli Stati membri e, quindi, anche dell'Unione europea, poiché tali investimenti, se non sono accompagnati da idonei meccanismi di controllo, possono influenzare, anche negativamente, la loro indipendenza strategica.

Gli IED, insomma, rappresentano un'importante fonte di crescita economica e innovazione, ma, al contempo, presentano fattori di rischio per cui occorre una loro attenta regolamentazione e supervisione.

In ambito economico, una disciplina degli IED, accompagnata da efficaci meccanismi di controllo, è fondamentale non solo per attrarre, grazie a un quadro giuridico ben definito, tali investimenti e, quindi, per incrementare le capacità industriali degli Stati che sono parte del mercato unico, ma anche per assicurare una loro gestione equilibrata, prevenendo pratiche, anche di natura anticoncorrenziale, che potrebbero compromettere l'equilibrio economico della stessa Unione europea.

Sul fronte della sicurezza, la disciplina degli IED è strettamente legata alla protezione delle infrastrutture critiche e delle tecnologie sensibili. Gli investimenti provenienti da Paesi terzi, in particolare quelli legati a settori strategici come l'energia, le telecomunicazioni e la difesa, devono, dunque, essere monitorati per prevenire potenziali minacce alla sicurezza nazionale⁵.

⁵ Nella *Quarta relazione annuale sul controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione*, cit., vengono indicati i settori in cui nel 2023 si è registrato il numero più elevato di transazioni, ossia: *a*) il settore manifatturiero (che include le attività di trasformazione dei materiali in nuovi prodotti, quali, a titolo di esempio, apparecchiature e motori elettrici, macchinari e impianti industriali, armi e munizioni, prodotti farmaceutici); *b*) il settore delle TIC, ossia delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione per, ad esempio, la produzione di software, l'elaborazione e l'*hosting* dei dati; *c*) il settore del commercio all'in-

L'Unione europea, consapevole di questi rischi, ha introdotto, come si dirà meglio oltre, meccanismi di *screening* degli IED, i quali consentono di valutare e, se necessario, impedire quegli investimenti che potrebbero compromettere la sicurezza o l'ordine pubblico.

Tale disciplina mira, altresì, a coordinare gli interventi a livello nazionale, garantendo che gli Stati membri, il cui ordinamento prevede una normativa specifica sugli investimenti esteri, adottino un approccio coerente e coordinato con quello che si ripropone l'Unione europea.

La normativa vigente non è, tuttavia, finalizzata a conseguire un'armonizzazione, ancorché minima, delle discipline nazionali in tema di investimenti esteri.

Questo obiettivo viene oggi ritenuto dalla Commissione ineludibile in un contesto geopolitico caratterizzato da tensioni e da modalità aggressive di competizione a livello mondiale ed è, infatti, stato posto al centro della proposta di revisione dell'attuale quadro giuridico dell'UE di cui si darà conto nel settimo paragrafo.

II. Evoluzione storica dell'approccio comunitario agli investimenti esteri diretti. Le fonti di rango primario dell'Unione

I Trattati costitutivi della Comunità economica europea, ed in particolare il Trattato di Roma del 1957⁶, non dedicavano

grosso e al dettaglio di vari prodotti, incluse le materie prime, come i minerali metalliferi; *d*) il settore delle attività finanziarie (ad esempio, la gestione di fondi, i servizi finanziari, le attività) ed *e*) il settore delle attività professionali (ad esempio, le attività di studi legali e di contabilità e le attività di consulenza e di ingegneria. I cinque settori indicati hanno rappresentato rispettivamente il 23%, il 21%, il 14%, l'11% e ancora l'11% delle operazioni complessive.

⁶ Il testo del Trattato di Roma è disponibile all'indirizzo *internet*: <https://eur-lex.europa.eu/legal->

specifica attenzione agli investimenti esteri diretti. D'altra parte, in origine, la priorità dell'integrazione europea era focalizzata sulla creazione di un mercato comune e sulla rimozione delle barriere commerciali interne tra gli Stati membri, con un'attenzione predominante alla libera circolazione delle merci, dei servizi, delle persone e dei capitali. Per molti anni, gli investimenti esteri sono stati unicamente regolati a livello nazionale e, quindi, i singoli Stati membri hanno mantenuto una piena sovranità nella loro regolamentazione e gestione.

Solo con il Trattato di Maastricht⁷, che ha introdotto l'Unione economica e monetaria (UEM), sono stati compiuti passi decisivi verso l'integrazione economica. Il Trattato di Maastricht ha, invero, segnato un passo in avanti nella liberalizzazione dei movimenti di capitali, sia all'interno dell'UE, sia nei confronti dei Paesi terzi, ponendo le basi per un ambiente più favorevole agli investimenti.

L'approccio iniziale dell'UE agli IED è, dunque, caratterizzato da una visione prevalentemente orientata alla liberalizzazione dei capitali, piuttosto che alla creazione di una politica comune in materia. In questo contesto, gli Stati membri continuavano a mantenere pieni poteri di regolamentazione sugli investimenti esteri, risultando la competenza dell'UE in questo campo ancora limitata.

La mancanza, inizialmente, di un quadro giuridico specifico a livello comunitario per gli IED e l'assenza di una strategia comune per attrarre e gestire gli investimenti esteri hanno fatto sì che in Europa le politiche in materia si siano sviluppate in modo piuttosto frammentato, variando sensibilmente da uno Stato membro all'altro. Basti dire che, se in alcuni Paesi membri i meccanismi di controllo degli investimenti (ossia gli strumenti giuridici

e amministrativi che consentono agli IED di essere esaminati per poi essere approvati oppure sottoposti a condizioni o persino vietati) risalgono agli anni Sessanta, in altri Stati membri tali meccanismi sono stati introdotti solo recentemente, mentre in altri ancora sono tuttora assenti⁸.

Le iniziative relative agli IED sono state, quindi, in un primo momento, guidate esclusivamente da interessi nazionali, con ogni Stato membro che regolava e promuoveva gli investimenti secondo le proprie priorità economiche e politiche, facendo prevalere, in alcuni casi, l'esigenza di proteggere la sicurezza e gli interessi nazionali, mentre, in altri casi, il bisogno di attrarre risorse finanziarie per promuovere lo sviluppo di nuovi prodotti e aumentare la loro presenza sui mercati internazionali.

Due obiettivi parimenti legittimi, che, tuttavia, in linea di principio, non sono sempre facilmente conciliabili, motivo per cui, talora, è prevalsa una tendenza espansionistica (ad esempio, per reagire alla crisi finanziaria del 2008, l'apporto di capitali stranieri è stato provvidenziale per gli Stati membri con minori risorse pubbliche su cui poter contare), talaltra, si è imposta una volontà protezionistica⁹.

Questo atteggiamento ondivago ha, per l'appunto, trovato terreno fertile nella carenza, a livello UE, di una chiara politi-

⁸ Ad ottobre del 2024 gli Stati membri che hanno adottato una normativa sul controllo degli IED sono 24, rispetto ai 14 Stati membri al momento dell'entrata in vigore del Regolamento. Non hanno ancora adottato un meccanismo nazionale di controllo degli IED solo Cipro, la Croazia e la Grecia. L'elenco dei meccanismi di controllo notificati dagli Stati membri (ultimo aggiornamento del 28 febbraio 2024) è disponibile all'indirizzo *internet*: <https://circabc.europa.eu/rest/download/7e72cdb4-65d4-4eb1-910b-bed119c45d47>.

⁹ In particolare, il ventesimo secolo si è concluso con lo sviluppo di numerosi accordi, internazionali e regionali, di libero scambio e di investimento volti ad eliminare le barriere alla libera circolazione di merci e capitali.

ca industriale e, soprattutto, di un quadro giuridico di riferimento che consentisse di regolare *ex ante* le modalità d'ingresso di capitali stranieri nell'economia europea. Inoltre, l'UE, essendo priva degli strumenti idonei ad esercitare un controllo significativo degli IED sul proprio territorio, non era in grado di affermare una politica coordinata a livello sovranazionale.

L'approccio agli IED è sostanzialmente mutato con il Trattato di Lisbona¹⁰, che ha attribuito all'UE competenze specifiche in tema di investimenti esteri diretti, segnando una svolta significativa nell'approccio dell'Unione a questa materia.

Diverse sono le fonti di rango primario che, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, assumono oggi rilievo.

L'espressione "investimenti diretti" si rinviene all'articolo 64, paragrafi 1 e 2, del TFUE, che fa parte del capo 4 (*Capitali e pagamenti*) del titolo IV (*Libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali*). Tale disposizione delimita il divieto di cui all'articolo 63 TFUE in relazione ai movimenti di capitali provenienti da Paesi terzi o ad essi diretti che implicino investimenti diretti. L'articolo 64, paragrafo 2, del TFUE fornisce al Parlamento e al Consiglio una base giuridica per adottare misure riguardanti tali forme di movimento dei capitali. Al contempo, il paragrafo 3 di detto articolo dispone che il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale, all'unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo, possa adottare misure che "comportino un regresso" del diritto dell'Unione per quanto riguarda la liberalizzazione dei movimenti di capitali *diretti* in Paesi terzi o *provenienti da essi*.

L'art. 206 del TFUE (*ex art. 131 del TCE*) contiene, poi, un riferimento espresso agli investimenti esteri diretti, quale obiettivo dell'UE perseguito tramite l'istituzione

di un'unione doganale in conformità agli articoli da 28 a 32 del TFUE.

L'art. 207, paragrafo 1, del TFUE (*ex art. 132 del TCE*) indica che la politica commerciale comune è fondata su principi uniformi, in particolare, per quanto qui rileva, in relazione agli investimenti esteri diretti. Tale disposizione funge da base giuridica per l'adozione della legislazione secondaria in materia¹¹.

La disciplina degli investimenti esteri diretti è stata, quindi, ricondotta e collocata all'interno della politica commerciale comune, che, prima in via giurisprudenziale¹² e, poi, per espressa previsione patiziva (art. 3, paragrafo, 1 del TFUE), è di competenza esclusiva dell'Unione.

L'UE ha, quindi, la capacità di negoziare accordi internazionali sugli investimenti, integrando così gli IED nelle sue politiche commerciali e rafforzando il ruolo dell'UE come attore globale in questo campo.

La Corte di giustizia ha, infatti, precisato che la competenza esclusiva di cui dispone l'Unione in materia di investimenti esteri diretti si estende a tutte le disposizioni sostanziali contenute, di norma, in un trattato bilaterale di investimento¹³.

Per contro, l'Unione dispone di una competenza concorrente con gli Stati membri riguardo alle disposizioni in materia di risoluzione delle controversie tra gli investitori e gli Stati¹⁴.

¹¹ Un riferimento agli investimenti diretti era già incluso negli articoli III-314 e III-315, paragrafo 1, del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, in G.U.U.E. C 310, 16 dicembre 2004. 1. Il contenuto di dette disposizioni è identico a quello degli articoli 206 e 207, paragrafo 1, del TFUE.

¹² V., *ex multis*: il parere n. 1/78 della C. giust. UE del 4 ottobre 1979, in ECLI:EU:C:1979:224.

¹³ V. il parere n. 2/2015 della C. giust. UE del 16 maggio 2017, in ECLI:EU:C:2017:376, punti da 78 a 109, avente ad oggetto la ripartizione delle competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri rispetto alla conclusione dell'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore.

¹⁴ *Ibidem*, punto 293.

¹⁰ In G.U.U.E C 306, 17 dicembre 2007.

Inoltre, va ricordato che le politiche in tema di investimenti esteri devono svilupparsi nel rispetto degli impegni assunti dall'Unione sulla scena internazionale, *in primis* in ambito WTO, e, pertanto, le eventuali misure restrittive devono essere necessariamente ancorate a motivi di pubblica sicurezza e ordine pubblico.

Sono, dunque, diversi gli articoli dei Trattati che menzionano gli investimenti diretti, ma nessuno di essi li definisce.

La nozione di investimenti diretti è stata edificata in via pretoria prima di essere codificata nella legislazione secondaria, di cui si darà conto nel prossimo paragrafo.

La Corte di giustizia si è, in particolare, ispirata alla Direttiva 88/361/CE¹⁵ del Consiglio per l'attuazione dell'articolo 67 del Trattato CEE¹⁶. L'articolo 1, paragrafo 1, di detta direttiva prevede che i movimenti di capitali debbano essere classificati in base alla nomenclatura

riportata nell'allegato I¹⁷ (di cui la Corte ha riconosciuto il valore indicativo¹⁸), il quale, a sua volta, definisce gli "investimenti diretti" come "investimenti di qualsiasi tipo effettuati da persone fisiche, imprese commerciali, industriali o finanziarie aventi lo scopo di stabilire o mantenere legami durevoli e diretti fra il finanziatore e l'imprenditore o l'impresa a cui tali fondi sono destinati per l'esercizio di un'attività economica". Le note precisano altresì che questa nozione "va quindi intesa in senso lato".

A partire da questa (ampia) definizione, la Corte, in successive pronunce, ne ha progressivamente esteso i confini applicativi.

Nella sentenza *Welte*¹⁹, la Corte ha dichiarato che la nozione di "investimenti diretti" riguarda "gli investimenti effettuati da persone fisiche o giuridiche aventi lo scopo di stabilire o mantenere legami durevoli e diretti fra il finanziatore e l'impresa cui tali fondi sono destinati per l'esercizio di un'attività economica".

Nella sentenza *Test Claimants in the FII Group Litigation*²⁰, la Corte ha affermato che, in linea di principio, rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo

¹⁵ Dir. 88/361/CEE del Consiglio del 24 giugno 1988, per l'attuazione dell'articolo 67 del Trattato, in G.U.C.E. L 178, 8 luglio 1988, p. 5.

¹⁶ Per ulteriori definizioni, v., tra gli altri, il Regolamento (UE) n. 549/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'Unione europea, in G.U.U.E. L174, 26 giugno 2013, p. 1, punto 4.65. Ivi si legge che "[u]na impresa di investimenti diretti all'estero è una impresa costituita o meno in società della quale un investitore residente in un'altra economia possiede il 10% o più delle azioni ordinarie o del diritto di voto, nel caso di una società, o una partecipazione equivalente, nel caso di una impresa non costituita in società. Le imprese di investimenti diretti all'estero comprendono le entità indicate come consociate, società collegate e filiali. Una consociata è una impresa di cui l'investitore possiede più del 50 %, una società collegata è una impresa di cui l'investitore possiede il 50 % o una quota inferiore e una filiale è una impresa non costituita in società posseduta interamente o congiuntamente. La relazione con l'impresa di investimenti diretti all'estero può essere diretta o indiretta in funzione della catena di proprietà. Il concetto di impresa di investimenti diretti all'estero è un concetto più ampio di quello di società sotto controllo estero".

¹⁷ La nomenclatura di cui all'allegato I, sotto la voce "investimenti diretti", riporta quanto segue: "1) Costituzione ed estensione di succursali o di imprese nuove appartenenti esclusivamente al finanziatore e acquisto integrale di imprese già esistenti. 2) Partecipazione a imprese nuove o esistenti al fine di stabilire o mantenere legami economici durevoli. 3) Prestiti a lungo termine al fine di stabilire o mantenere legami economici durevoli. 4) Reinvestimenti di utili al fine di mantenere legami economici durevoli".

¹⁸ C. giust. UE, sentenza del 21 maggio 2015, *Wagner-Raith*, C-560/13, in ECLI:EU:C:2015:347, punto 23 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁹ C. giust. UE, sentenza del 17 ottobre 2013, *Welte*, C-181/12, in ECLI:EU:C:2013:662, punto 32 e giurisprudenza ivi citata.

²⁰ C. giust. UE, sentenza del 12 dicembre 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, in ECLI:EU:C:2006:774, punti 179 e 180 e giurisprudenza ivi citata.

63 del TFUE i movimenti di capitali implicanti investimenti diretti, intendendosi con essi “una forma di partecipazione in un’impresa mediante la detenzione di azioni, la quale conferisca la possibilità di partecipare effettivamente alla gestione e al controllo dell’impresa stessa”²¹.

Nella sentenza *Haribo*²², la Corte ha, invece, precisato che la partecipazione in una società non ricade nell’ambito di applicazione dell’articolo 64, paragrafo 1, del TFUE (con la conseguenza che non potrebbe trattarsi di un investimento diretto) se riguarda meno del 10% del capitale sociale o dei diritti di voto di una società. Perché si sia in presenza di uno IED, occorre, quindi, che l’investitore intenda acquisire una partecipazione sufficiente a esercitare un’influenza sostanziale sulla gestione dell’impresa estera.

La giurisprudenza della Corte di giustizia sopra richiamata viene menzionata e analizzata in modo approfondito e puntuale nelle conclusioni dell’Avvocato generale *Sharpston* presentate il 21 dicembre 2016 nel procedimento di parere n. 2/15²³.

III. Il Regolamento (UE) n. 452/2019.

Genesi e *ratio* della prima disciplina dell’Unione europea in materia di investimenti esteri

Nonostante l’inserimento ad opera del Trattato di Lisbona di una base giuridica per l’adozione di una normativa derivata in tema di investimenti esteri diretti, il legislatore dell’Unione è rimasto per lungo tempo inerte, diversamente da quanto fatto da (alcuni) legislatori nazionali che si sono, invece, mostrati molto sensibili al tema.

Con il passare degli anni, la progressiva crescita del numero di operazioni concluse da soggetti stranieri, e, soprattutto, la maggiore consapevolezza dei rischi ad esse connessi per la sovranità strategica dell’UE e per lo sviluppo equilibrato del suo tessuto economico, hanno riacceso il dibattito sulla necessità di dotare l’ordinamento giuridico dell’UE di una normativa specifica finalizzata se non ad armonizzare, perlomeno a coordinare le legislazioni nazionali.

Nel febbraio 2017, i governi di Francia, Germania e Italia hanno formalmente preso una posizione²⁴ in merito alla necessità per l’Unione europea di adottare un quadro giuridico idoneo a garantire un livello simmetrico di apertura dell’accesso al mercato attraverso strumenti appropriati, così da assicurare condizioni di parità tra gli Stati membri maggiormente industrializzati e quegli Stati terzi in cui gli investimenti diretti delle imprese europee sono ostacolati o consentiti solo a condizioni discriminatorie e, allo stesso

²¹ V. anche C. giust. UE, sentenza del 24 novembre 2016, *SECIL - Companhia Geral de Cal e Cimento SA c. Fazenda Pública*, C-464/14, in ECLI:EU:C:2016:896, punti 75 e 76.

²² C. giust. UE, sentenza del 10 febbraio 2011, *Haribo*, C 436/08 e C 437/08, in ECLI:EU:C:2011:61, punto 137. La soglia del 10% viene utilizzata anche nella definizione degli “investimenti diretti all’estero” di cui al Regolamento (UE) n. 549/2013, cit., allegato 7.1.

²³ In ECLI:EU:C:2016:992.

²⁴ *Proposals for ensuring an improved level playing field in trade and investment*, Berlin, Paris, Rome, February 2017, in https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/E/eckpunkt Papier-proposals-for-ensuring-an-improved-level-playing-field-in-trade-and-investment.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

tempo, prevenire possibili danni all'economia europea attraverso investimenti diretti unilaterali effettuati da acquirenti stranieri in aree strategiche.

In quel documento, pur venendo rimarcato che l'ordinamento dell'UE conferisce agli Stati membri il diritto di proibire investimenti esteri che minacciano la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico, si sostiene l'inadeguatezza dei soli strumenti statali a garantire tale risultato e, quindi, la necessità di affiancarli con una soluzione europea.

A seguito del dibattito scaturito da questa presa di posizione di Francia, Germania e Italia, la Commissione, a maggio del 2017, ha manifestato l'intenzione di proporre l'istituzione di un quadro giuridico che consentisse ad essa e agli Stati membri di controllare in modo efficace gli IED nell'UE²⁵, mentre il Parlamento europeo ha invitato la Commissione "a passare al vaglio, insieme agli Stati membri, gli investimenti esteri diretti dei paesi terzi nell'UE nei settori strategici, nelle infrastrutture e nelle principali tecnologie del futuro o in altre risorse importanti ai fini della sicurezza nonché nella protezione dell'accesso alle stesse", pur ricordando come l'Europa dipenda fortemente dagli investimenti esteri diretti²⁶.

Di lì a poco, precisamente il 13 settembre 2017, la Commissione ha pubblicato una comunicazione dal titolo "*Accogliere con favore gli investimenti esteri diretti tutelando nel contempo gli interessi fondamentali*"²⁷ in

cui si rimarca la necessità per l'Unione di dotarsi di misure concrete per il controllo degli investimenti esteri diretti sul suo territorio²⁸.

Infatti, le operazioni di matrice internazionale spesso producono un effetto *cross-border* che difficilmente può essere adeguatamente valutato dal solo Stato membro ove ha sede la società *target*. Tanto più se si pensa che, come rimarcato dalla stessa Commissione, e come già si è scritto, non in tutti gli Stati sono presenti meccanismi di controllo degli investimenti esteri e alcuni di essi sono lacunosi.

L'ontologico decentramento della politica di controllo sugli investimenti richiede quindi un coordinamento sovranazionale, se non regole parzialmente armonizzate²⁹.

e al Comitato delle regioni del 13 settembre 2017, *Accogliere con favore gli investimenti esteri diretti tutelando nel contempo gli interessi fondamentali*, COM/2017(494) def.

²⁸ Tale comunicazione riconosce che l'Unione dispone (il riferimento è agli artt. 63 e 206 del TFUE) di uno dei regimi in materia di investimenti più aperti al mondo. Il territorio europeo, invero, costituisce la principale destinazione dei capitali mondiali. A livello numerico, il volume degli investimenti in entrata nell'UE era nel 2017 pari a oltre cinquemilasettecento miliardi di euro, a fronte dei cinquemilacento miliardi e millecento miliardi di, rispettivamente, Stati Uniti e Cina. Pertanto, la Commissione rimarca la necessità di adoperare politiche vigorose e adeguate per evitare che le acquisizioni delle attività commerciali presenti sul territorio dell'UE pregiudichino gli interessi fondamentali degli Stati membri e del mercato unico nella sua interezza.

²⁹ Al di fuori dei confini europei, le principali potenze straniere da tempo si sono dotate di penetranti meccanismi di controllo degli IED. Gli Stati Uniti, negli anni Settanta, hanno istituito il *Committee on Foreign Investments in the United States*, con il compito di vagliare operazioni e investimenti a tutela della sicurezza nazionale. I suoi poteri sono stati intensificati nel 2018 tramite il *Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018* (cfr. H.R.5841, *Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018*, June 27, 2018, reperibile all'indirizzo *internet*: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/5841/text>). La Cina, dal canto suo, nel 2011 ha creato un comitato inter-istituzionale composto dal

²⁵ V. la Comunicazione della Commissione del 10 maggio 2017, *Documento di riflessione sulla gestione della globalizzazione*, COM (2017) 240 e le Conclusioni del Consiglio europeo del 23 giugno 2017, Bruxelles, CO EUR 8, CONCL 3.

²⁶ V. la Risoluzione del Parlamento europeo del 5 luglio 2017 *sulla creazione di un'ambiziosa strategia industriale per l'UE come priorità strategica per la crescita, l'occupazione e l'innovazione in Europa* (2017/2732(RSP)), in G.U.U.E. C 334, 19 settembre 2018, p. 124.

²⁷ V. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo

Sulla scorta di queste riflessioni, lo stesso giorno (ossia il 13 settembre 2017) la Commissione ha pubblicato una proposta di regolamento³⁰, finalizzata, per l'appunto, a istituire un meccanismo di cooperazione per il controllo degli IED all'interno dell'UE.

Il 5 marzo 2019 il Consiglio, con l'astensione del Regno Unito (all'epoca ancora Stato membro dell'UE) e dell'Italia, ha formalmente approvato la posizione del Parlamento europeo espressa in prima lettura³¹.

Di conseguenza, è stato adottato il Regolamento (UE) 2019/452 (nel prosieguo indicato anche come "Regolamento IED")³², che trova applicazione a partire dall'11 ottobre 2020 e che, oggi, costituisce il quadro normativo di riferimento per il controllo degli investimenti esteri diretti nel territorio dell'Unione, ancorché tale normativa non si traduca in una compiuta disciplina sostanziale degli investimenti esteri, ma in uno strumento di raccordo delle legislazioni nazionali in un'ottica collaborativa.

ministro del commercio e dal *National Reform and Development Council* e ha promulgato nel marzo del 2019 il *Foreign Investment Law of the People's Republic of China*, una legge *ad hoc* per gli investimenti esteri, volta a riformare in modo sostanziale il quadro normativo relativo all'accesso, alla promozione, alla tutela e alla gestione degli investimenti esteri diretti all'interno del territorio cinese.

³⁰ COM (2017) 487 def.

³¹ Per il risultato della votazione Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, v. il documento *Adozione dell'atto legislativo 3676^a sessione del Consiglio dell'Unione europea (Ambiente)*, 5 marzo 2019, Bruxelles, ST 7170 2019 INIT.

³² Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, *che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione*, in G.U.U.E. L. 79I, 21 marzo 2019, p. 1.

IV. (segue) La disciplina degli IED contenuta nel Regolamento (UE) n. 452/2019

Preliminarmente, si può rilevare che tale disciplina ha una duplice *ratio*. Da una parte, si presta ad essere il correttivo di un programma fortemente orientato alla liberalizzazione economica. Non a caso, il primo *considerando* del Regolamento IED riconosce l'importanza degli investimenti esteri poiché atti a rafforzare la competitività, creando posti di lavoro ed economie di scala mediante l'apporto di tecnologie, capitali, competenze e innovazioni.

Al contempo, questa prima regolamentazione adottata dall'UE ha come obiettivo quello di: *a)* elaborare un quadro coerente per il controllo da parte degli Stati membri degli investimenti esteri diretti che riguardano il loro territorio per motivi di sicurezza o di ordine pubblico, senza, quindi, interferire con le loro prerogative e competenze; *b)* sviluppare una cooperazione stretta e sistematica sia tra gli Stati membri, sia tra gli Stati membri e la Commissione e *c)* agevolare una gestione efficace dei casi relativi agli investimenti esteri potenzialmente dannosi in relazione a progetti o programmi di interesse europeo.

Questa prima disciplina UE rappresenta, dunque, un primordiale, per quanto organico, tentativo di soccorrere gli Stati membri intenzionati ad arginare il pericolo di una perdita del controllo sulle attività strategiche svolte dalle imprese operanti sul proprio territorio e, al contempo, ad instaurare, nei rapporti con gli Stati terzi, "scambi più bilanciati e relazioni commerciali reciproche"³³.

Il Regolamento (UE) 2019/452, la cui base giuridica è l'art. 207 del TFUE,

³³ V. la Comunicazione congiunta al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, *UE-Cina – Una prospettiva strategica*, Strasburgo, 12 marzo 2019, JOIN (2019) 5 final.

enuclea una nozione di “investimento estero diretto” nel contesto dell’articolo 64, paragrafo 1, del TFUE.

Ai sensi del suo articolo 2, un investimento estero diretto è definito come “un investimento di qualsiasi tipo da parte di un investitore estero inteso a stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra l’investitore estero e l’imprenditore o l’impresa cui è messo a disposizione il capitale al fine di esercitare un’attività economica in uno Stato membro, compresi gli investimenti che consentono una partecipazione effettiva alla gestione o al controllo di una società che esercita un’attività economica”.

Tale articolo offre, quindi, una definizione estesa di investimento estero, che, in linea con quella elaborata dalla Corte di giustizia, a sua volta ispirata dalle fonti internazionali (in particolare, l’OCSE e il FMI), di cui si è già dato conto, prescinde dalla soglia di tale investimento³⁴.

Non rientrano nella nozione di IED, come chiarito dalla già richiamata giurisprudenza della Corte di giustizia, gli investimenti di portafoglio.

Le successive disposizioni del Regolamento (UE) n. 452/2019 sono dedicate ai sistemi di controllo nazionali e ai meccanismi di cooperazione fra gli Stati membri e la Commissione.

Il Regolamento IED precisa, innanzitutto, che i governi nazionali possono mantenere, modificare o adottare meccanismi di controllo sugli investimenti diretti nel loro territorio per ragioni di sicurezza o

di ordine pubblico (art. 3, paragrafo 1, del Regolamento).

D’altra parte, come espressamente previsto all’articolo 4, paragrafo 2, del TUE, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro. I meccanismi di controllo nazionali devono, tuttavia, essere conformi ai principi di trasparenza e non discriminazione ai sensi dell’art. 3, paragrafo 2, del Regolamento. Il richiamo a tali principi implica che gli atti legislativi statali debbano contenere precise indicazioni in merito alle condizioni che permettono l’esercizio del controllo pubblico, ai criteri di valutazione e alle relative modalità di applicazione, nonché alle procedure per contestare le decisioni adottate dalle competenti autorità nazionali.

L’obiettivo è quello di conciliare due esigenze opposte, ma parimenti rilevanti: da un lato, quella di tutelare gli interessi nazionali, dall’altro lato, quella di garantire la certezza del diritto a beneficio degli investitori esteri³⁵, sebbene la “pubblica sicurezza” e “l’ordine pubblico” siano concetti che presentano tradizionalmente un contenuto e un’applicazione piuttosto incerti, ben potendo condurre ad interpretazioni difformi in situazioni comparabili³⁶.

³⁵ Lo stesso *considerando* n. 7 del Reg. (UE) n. 2019/452 ricorda la necessità di garantire la certezza del diritto per quanto riguarda i meccanismi di controllo degli Stati membri, nonché di assicurare il coordinamento e la cooperazione a livello di Unione in merito al controllo degli IED.

³⁶ A tale riguardo, la Corte di giustizia ha chiarito che i motivi di ordine pubblico e pubblica sicurezza possono essere invocati soltanto in caso di minaccia effettiva ed abbastanza grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività e non possono essere utilizzati a fini puramente economici. V. le Conclusioni dell’avvocato generale Tamara Čapeta presentate il 30 marzo 2023 nella causa C-106/22, *Xella Magyarország Építőanyagipari Kft. c. Innovációs és Technológiai Miniszter*, in ECLI:EU:C:2023:267, punto 51. V., *ex multis*, le sentenze della C. giust. UE del 2 marzo 2023, *AS «PrivatBank» e a. c. Finanšu un kapitāla tirgus komisija*, C-78/21, in ECLI:EU:C:

³⁴ Ci si riferisce, in particolare, al parere n. 2/2015, cit. e le sentenze della C. giust. UE del 24 novembre 2016, C-464/14, *SECIL - Companhia Geral de Cal e Cimento SA c. Fazenda Pública*, in ECLI:EU:C:2016:896, punti 75 e 76; del 26 marzo 2009, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, C-326/07, in ECLI:EU:C:2009:193, punto 35 e del 12 dicembre 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue*, cit., punti 181 e 182.

A tal proposito, come osservato in dottrina, il legislatore dell'UE, tramite il Regolamento IED — e quindi tramite un atto a portata orizzontale e non settoriale — avrebbe modificato natura e finalità dell'obiettivo di tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico, trasformandolo da concetto giuridico di matrice derogatoria a concetto giuridico di tipo regolatorio.

Il Regolamento IED si limita, tuttavia, a menzionare una serie limitata di fattori idonei a incidere sulla sicurezza e sull'ordine pubblico, prevedendo un elenco meramente esemplificativo di settori riguardati, tant'è che in alcune normative nazionali e tra queste quella italiana, cui si farà cenno oltre, tale elenco è notevolmente più ampio. La normativa UE si limita a menzionare le infrastrutture e le tecnologie critiche, la sicurezza dell'approvvigionamento dei fattori produttivi, l'accesso a informazioni sensibili, la libertà e il pluralismo dei media³⁷.

Un elenco eccessivamente esteso non sarebbe stato in linea con uno degli obiettivi che ha suggerito, *ab origine*, l'adozione del regolamento, ossia evitare che il controllo sugli investimenti stranieri potesse trasformarsi in uno strumento sostanzialmente politico.

Al contempo, il Regolamento IED, con riferimento ai meccanismi di controllo nazionali, non prevede nulla in tema di separazione fra amministrazione e politica,

tacendo ogni forma di garanzia di indipendenza della prima rispetto alla seconda (questo aspetto rileva con riferimento alla normativa italiana, che affida il potere decisionario alla Presidenza del Consiglio, organo avente natura spiccatamente politica).

Un aspetto centrale del Regolamento (UE) 2019/452 concerne le tecniche di cooperazione fra Stati membri e Commissione³⁸, che differiscono nel caso in cui i primi dispongano di una normativa sugli IED oppure non la prevedano.

Qualora lo Stato membro non disponga di meccanismi di controllo *ex ante* degli investimenti esteri non avrà alcun obbligo di comunicazione né nei confronti della Commissione, né nei confronti degli altri Stati membri nei casi in cui un investitore estero intenda operare sul suo territorio; tuttavia, qualora lo Stato decida di darne comunicazione, esso dovrà tenere in “debita considerazione”³⁹, in ossequio al principio di leale cooperazione, le eventuali osservazioni o i pareri ricevuti⁴⁰, benché, essendo gli stessi privi di natura vincolante, qualora anche fossero negativi, non sarà tenuto a impedire l'operazione⁴¹.

Gli Stati membri dotati di una legislazione *ad hoc* hanno, invece, l'onere di notificare alla Commissione e agli altri Stati membri i dettagli dell'investimento estero (articolo 9, paragrafo 2 del Regolamento),

³⁸ Gli articoli rilevanti del Reg. IED sono il 6 e il 7.

³⁹ Così recita il settimo paragrafo dell'art. 7 del Reg. IED.

⁴⁰ Ai sensi dell'art. 7 del Reg. IED, gli altri Stati membri possono formulare osservazioni e inviarle allo Stato cui è indirizzato l'investimento estero nel caso abbiano il legittimo sospetto che quest'ultimo possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico del loro territorio. Lo stesso può fare la Commissione qualora ritenga che l'operazione possa avere effetti negativi sul territorio di più Paesi membri. Tali pareri devono essere debitamente motivati.

⁴¹ L'art. 8 del Reg. IED si limita a chiarire che lo Stato membro ricevente deve tenere in “massima considerazione” il parere della Commissione, benché possa discostarsene motivando la sua scelta.

2023:137, punto 62; del 16 settembre 2020, *SC Romenergo SA e Aris Capital SA c. Autoritatea de Supraveghere Financiară*, C-339/19, in ECLI:EU:C:2020:709, punto 40; del 7 giugno 2012, *VBV - Vorsorgekasse AG c. Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA)*, C-39/11, in ECLI:EU:C:2012:327, punto 29. V. anche le Conclusioni dell'avvocato generale Athanasios Rantos presentate il 30 novembre 2023 nella causa C-540/22, *SN e a. c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, in ECLI:EU:C:2023:937, punto 56.

³⁷ V. l'art. 4 del Regolamento IED e il suo *considerando* dodicesimo che recita: «[...] L'elenco di fattori che possono incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico dovrebbe restare non esaustivo».

fra cui la natura dell'investitore, l'impresa interessata, il valore dell'operazione e gli *asset* coinvolti. La notifica può (ma non deve) includere un elenco di territori in cui si ritiene che la sicurezza o l'ordine pubblico possano subire effetti negativi⁴².

Inoltre, gli Stati membri non sono tenuti a comunicare gli esiti dei casi sottoposti alle proprie procedure di controllo e, pertanto, le informazioni trasmesse al Parlamento europeo e al Consiglio⁴³ con la relazione annuale prevista dall'articolo 5 del Regolamento, il quale dispone che gli Stati membri presentino alla Commissione una relazione sulle informazioni aggregate in merito agli investimenti esteri diretti realizzati nei rispettivi territori nell'anno precedente, non sono necessariamente complete.

Il Regolamento IED ha sì permesso, creando una sorta di *network* catalizzatore di informazioni, ai governi nazionali di individuare, sulla scorta della prassi emersa, rischi per le proprie attività strategiche in contesti caratterizzati da notevoli complessità strutturali, ma, essendo privo di natura armonizzante, non consente un approccio omogeneo agli investimenti esteri nel mercato unico.

V. (segue) Prassi applicativa del Regolamento (UE) n. 452/2019

Nel corso dei primi quattro anni di vigenza del Regolamento IED sono stati valutati complessivamente circa 1.200 investimenti esteri diretti sul territorio dell'Unione europea.

Dalla quarta relazione annuale elaborata dalla Commissione emerge che, nel 2023, sono state 1.808 le richieste di autorizzazione e le procedure avviate d'ufficio, di cui solo il 56% è stato sottoposto a controllo

formale. Nei casi oggetto di controllo formale, per i quali gli Stati membri hanno comunicato una decisione, non essendo, come si è detto in precedenza, obbligati a farlo, la stragrande maggioranza (85%) è stata autorizzata senza condizioni. Nel 10% dei casi le autorità nazionali competenti hanno imposto condizioni o misure di attenuazione e, quindi, solo per l'1% di essi sono state adottate (*rectius* comunicate) decisioni impeditive.

Sempre nel 2023 sono state trasmesse, ai sensi dell'articolo 6⁴⁴ del Regolamento IED, 488 notifiche, circa l'85% delle quali provenienti da solo sette Stati membri, ossia Austria, Danimarca, Francia, Germania, Italia, Romania e Spagna.

I settori più interessati, notificati al meccanismo di cooperazione, sono stati quello manifatturiero nonché quelli delle TIC, del commercio all'ingrosso e al dettaglio, delle attività finanziarie e delle attività professionali. Mentre, i Paesi terzi più riguardati dagli investimenti esteri diretti notificati al meccanismo di cooperazione sono stati gli Stati Uniti (per il 33%), il Regno Unito (per l'11%), gli Emirati Arabi Uniti (per il 7%), la Cina (compresa Hong Kong) (per il 6%), seguiti da Canada e Giappone.

In tutti questi casi, gli Stati membri e la Commissione hanno avuto la possibilità di segnalare problematiche attinenti alla sicurezza o all'ordine pubblico allo Stato membro in cui specifici investimenti esteri diretti erano in programma o sono stati realizzati, mediante commenti formali o, nel caso della Commissione, pareri.

Va ricordato che il Regolamento (UE) n. 452/2019 prevede che la Commissione possa emettere propri pareri in tre casi: *a)* se ritiene che un determinato IED possa incidere sulla sicurezza e sull'ordine pubblico

⁴⁴ L'art. 6, par. 1, del Reg. IED dispone che gli Stati membri notificano alla Commissione e agli altri Stati membri tutti gli investimenti esteri diretti nel loro territorio che sono oggetto di un controllo in corso.

⁴² V., in particolare, l'art. 6 del Reg. IED.

⁴³ Così come richiesto dall'art. 5, par. 3, del Reg. IED.

di almeno due Stati membri; b) se giunge alla conclusione che un dato IED possa incidere su un progetto o un programma di interesse per l'Unione per motivi di sicurezza o di ordine pubblico e c) se dispone di informazioni pertinenti da condividere con lo Stato membro in cui uno IED è in programma o è stato realizzato.

Dall'entrata in vigore del Regolamento sul controllo degli IED, la Commissione ha emesso pareri in meno del 3% dei casi notificati. Solo per una parte limitata di tali pareri la Commissione ha individuato un probabile impatto sulla sicurezza o sull'ordine pubblico dell'UE o di almeno due Stati membri, a riprova di un approccio rigoroso per cui le restrizioni agli investimenti esteri dovrebbero costituire un'eccezione da interpretare in modo restrittivo.

La prassi applicativa del Regolamento IED, per quanto limitata, testimonia l'utilità dei meccanismi di raccordo e cooperazione introdotti con tale normativa, con i quali oggi è possibile una condivisione (parziale) delle informazioni sugli investimenti esteri diretti riguardanti il mercato interno, ancorché ne abbia messo in evidenza i limiti connaturati.

Questi ultimi sono stati ben evidenziati nella Relazione speciale della Corte dei conti europea⁴⁵, in cui tale istituzione evidenzia in senso critico la mancanza di misure di armonizzazione volte a rendere obbligatoria la previsione, da parte degli Stati membri, di idonei meccanismi nazionali di controllo degli IED e a imporre la comunicazione degli esiti delle decisioni adottate dalle autorità nazionali competenti, nonché l'assenza di vincolatività delle raccomandazioni della Commissione. Tali carenze rischiano, secondo la Corte dei conti europea, di compromettere gli sforzi per identificare, valutare e mitigare i rischi per la sicurezza e l'ordine pubblico nell'UE.

Un altro limite dell'attuale disciplina riguarda il suo campo di applicazione. Il Regolamento (UE) n. 452/2019, infatti, prende in esame solo gli investimenti diretti effettuati da investitori provenienti da Paesi terzi nell'UE. Non considera, invece, diversamente da quanto fanno alcune normative nazionali, inclusa quella italiana, gli investimenti esteri effettuati da un'impresa detenuta o controllata da un'autorità straniera già stabilita nell'UE, a meno che non vi sia un'evidente elusione del meccanismo di controllo, per quanto anche tali investimenti possano presentare gli stessi rischi per la sicurezza e l'ordine pubblico.

In generale, la Corte dei conti europea evidenzia la mancanza di precisione di alcune disposizioni e definizioni contenute nel Regolamento (UE) 2019/452, che finisce per incidere "negativamente sull'efficienza e sull'efficacia di un controllo a livello dell'UE ed espone gli Stati membri a rischi giuridici inutili". In particolare, viene richiamata la mancanza di un'interpretazione uniforme delle espressioni "che possa incidere" / "che possono incidere", "che possano incidere". Emerge, quindi, una nozione non definita di probabilità che potrebbe rendere necessaria l'opera ermeneutica della Corte di giustizia. Analoghe considerazioni possono farsi per la nozione di "minaccia effettiva e sufficientemente grave" ad uno degli interessi fondamentali della collettività. Per quanto, a tale riguardo, si possa richiamare un'ampia giurisprudenza della Corte di giustizia in cui il giudice dell'UE ha chiarito che le restrizioni alle libertà fondamentali, e quindi anche alla libera circolazione dei capitali, non devono essere utilizzate per perseguire fini puramente economici, né devono rappresentare un mezzo di discriminazione arbitraria⁴⁶.

⁴⁵ Consultabile all'indirizzo *internet*: https://www.eca.europa.eu/ECAPublications/SR-2023-27/SR-2023-27_IT.pdf.

⁴⁶ Cfr. la relazione della Corte dei conti europei e la giurisprudenza della C. gius. UE precedentemente richiamata, in particolare le sentenze *Commissione contro Spagna*, punto 34; *Commissione contro Portogallo*,

Da quanto precede emerge una debolezza sistemica dell'impianto giuridico rappresentato dal Regolamento (UE) n. 452/2019, nonché carenze in termini di efficacia ed efficienza del meccanismo di cooperazione da tale normativa previsto.

Nella relazione trasmessa al Parlamento europeo e al Consiglio per fornire, come previsto dall'articolo 15, paragrafo 1, del Regolamento (UE) n. 452/2019, una valutazione del funzionamento e dell'efficacia di tale normativa nel suo complesso, la stessa Commissione ha evidenziato i limiti della disciplina⁴⁷.

In particolare, la Commissione ha riconosciuto che, a causa dell'assenza nella normativa UE di una *vis* armonizzatrice delle legislazioni nazionali, dalla prassi sono emerse notevoli differenze nella gestione dei casi da parte degli Stati membri. In alcuni di essi, le operazioni non sono state comunicate; in altri casi, sono state notificate operazioni prive di un impatto significativo sulla sicurezza o sull'ordine pubblico dell'UE.

VI. L'interazione fra la disciplina sugli investimenti esteri diretti e altre discipline poste a presidio del mercato interno dell'Unione europea

Gli IED possono consistere in fusioni, acquisizioni o nella costituzione di imprese comuni, ossia in operazioni che rientrano nell'ambito di applicazione del Regolamento (CE) n. 139/2004⁴⁸ sulle concentrazioni tra imprese.

punto 83 e *Test Claimants in the FII Group Litigation contro Commissioners of Inland Revenue*, punto 171.

⁴⁷ La relazione di valutazione accompagna la proposta di un nuovo regolamento sugli IED di cui si darà conto nel paragrafo VII.

⁴⁸ Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, *relativo al controllo*

L'articolo 21, paragrafo 4, di tale Regolamento consente agli Stati membri di adottare opportuni provvedimenti per tutelare interessi legittimi purché essi siano compatibili con i principi generali e le altre disposizioni di diritto UE.

In particolare, tale disposizione riconosce esplicitamente come interessi legittimi la tutela della sicurezza pubblica, della pluralità dei mezzi di informazione e delle norme prudenziali.

L'art. 21, paragrafo 4, del Regolamento (UE) n. 139/2004, esplicitamente richiamato dal Regolamento (UE) 2019/452, rappresenta un punto di connessione fra la disciplina degli investimenti esteri diretti e quella, *lato sensu*, *antitrust*.

Questa norma, infatti, certifica la possibile coesistenza delle due normative che, sebbene abbiano una *ratio* diversa, come pure differenti sono gli obiettivi specifici perseguiti, mirano entrambe a garantire il corretto funzionamento del mercato interno.

Tali discipline, dunque, si completano a vicenda, creando un sistema di controllo in cui convergono interessi differenti in un'ottica di tutela integrata.

In un certo senso, le due differenti strutture si incontrano in un'arena comune, ma non si scontrano. Se è vero che gli investimenti stranieri sono abili a costruire un mercato globalizzato, è altrettanto vero che essi potrebbero creare asimmetrie economiche fra realtà nazionali già animate da forti disuguaglianze. Pertanto, il connubio dei due impianti normativi si rivela funzionale a garantire la creazione dei c.d. "*european champions*" nel rispetto del principio del *level playing field*.

Del resto, il sistema di controllo delle concentrazioni, così come quello sugli aiuti di Stato di cui alla disciplina degli artt. 107 e ss. del TFUE, è caratterizzato da una

delle concentrazioni tra imprese, in G.U.C.E. L 24, 29 gennaio 2004, p. 1.

flessibilità tale da consentire una sua pacifica convivenza con l'esercizio dei poteri pubblici⁴⁹.

Nondimeno, la loro contestuale applicazione è foriera di notevoli complessità sul piano pratico e la loro coesistenza genera alcune criticità.

Vero è, infatti, che fra lo scrutinio *ex ante* previsto dalla normativa sulle concentrazioni e quello, parimenti *ex ante*, previsto dalla disciplina nazionale sugli investimenti esteri, esiste un'intersezione fattuale: a condizione che si integrino le condizioni per il loro esercizio, detti controlli sono applicabili alle medesime operazioni. Di conseguenza, risulta necessario coordinare gli interventi pubblici, da un lato quello della Commissione o delle autorità nazionali di concorrenza, a seconda della dimensione dell'operazione di concentrazione in ragione del fatturato delle imprese coinvolte, dall'altro lato quello dei governi degli Stati membri.

Gli esiti di tale duplice controllo possono essere diversi: se l'autorità garante della concorrenza si pronuncia per prima vietando l'operazione di concentrazione, l'investimento estero non potrà realizzarsi; se tale autorità, al contrario, autorizza l'operazione, lo Stato investito dei suoi poteri speciali avrà ancora la possibilità di vietarla o di sottoporla a particolari condizioni che prescindono da preoccupazioni di ordine concorrenziale. Se è, invece, il governo nazionale a intervenire per primo, vietando o condizionando l'iniziativa imprenditoriale attraverso l'esercizio dei suoi poteri speciali, potrà accadere che l'*iter* previsto dal Regolamento (UE) n.

139/2004, così come anche quello codificato dalle norme nazionali che disciplinano le operazioni di concentrazioni, non venga neppure avviato o ne risulti fortemente influenzato.

Lo stesso *considerando* trentaseiesimo del Regolamento IED, nel fare espresso riferimento agli investimenti stranieri che costituiscono anche una concentrazione, specifica che, in tali casi, i controlli «dovrebbero» essere applicati in modo coerente e che le diverse forme di controllo devono essere interpretate in maniera uniforme, «fatta salva la valutazione della compatibilità dei provvedimenti nazionali intesi a tutelare tali interessi con i principi generali e le altre disposizioni del diritto dell'Unione»⁵⁰.

Il Regolamento (UE) 2019/452, implicitamente, non esclude una possibile interferenza fra il sindacato nazionale sugli investimenti esteri e il controllo sul rispetto del principio di libera concorrenza. L'utilizzo del condizionale («dovrebbero») in una disposizione che, seppur non giuridicamente vincolante, ha una sua rilevanza sul piano ermeneutico, rivela una preoccupazione del legislatore dell'Unione circa l'effettivo coordinamento dei due diversi sistemi e dei rispettivi meccanismi di controllo.

Si pensi alle differenti tempistiche legate all'ottenimento dei relativi nulla osta. Per quanto un'impresa sottometta contemporaneamente le richieste di autorizzazione, i *range* temporali in cui esse possono essere concesse (o negate) sono disallineati, ben potendo dare origine a conflitti nella definizione delle operazioni e nella redazione dei relativi schemi contrattuali.

Diversamente, in un'ottica comparativa, può evidenziarsi che, nel Regno Unito, il controllo sugli IED è pienamente integrato nella valutazione delle concentrazioni ad opera della *Competition*

⁴⁹ Una maggior flessibilità del controllo *anti-trust* costituiva, fra l'altro, uno dei punti cardine del noto manifesto franco tedesco per una politica industriale coordinata del febbraio 2019, a cui avevano poi aderito Polonia e Italia. Per la consultazione del manifesto, si rimanda al seguente link: <https://www.eurojus.it/wp-content/uploads/2019/02/traite.aix-la-chapelle.22.01.2019.pdf>.

⁵⁰ V. il *considerando* trentaseiesimo del Reg. IED.

and Markets Authority. Quest'ultima, infatti, ha il compito di analizzare il mercato rilevante dell'operazione societaria soggetta ad autorizzazione governativa, valutando nel merito le possibili criticità per la sicurezza della nazione, e di predisporre un dettagliato *report* indirizzato al Governo, cui spetta, comunque, la decisione finale⁵¹.

In generale, le complessità proprie di queste regole possono talora disorientare, tant'è che gli attori del mercato sono spesso portati a procedere con notifiche prudenziali per il timore di incorrere in sanzioni, perdendo tempo e risorse.

I diversi *iter* autorizzativi non sono fra loro pienamente coordinati e, quindi, le tempistiche connesse alle notifiche e alle relative risposte delle varie autorità coinvolte non coincidono, potendo generare ritardi significativi (e talora persino fatali) nella conclusione delle operazioni.

Altre problematiche riflettono la difficoltà insita nell'individuazione dei rischi o nella progettazione di misure di mitigazione, in situazioni nelle quali i rischi e gli effetti sulla sicurezza e sull'ordine pubblico sono obiettivamente incerti.

A livello nazionale si riscontrano approcci diversi (d'altra parte il Regolamento IED è stato concepito per inquadrare, ma non armonizzare, le modalità con le quali, a livello nazionale, si svolgono le attività di controllo), in particolare con riguardo all'ambito di applicazione delle valutazioni, alla portata delle notifiche e, per l'appunto, alle tempistiche previste nei diversi Stati membri per la medesima operazione.

Insomma, per garantire una migliore coesistenza di questi diversi regimi di controllo, evitando inefficienze e assicurando non solo una protezione efficace del mercato

e di alcuni *asset* strategici, ma anche il loro sviluppo⁵², andrebbero inserite nella disciplina sugli investimenti esteri dell'UE delle regole di armonizzazione, anche nell'ottica di facilitare la collaborazione fra le diverse autorità intervenienti. Si rinvia, in proposito, al prossimo paragrafo.

L'integrazione fra la disciplina sugli investimenti esteri e le regole di concorrenza è, invece, (in linea di principio) ben più marcata quando i primi sono riconducibili a Paesi terzi. Il riferimento è al Regolamento (UE) n. 2560/2022⁵³ sui *foreign subsidies*.

Tale recente normativa (per la cui disamina si rinvia alla voce [LA DISCIPLINA DELLE SOVVENZIONI ESTERE DISTORSIVE DEL MERCATO INTERNO]) ha colmato un'altra evidente lacuna nell'ordinamento giuridico dell'UE ed è pienamente complementare a quella sugli IED.

Se, infatti, il Reg. (UE) 2019/452 consente di esaminare anche quelle operazioni in cui l'investitore estero è controllato direttamente o indirettamente dal governo di un Paese terzo, il suo scopo è pur sempre limitato ad una verifica preventiva dell'impatto che tali operazioni potrebbero avere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico degli Stati membri e, quindi, dell'UE nel suo complesso.

Il Reg. (UE) n. 2560/2022 persegue, invece, una diversa finalità, ossia quella di prevenire distorsioni sul mercato interno dell'UE riconducibili a sovvenzioni estere che, prima dell'entrata in vigore di tale normativa, non erano soggette ad alcun controllo, diversamente da quanto

⁵² In quest'ottica può essere forse letta la recente proposta di un nuovo regolamento sugli investimenti esteri, che presenta delle interessanti novità proprio sul piano dell'applicazione di alcune regole procedurali, e di cui si dirà nel prossimo paragrafo.

⁵³ Regolamento (UE) 2022/2560 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno, in G.U.U.E. L. 330, 23 dicembre 2022, p. 1.

⁵¹ Cfr., in proposito, l'*Enterprise Act 2002*, entrato in vigore il 20 giugno 2003, che ha apportato una serie di modifiche significative alla legge sulla concorrenza e sui consumatori del Regno Unito, consultabile all'indirizzo internet: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/contents>.

avviene per gli aiuti concessi dagli Stati membri. Per questi ultimi opera, infatti, il principio di incompatibilità con il mercato interno, sancito dall'art. 107, primo paragrafo, del TFUE, fatte salve le eccezioni previste dal secondo e dal terzo paragrafo, secondo le regole stabilite dalla legislazione derivata, e nei cui confronti viene svolto un controllo *ex ante* (almeno, per quanto concerne gli aiuti di nuova istituzione).

Tale controllo preventivo è oggi previsto anche per i contributi finanziari concessi da governi di Paesi terzi a imprese operanti nell'UE proprio in virtù del Reg. (UE) n. 2560/2022.

Qualora il contributo finanziario, dato dall'investitore estero, venisse qualificato come una sovvenzione idonea a provocare distorsioni sul mercato interno, la Commissione potrà impedire l'operazione anche se la stessa non destasse preoccupazioni per la sicurezza e l'ordine pubblico all'interno dell'UE. L'ambito di applicazione delle due normative è, infatti, diverso, come differente è la *ratio* che le ispira.

Il Regolamento IED interopera non solo con le regole in materia di concorrenza dell'UE, ma anche con altre normative più settoriali che sono potenzialmente applicabili alle medesime operazioni.

A titolo di esempio, si può richiamare la Direttiva (UE) 2022/2557⁵⁴ del Consiglio, relativa alla resilienza dei soggetti critici, che abroga, a partire dalla data prevista per il suo recepimento, ossia il 17 ottobre 2024, la Direttiva 2008/114/CE⁵⁵,

la quale si limitava a stabilire una procedura di designazione delle infrastrutture critiche europee nei settori dell'energia e dei trasporti, il cui danneggiamento o la cui distruzione avesse un significativo impatto transfrontaliero su almeno due Stati membri. L'applicazione della Direttiva 2008/114/CE, inoltre, era circoscritta a due⁵⁶ soli settori – energia (elettricità, petrolio, gas) e trasporti – ed era incentrata su misure di protezione riferite alle singole infrastrutture.

La Direttiva (UE) 2022/2557 stabilisce una serie di previsioni finalizzate a fare in modo che gli Stati membri: *a*) adottino una strategia nazionale per la resilienza dei soggetti critici; *b*) procedano a un'autonoma valutazione del rischio; *c*) qualifichino come soggetti critici gli operatori pubblici e privati, titolari di infrastrutture relative ai settori interessati dalla direttiva; *d*) richiedano ai suddetti soggetti di adottare misure di sicurezza ed organizzative volte a rafforzare la resilienza delle infrastrutture di cui sono titolari; *e*) obblighino gli stessi soggetti a notificare tempestivamente, e comunque entro 24 ore, all'autorità competente, qualsiasi evento che incida negativamente o sia idoneo a perturbare in modo significativo la fornitura di servizi essenziali; *f*) individuino quei soggetti critici che hanno particolare rilevanza a livello europeo; *g*) definiscano procedure comuni di cooperazione e *h*) si dotino di un adeguato apparato sanzionatorio in caso di violazione della normativa interna di recepimento della Direttiva (UE) 2022/2557.

valutazione della necessità di migliorarne la protezione, in G.U.C.E. L 345, 23 dicembre 2008, p. 75.

⁵⁴ Dir. (UE) 2022/2557 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativa alla resilienza dei soggetti critici e che abroga la direttiva 2008/114/CE del Consiglio*, in G.U.U.E. L 333, 27 dicembre 2022, p. 164. La Dir. (UE) 2022/2557 è stata recepita nell'ordinamento italiano con il D.Lgs n. 134 del 4 settembre 2024, in G.U. 223, 23 settembre 2024.

⁵⁵ Dir. 2008/114/CE del Consiglio, dell'8 dicembre 2008, relativa all'individuazione e alla designazione delle infrastrutture critiche europee e alla

⁵⁶ L'ambito di applicazione della Direttiva (UE) 2002/2055 si estende, invece, a 11 settori: energia (energia elettrica; teleriscaldamento e teleraffreddamento; petrolio; gas; idrogeno); trasporti (aereo; ferroviario; per vie d'acqua; su strada; pubblico); settore bancario; infrastrutture dei mercati finanziari; acqua potabile; acque reflue; infrastrutture digitali; enti della pubblica amministrazione; spazio e produzione, trasformazione e distribuzione di alimenti.

Tale direttiva obbliga, dunque, gli Stati membri ad un'attività di vigilanza dell'operato dei c.d. "soggetti critici", intendendosi, con tale definizione, i soggetti, pubblici o privati, che operano nella fornitura di servizi essenziali, qualificati tali da un regolamento delegato della Commissione, ossia il Regolamento (UE) n. 2450/2023.

La Direttiva (UE) 2022/2557 si colloca in un insieme di norme volte a presidiare la sicurezza dei servizi, cui appartiene la Direttiva (UE) 2022/2555⁵⁷, relativa a misure volte a garantire un (elevato) livello comune di cibersicurezza nell'Unione europea (cd. "direttiva NIS 2") e il Regolamento (UE) 2022/2554⁵⁸, sulla resilienza operativa digitale per il settore finanziario (altrimenti noto come il *Digital Operational Resilience Act*).

La Direttiva (UE) 2022/2555/UE, in particolare, impone ai soggetti che rientrano nel suo ambito di applicazione di affrontare i rischi di cibersicurezza nelle proprie catene di approvvigionamento e nelle relazioni con i propri fornitori.

Di queste normative occorrerà tenere conto nel caso in cui il destinatario di un investimento estero rientri nel loro campo di applicazione.

Si dovrà altresì considerare se l'eventuale applicazione delle direttive sull'energia elettrica e sul gas⁵⁹ imponga di valutare

le implicazioni per la sicurezza dell'approvvigionamento non solo per i singoli Stati membri ma anche per l'UE nel suo complesso, nel caso in cui il sistema di trasmissione del gas o dell'energia elettrica di uno Stato membro sia controllato da un operatore di un Paese terzo. Rispetto al settore dell'energia, il Regolamento sulla sicurezza dell'approvvigionamento di gas nell'UE⁶⁰ si concentra specificamente sulle questioni legate alla sicurezza dell'approvvigionamento e impone agli Stati membri di valutare, a livello nazionale e regionale, tutti i possibili rischi per il sistema del gas, compresi i rischi associati al controllo di infrastrutture importanti per la sicurezza dell'approvvigionamento da parte di soggetti di Paesi terzi, e di predisporre piani d'azione preventivi nonché piani d'emergenza completi, corredati di misure intese a mitigare detti rischi. Il Regolamento sulla preparazione ai rischi nel settore dell'energia elettrica⁶¹ contiene disposizioni analoghe per il settore dell'energia elettrica.

Qualora gli ambiti di applicazione delle due discipline si sovrappongano, occorrerà verificare che il controllo da parte di una o più persone di un Paese terzo o di Paesi terzi non metta a rischio la sicurezza dell'approvvigionamento energetico dell'UE.

⁵⁷ Dir. (UE) 2022/2555 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 dicembre 2022, *relativa a misure per un livello comune elevato di cibersicurezza nell'Unione, recante modifica del regolamento (UE) n. 910/2014 e della direttiva (UE) 2018/1972 e che abroga la direttiva (UE) 2016/1148*, in G.U.U.E., L 333, 27 dicembre 2022, p. 80. La Dir. (UE) 2022/2555 è stata recepita dal D.Lgs. n. 138 del 4 settembre 2024, in G.U. 230, 1° ottobre 2024.

⁵⁸ Reg. (UE) 2022/2554 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022, *relativo alla resilienza operativa digitale per il settore finanziario e che modifica i regolamenti (CE) n. 1060/2009, (UE) n. 648/2012, (UE) n. 600/2014, (UE) n. 909/2014 e (UE) 2016/1011*, in G.U.U.E. L 333, 27 dicembre 2022, p. 1.

⁵⁹ Dir. (UE) 2019/944 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, *relati-*

va a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE, in G.U.U.E. L 158, 14 giugno 2019, p. 125) e Dir. (UE) 2024/1788 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, *relativa a norme comuni per i mercati interni del gas rinnovabile, del gas naturale e dell'idrogeno, che modifica la direttiva (UE) 2023/1791 e che abroga la direttiva 2009/73/CE*, in G.U.U.E. L 1788, 15 luglio 2024.

⁶⁰ Reg. (UE) 2017/1938 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2017, *concernente misure volte a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di gas e che abroga il regolamento (UE) n. 994/2010*, in G.U.U.E. L 280, 28 ottobre 2017, p. 1.

⁶¹ Reg. (UE) 2019/941 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, *sulla preparazione ai rischi nel settore dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2005/89/CE*, in G.U.U.E. L. 158, 14 giugno 2019, p. 1.

La necessità di un coordinamento fra discipline si avverte anche in relazione al Regolamento (CE) n. 1008/2008⁶², il quale stabilisce norme comuni per la prestazione di servizi di trasporto aereo nell'UE, tra cui il rilascio delle licenze ai vettori aerei dell'UE e la trasparenza dei prezzi. Tale Regolamento prevede, quale condizione per il rilascio a un'impresa della licenza a effettuare a titolo oneroso trasporti aerei di passeggeri, posta o merci, che gli Stati membri o i cittadini degli Stati membri detengano oltre il 50 % di detta impresa e la controllino di fatto, salvo quanto "previsto in un accordo con un paese terzo di cui la Comunità è parte contraente" (articolo 4).

Occorre, inoltre, ricordare che il controllo degli investimenti integra quello delle esportazioni di prodotti a duplice uso, ossia di quei beni e di quelle tecnologie che possono essere impiegati per applicazioni sia civili, sia militari.

In proposito, l'UE ha adottato il Regolamento (UE) 2021/821, che è finalizzato a garantire un controllo relativo all'esportazione, al transito, all'intermediazione e all'assistenza tecnica di questi prodotti. Anche in questo caso, dunque, occorre un coordinamento tra le normative⁶³.

Da ultimo, va ricordato che, ai sensi dell'articolo 215 TFUE, gli investitori esteri potrebbero essere soggetti a misure restrittive, ossia a sanzioni, che possono assumere la forma di misure specifiche per imprese, gruppi, organizzazioni o singole persone (ad esempio, il congelamento dei beni e il

divieto di mettere a disposizione fondi o risorse economiche) o di misure settoriali.

Tali misure restrittive prevalgono sulla legislazione secondaria dell'UE e, pertanto, saranno di ostacolo all'autorizzazione degli investimenti di alcuni Paesi terzi o di loro cittadini.

L'obiettivo principale è quello di garantire la protezione degli interessi dell'Unione e dei suoi Stati membri dalla coercizione economica che viene posta in essere da parte di un Paese terzo.

VII. La proposta di un nuovo regolamento sugli IED per superare i limiti e le criticità della disciplina vigente

Nella sua Comunicazione sulla sicurezza economica⁶⁴ del 2023, la Commissione, nel rivolgere un invito agli Stati membri che non hanno ancora attuato i meccanismi nazionali di controllo degli IED a farlo senza ulteriori indugi, ha annunciato una proposta legislativa per la revisione del Regolamento (UE) n. 452/2019, che è stata poi presentata il 24 gennaio 2024⁶⁵.

⁶⁴ Comunicazione congiunta al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio sulla *Strategia europea per la sicurezza economica*, JOIN/2023/20 def.

⁶⁵ V. la proposta di Regolamento del Parlamento e del Consiglio, *relativo al controllo degli investimenti esteri nell'Unione, che abroga il regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio*, COM(2024) 23 def. Tale proposta di Regolamento è stata inserita all'interno di un pacchetto di iniziative su commercio, investimenti e ricerca, in attuazione della strategia per la sicurezza economica dell'UE già delineata nella Comunicazione del 20 giugno 2023 - tiene conto sia delle istanze emerse dalla consultazione pubblica del giugno/luglio 2023 - i cui esiti sono sintetizzati nel *Summary results Targeted consultation on the evaluation and revision of Regulation (EU) 2019/452* - sia delle osservazioni contenute nel Rapporto OCSE su *Framework for screening foreign direct investments into the EU* del 2022, consultabile all'indirizzo *internet*: <https://www.oecd.org/en/>

⁶² Reg. (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 settembre 2008, *recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità*, in G.U.C.E. L 293, 31 ottobre 2008, p. 3.

⁶³ Reg. (UE) 2021/821 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2021, *che istituisce un regime dell'Unione di controllo delle esportazioni, dell'intermediazione, dell'assistenza tecnica, del transito e del trasferimento di prodotti a duplice uso*, in G.U.U.E. L 206, 11 giugno 2021, p. 1.

Tale proposta, non preceduta da alcuna valutazione d'impatto, è finalizzata non semplicemente a modificare, bensì a sostituire, nella sua interezza, la normativa esistente con un nuovo Regolamento IED, rendendo, tra l'altro, l'adozione dei meccanismi nazionali di controllo obbligatoria per gli Stati membri⁶⁶.

A seguito della trasmissione della proposta, il Consiglio ha avviato discussioni tecniche sulla stessa, mentre il Parlamento europeo, anche in ragione delle elezioni svoltesi nel giugno del 2024, ad oggi (novembre 2024) non si è ancora pronunciato. Il 10 luglio 2024 si è, invece, espresso il Comitato economico sociale europeo esprimendo nel suo parere varie raccomandazioni nell'ottica di rendere la proposta della Commissione ancora più incisiva⁶⁷.

Si è, ovviamente, consci che questa proposta potrà subire modifiche anche rilevanti durante l'*iter* (che si preannuncia piuttosto lungo e complesso) per la sua eventuale approvazione.

Nondimeno, si ritiene utile richiamare i suoi punti più salienti, in cui si mettono in luce i limiti e le criticità dell'attuale quadro normativo e si indicano i relativi rimedi.

La disciplina sugli IED, contenuta nella proposta della Commissione, segna senza dubbio un cambio di passo rispetto a quella vigente.

Cambia, innanzitutto, la base giuridica, che nella proposta è rappresentata non più solo dall'art. 207, paragrafo 1, del TFUE, su cui si fonda la normativa vigente, ma anche dall'art. 114 del TFUE. La ragione è evidente: il nuovo regolamento oggetto di proposta, diversamente da quello attuale

che funge da catalizzatore e raccordo delle legislazioni nazionali, prevede un'armonizzazione (ancorché minima) della disciplina in tutti gli Stati membri.

In particolare, la proposta obbliga gli Stati membri ad istituire al proprio interno meccanismi di controllo degli investimenti esteri.

La proposta tende ad ampliare il campo di applicazione del Regolamento (UE) n. 452/2019 in relazione a diversi profili.

Innanzitutto, in linea con quanto previsto da alcune normative nazionali, la proposta prevede che il meccanismo di cooperazione operi anche per gli investimenti effettuati tra Stati membri, qualora l'investitore in uno Stato membro sia controllato, direttamente o indirettamente, da un soggetto estero, a prescindere dal fatto che quest'ultimo sia stabilito nell'Unione. Il Regolamento (UE) n. 452/2019, invece, prende in esame solo gli IED effettuati nell'Unione a partire da Paesi terzi.

La proposta mira, pertanto, ad estendere il controllo dell'UE a tutti gli investimenti esteri sul proprio territorio, anche a quelli effettuati non direttamente da un soggetto estero, ma per il tramite di un'impresa stabilita nell'UE che sia soggetta al suo controllo. Saranno, quindi, sottoposti a controllo gli investimenti esteri (qualificati come *greenfield*) tramite i quali un investitore estero, attraverso una controllata con sede nell'Unione, intenda creare nuove strutture produttive o una nuova impresa nell'Unione che siano idonee a stabilire legami durevoli. L'attenzione deve essere rivolta alla struttura creata con tale operazione, con la quale l'investitore estero è potenzialmente in grado di incidere sulla sicurezza e sull'ordine pubblico, riguardando, ad esempio, fattori produttivi economici essenziali, piuttosto che alla sede giuridica dell'investitore.

Secondo quanto indicato nella proposta, rimarrebbero, invece, escluse dal campo di applicazione del nuovo regola-

publications/framework-for-screening-foreign-direct-investment-into-the-eu_f75ec890-en.html.

⁶⁶ V. l'art. 3, par. 1, della proposta di Regolamento.

⁶⁷ Il parere del CESE può essere consultato al seguente indirizzo *Internet*: <https://www.eesc.europa.eu/it/our-work/opinions-information-reports/opinions/screening-foreign-investments-union>.

mento sugli IED, le operazioni che comportano l'acquisizione di titoli societari a scopo di puro investimento finanziario (ossia, gli investimenti di portafoglio) e le operazioni di ristrutturazione all'interno di un gruppo di società o la fusione di più soggetti giuridici in un'unica entità giuridica, purché tali operazioni non comportino un aumento delle azioni detenute da investitori esteri, "o che l'operazione non dia luogo a diritti aggiuntivi che possano determinare una variazione della partecipazione effettiva di uno o più investitori esteri alla gestione o al controllo di un destinatario dell'Unione"⁶⁸.

Dunque, la proposta aggiunge alle definizioni di "investimento estero" e di "investimento estero diretto" quella di "investimento nell'Unione con controllo estero", ossia "un investimento di qualsiasi tipo effettuato da un investitore estero attraverso la propria impresa figlia nell'Unione, inteso a stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra l'investitore estero e un destinatario dell'Unione, esistente o da costituire, al quale l'investitore estero mette a disposizione il capitale al fine di esercitare un'attività economica in uno Stato membro" (art. 2, par. 1, n. 3).

La proposta, nei fatti, amplia la definizione di "investimento estero", che, dunque, comprende sia l'investimento estero diretto (art. 2, par. 1, n. 2), sia l'investimento estero indiretto realizzato da un soggetto estero tramite una società da esso controllata.

L'ambito di applicazione del meccanismo di controllo sugli investimenti esteri risulta ampliato rispetto alla normativa vigente non solo con riferimento alle imprese destinatarie degli investimenti da scrutinare, ma anche in relazione alle attività economiche da esse svolte, alla provenienza e alla tipologia degli investimenti.

Gli Stati membri devono, infatti, imporre un obbligo di autorizzazione per gli investimenti esteri nel caso in cui l'impresa destinataria sia parte di uno dei progetti o programmi di interesse per l'Unione indicati nell'Allegato 1 della proposta, oppure sia economicamente attiva in uno dei settori che saranno indicati nell'Allegato 2, rilevanti per la sicurezza, l'integrità e il funzionamento delle infrastrutture critiche, fisiche o virtuali, per la disponibilità di tecnologie critiche, la continuità della fornitura di fattori di produzione critici e per la protezione delle informazioni sensibili e la libertà e il pluralismo dei media⁶⁹. In relazione a questi settori, gli Stati membri devono garantire un meccanismo di controllo.

L'Allegato 1 indica 20 progetti di interesse dell'Unione a fronte degli 8 originariamente previsti dall'Allegato 1 del Regolamento (UE) n. 452/2019, poi saliti a 18, in virtù delle modifiche apportata a tale allegato dal Regolamento delegato (UE) 2021/2126 della Commissione.

L'Allegato 2 della proposta includerà un elenco dei settori e delle attività economiche di particolare interesse ai fini del controllo sugli investimenti esteri molto ampio, includendo aree di attività e *asset* ulteriori (o più dettagliatamente individuati) rispetto ai cinque settori indicati dall'art. 4 del Regolamento (UE) 2019/452.

Gli elenchi di cui ai due allegati alla proposta potranno essere modificati tramite atti delegati (artt. 19 e 20).

Il proposto ampliamento dell'ambito di applicazione della normativa dell'UE richiederà certamente la revisione di molte normative nazionali.

Rispetto alla disciplina italiana sul *golden power*⁷⁰ (per la cui disamina si rinvia

⁶⁹ V. l'art. 13, par. 3, della proposta di Regolamento.

⁷⁰ D.L. n. 21 del 15 marzo 2012, recante *Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori*

⁶⁸ V. il *considerando* sedicesimo della proposta di Regolamento.

alla voce [GOLDEN POWER]) le modifiche dovrebbero essere tutto sommato limitate.

La normativa italiana sul *golden power*, infatti, si applica oggi ad un numero estremamente elevato di settori. Rispetto al testo originario, nel 2019, il D.L. n. 22/2019⁷¹ ha inserito nel novero delle materie già indicate nel decreto *golden power* le reti di telecomunicazione elettronica a banda larga e la tecnologia 5G⁷². Sempre nel 2019, con il D.L. n. 105/2019⁷³, sono state aggiunte le infrastrutture critiche fisiche o virtuali (si pensi all'energia, i trasporti, l'acqua, la salute e le comunicazioni) e le tecnologie critiche (fra cui l'intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, la *cybersecurity*, la tecnologia aerospaziale, le nanotecnologie e le biotecnologie). L'anno seguente, con il D.L. n. 23/2020⁷⁴ (il c.d. "decreto liquidità"), si è ritenuto opportuno tutelare anche

altri settori, quali la sicurezza dell'approvvigionamento di fattori produttivi critici, la sicurezza alimentare, l'accesso e il controllo di informazioni sensibili, nonché la libertà e il pluralismo dei media. Solo due anni dopo, il D.L. n. 21/2022⁷⁵ (c.d. "decreto energia"), pur non modificando formalmente il novero dei settori vigilati, ha rinforzato i meccanismi di vigilanza in quello delle tecnologie 5G, introducendo un sistema di controllo continuativo, basato sulla comunicazione di piani annuali di sviluppo della rete e dei sistemi o degli attivi strategici già sottoposti all'approvazione del governo.

Inoltre, il medesimo decreto ha ampliato l'ambito soggettivo di operatività della disciplina *golden power*⁷⁶, che

dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, in G.U. n. 111, 14 maggio 2012.

⁷¹ D.L. n. 22 del 25 marzo 2019, recante *Misure urgenti per assicurare sicurezza, stabilità finanziaria e integrità dei mercati, nonché tutela della salute e della libertà di soggiorno dei cittadini italiani e di quelli del Regno Unito, in caso di recesso di quest'ultimo dall'Unione europea*, in G.U. n. 71, 25 marzo 2019, convertito con modificazioni dalla l. n. 41 del 20 maggio 2019, in G.U. n. 120, 24 maggio 2019.

⁷² D.L. n. 22 del 25 marzo 2019, recante *Misure urgenti per assicurare sicurezza, stabilità finanziaria e integrità dei mercati, nonché tutela della salute e della libertà di soggiorno dei cittadini italiani e di quelli del Regno Unito, in caso di recesso di quest'ultimo dall'Unione europea*, in G.U. n. 71, 25 marzo 2019, convertito con modificazioni dalla l. n. 41, 20 maggio 2019, in G.U. n. 120, 24 maggio 2019.

⁷³ D.L. n. 105 del 21 settembre 2019, recante *Disposizioni urgenti in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica*, in G.U. n. 222, 21 settembre 2019, convertito con modificazioni dalla l. n. 133, 18 novembre 2019, in G.U. n. 272, 20 novembre 2019.

⁷⁴ D.L. n. 23 dell'8 aprile 2020, recante *Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali*, in G.U. n. 94, 8 aprile 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 40, 5 giugno 2020, in G.U. n. 143, 6 giugno 2020.

⁷⁵ D.L. n. 21 del 21 marzo 2022, recante *Misure urgenti per contrastare gli effetti economici e umanitari della crisi ucraina*, in G.U. n. 67, 21 marzo 2022, convertito con modificazioni dalla l. n. 51, 20 maggio 2022, in G.U. n. 117, 20 maggio 2022.

⁷⁶ In particolare, si applica a: (i) nel settore della difesa e della sicurezza nazionale agli acquisti di partecipazioni effettuati da soggetti intra-UE e per le operazioni societarie che hanno come effetto modifiche alla titolarità, controllo e disponibilità degli attivi strategici (art. 1, comma 4) (art. 1, comma 1, lett. c); (ii) nei settori delle comunicazioni, energia, trasporti, salute, agroalimentare e finanziario, nel caso di acquisto di una partecipazione di controllo, anche (art. 2, comma 1-ter) e nel caso di atti, delibere, operazioni che hanno per effetto modifiche della titolarità del controllo o della disponibilità degli attivi strategici (art. 2, comma 2-bis); (iii) nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni e negli altri settori individuati dall'art. 2, anche per gli acquisti di partecipazioni di rilevanza tale da determinare l'insediamento stabile dell'acquirente in ragione dell'assunzione del controllo della società o che attribuiscono quota voto o capitale pari al 10% quando il valore dell'investimento sia pari o superiore a 1 milione di euro da parte di soggetto *extra* UE (art. 2, comma 5), tra cui sono incluse le persone fisiche e giuridiche che hanno stabilito la sede legale o dell'amministrazione o il centro di attività principale in uno SM dell'UE o dello SEE, o che vi sia comunque stabilita, e che risulti controllata, direttamente o indirettamente, da una persona fisica o giuridica *extra*-UE (art. 2, comma 5-bis); (iv) nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni e negli altri settori individuati dall'art. 2, anche per le operazioni socie-

è stata, altresì, estesa alle operazioni di acquisizione aventi come parte acquirente un'impresa italiana, benché, in questo caso, solo nei settori dell'energia, trasporti, salute, agroalimentare e finanziario, ivi incluso quello creditizio ed assicurativo.

A ben vedere, l'estensione dei poteri speciali ai casi "Italia su Italia" era già consolidata nella prassi: gli operatori del mercato erano da tempo soliti notificare simili operazioni per evitare di incorrere in errori di diritto, proprio in considerazione della portata sempre più ampia della disciplina; questo eccesso di zelo ha portato, nella maggior parte dei casi, la Presidenza del Consiglio dei Ministri a dichiarare l'inapplicabilità della normativa⁷⁷.

Infine, il decreto *golden power* è stato ulteriormente ampliato dal D.L. n. 104/2023 (c.d. "decreto asset")⁷⁸. Quest'ultimo ha previsto che i poteri speciali possano essere esercitati anche all'interno del medesimo gruppo di imprese qualora vi siano atti, operazioni o delibere aventi ad oggetto diritti di proprietà intellettuale inerenti all'intelligenza artificiale, alla produzione di semicon-

duzione che hanno per effetto modifiche della titolarità del controllo o della disponibilità degli attivi strategici a favore di soggetti *extra*-UE (art. 2, comma 5), tra cui sono incluse le persone fisiche e giuridiche che hanno stabilito la sede legale o dell'amministrazione o il centro di attività principale in uno SM dell'UE o dello SEE, o che vi sia comunque stabilita, e che risulti controllata, direttamente o indirettamente, da una persona fisica o giuridica *extra*-UE (art. 2, comma 5-*bis*).

⁷⁷ Le decisioni emesse dalla Presidenza del Consiglio dei ministri sono elencate nelle relazioni annuali presentate al Parlamento italiano elaborate dall'ufficio di monitoraggio della Presidenza del Consiglio dei Ministri, consultabili all'indirizzo internet: <https://www.governo.it/it/dipartimenti/dipartimento-coordinamento-amministrativo/dica-att-goldenpower-rel-parlamento/9298>.

⁷⁸ D.L. n. 104 del 10 agosto 2023, recante *Disposizioni urgenti a tutela degli utenti, in materia di attività economiche e finanziarie e investimenti strategici*, in G.U. n. 186, 10 agosto 2023, convertito con modificazioni dalla l. n. 136, 9 ottobre 2023, in G.U. n. 236, 9 ottobre 2023.

duttori, alla cibersicurezza, alle tecnologie aerospaziali, di stoccaggio dell'energia, quantistica e nucleare, o di produzione alimentare, che riguardino uno o più soggetti esterni all'Unione.

Va, peraltro, ricordato che la normativa interna potrà mantenere un approccio più restrittivo di quello previsto dalla (eventuale) nuova normativa dell'UE, dal momento che l'Unione non potrà prevaricare la competenza esclusiva di ciascuno Stato membro per la propria sicurezza nazionale e, quindi, la facoltà degli Stati membri di adottare o mantenere in vigore disposizioni nazionali relativamente a settori non coordinati a livello sovranazionale (in tal senso, l'art. 1, paragrafi 3 e 4).

In linea con la sua opera armonizzatrice, la proposta individua alcuni requisiti essenziali che devono avere i meccanismi nazionali di controllo, quali l'obbligo di preventiva autorizzazione all'investimento e l'attribuzione alle autorità competenti del potere di imporre misure di mitigazione o di vietare gli investimenti esteri notificati oppure di liquidare quelli non notificati o notificati solo dopo la loro realizzazione. Di qui, la necessità di ricorrere all'art. 114 del TFUE e, pertanto, ad una doppia base giuridica.

Difatti, come già si è evidenziato, le notevoli differenze presenti nelle legislazioni degli Stati membri e financo l'assenza, in alcuni di essi, di una specifica normativa che preveda un meccanismo di controllo degli investimenti esteri, si sono tradotte in palesi inefficienze del sistema nel suo complesso.

Sotto questo profilo, la proposta è stata oggetto di rilievi da parte della Camera dei Deputati nell'ambito della verifica di cui all'art. 6 del protocollo n. 2 allegato al Trattato di Lisbona⁷⁹.

⁷⁹ Il documento è consultabile all'indirizzo internet: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_10335_2024_INIT.

Nel documento approvato il 24 aprile 2024 dalla XIV Commissione, la Camera dei Deputati ritiene la proposta della Commissione complessivamente conforme al principio di sussidiarietà, tenuto conto della necessità di un intervento dell'UE volto a garantire un approccio uniforme agli investimenti esteri sul territorio dell'Unione, stante l'esistenza di meccanismi di controllo a livello nazionale troppo diversi in termini di portata, contenuto ed effetto.

La presenza di approcci nazionali alla materia troppo diversi tra di loro (quando non del tutto assenti) può costituire un *vulnus* per la sicurezza e l'ordine pubblico dell'UE, oppure può determinare condizioni di disparità e oneri amministrativi eccessivi per i soggetti che intendano svolgere un'attività economica in settori strategici, dando vita a fenomeni di *forum shopping*.

L'intervento dell'UE in questa materia, caratterizzata da inevitabili implicazioni transfrontaliere, viene, quindi, considerato giustificato.

Al contempo, la Camera dei deputati considera la proposta della Commissione non pienamente in linea con il principio di proporzionalità.

Le maggiori perplessità riguardano alcune disposizioni volte ad armonizzare i meccanismi nazionali di controllo sugli investimenti esteri, rendendo, quindi, necessarie varie e composite modifiche della disciplina di diritto interno. Per tale ragione, la Camera dei Deputati, allo scopo di ridurre le implicazioni sul piano regolatorio per gli ordinamenti degli Stati membri, suggerisce una modifica mirata del Regolamento (UE) 2019/452 piuttosto che una sua abrogazione integrale e sostituzione con una nuova normativa.

Inoltre, alcune di quelle stesse disposizioni finiscono per rendere l'attività di controllo degli investimenti esteri eccessivamente invasiva, anche in ragione dei nuovi poteri d'intervento accordati alla Commissione, a

scapito del rispetto dei principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento.

Ad essere oggetto di critiche è innanzitutto l'articolo 4 della proposta, che attribuisce alle autorità competenti nazionali la facoltà di rivedere *ex post*, in un arco temporale di almeno 15 mesi (quindi, potenzialmente per un tempo superiore, persino indefinito, se così deciso dal legislatore interno), le operazioni di investimento già concluse che vengano, a posteriori, ritenute pregiudizievoli per gli interessi di sicurezza e di ordine pubblico.

Da una prima lettura della norma, parrebbe che tale potere di revisione *ex post* riguardi anche gli investimenti che non rientrano tra quelli soggetti all'obbligo di notifica e non solo, come già prevede, ad esempio, la normativa italiana sul *golden power*, quelli per i quali tale obbligo di notifica sia previsto, ma disatteso.

Il fatto che il controllo successivo di operazioni non notificate possa avvenire in un lasso di tempo così ampio viene ritenuto, nel documento presentato dalla Camera dei Deputati, foriero di incertezza sul mercato "con impatti economici potenzialmente significativi sugli operatori coinvolti".

Pur vero che il paragrafo 3 del medesimo articolo 4 prevede un obbligo di preavviso all'impresa notificante prima di adottare misure di mitigazione o di vietare l'autorizzazione di un investimento estero diretto, così da consentire un contraddittorio e permettere a tale impresa di interloquire anche nella fase pre-decisoria del procedimento. L'attuazione di tale previsione non sembra, però, in linea con l'attuale procedimento italiano che si conclude con la decisione di un organo politico quale è il Consiglio dei ministri.

Oggetto di critiche sono, poi, quelle disposizioni della proposta di regolamento che prevedono in capo agli Stati membri obblighi di comunicazione e cooperazione con la Commissione particolarmente stringenti. Secondo la Camera dei Deputati,

un rafforzamento dell'interlocuzione tra gli Stati membri e la Commissione, nei termini indicati dalla proposta, potrebbe determinare "una sorta di cacofonia di osservazioni e pareri non convergenti tra Stati membri e con la Commissione".

Il riferimento è agli articoli: *a)* 5, paragrafo 2, della proposta che estende l'obbligo di notifica al meccanismo di cooperazione anche per gli investimenti esteri che non riguardano settori rilevanti per la normativa UE, ma in relazione ai quali uno Stato membro intende esercitare i poteri speciali previsti dalla propria legislazione, anche senza l'avvio di un'indagine approfondita; *b)* 7, paragrafo 6, che impone allo Stato membro che effettua il controllo, di discutere, con la Commissione e con gli altri Stati membri che hanno partecipato alla fase approfondita della cooperazione, i contenuti delle decisioni che intende adottare e, in caso di dissenso, da parte di detti soggetti, rispetto a queste ultime di individuare delle soluzioni alternative; *c)* 7, paragrafo 8, secondo cui la decisione assunta deve essere notificata alla Commissione e a tutti gli Stati membri che abbiano formulato osservazioni e deve essere accompagnata da una spiegazione scritta su come sono stati tenuti in considerazione i pareri e le osservazioni ricevuti, nonché sugli eventuali motivi di disaccordo; *d)* 9, che introduce una procedura d'ufficio attivabile dagli Stati membri o dalla Commissione, entro un lasso di tempo di almeno 15 mesi (lo stesso previsto dall'articolo 4 per la revisione *ex post* delle operazioni) su investimenti effettuati in altri Stati membri e non notificati nell'ambito del meccanismo di cooperazione. Il fatto che tale procedura di ufficio possa essere avviata dalla Commissione viene ritenuto, nel documento elaborato dalla Camera dei Deputati, contrario alle esigenze di prevedibilità e di certezza del diritto per gli operatori economici, tanto più se si considera che il termine concessole di 15 mesi, qualificato nella proposta come minimo, potrà essere

esteso, in assenza di altre precisazioni normative, in modo indefinito, e una forma di ingerenza ingiustificata nelle valutazioni condotte da ciascuno Stato membro ed *e)* 19 e 20, che attribuiscono alla Commissione il potere di modificare, attraverso atti delegati, gli allegati del regolamento e, quindi, l'elenco dei progetti e dei programmi di interesse dell'UE, nonché l'elenco dei settori e delle attività economiche rilevanti ai fini del controllo sugli investimenti esteri, per tenere conto dell'evoluzione delle circostanze che possono incidere sulla sicurezza e sull'ordine pubblico dell'Unione.

Certamente opportuno è il migliore coordinamento assicurato dalla proposta fra i meccanismi di controllo degli investimenti esteri e quello di verifica *ex ante* della compatibilità delle concentrazioni di imprese ai sensi del Regolamento (UE) n. 139/2004, nell'ottica di superare le criticità di cui si è dato in precedenza conto (si veda il paragrafo VI).

La proposta prevede che, qualora uno Stato membro intenda adottare una decisione di controllo a norma della proposta di regolamento per tutelare altri interessi pubblici, dovrà notificarla alla Commissione ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 4, terzo comma, se la decisione riguarda una concentrazione che rientra nell'ambito di applicazione del Regolamento UE sulle concentrazioni.

Sarà compito della Commissione assicurare un'applicazione coerente dei due diversi regimi di controllo. In particolare, qualora gli ambiti di applicazione dei due regolamenti si sovrappongano, la possibile incidenza sulla sicurezza o sull'ordine pubblico, determinata sulla base delle considerazioni di cui all'articolo 13 della proposta di regolamento e del concetto di interessi legittimi ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 4, terzo comma, del Regolamento UE sulle concentrazioni, dovrebbe essere valutata in modo coerente, rimanendo impregiudicata la verifica

di compatibilità dei provvedimenti nazionali, intesi a tutelare tali interessi, con i principi generali e le altre disposizioni di diritto UE applicabili.

FRANCESCO ROSSI DAL POZZO

Bibliografia

P.-S. Woolcock, *EU trade and investment policymaking after the Lisbon Treaty*, in *Intereconomics*, n. 1, 2010, pp. 22-25; F. Rossi Dal Pozzo, *Golden shares: uno strumento inadeguato per la tutela di interessi (talvolta) meritevoli*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2009, pp. 824-848; F. Basan, *Dalla golden share al golden power: il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello Stato nell'economia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, pp. 57-80; F. Gaspari, *Libertà di circolazione dei capitali, privatizzazioni e controlli pubblici. La nuova golden share tra diritto interno, comunitario e comparato*, Torino, 2015; M. Lamandini, *Golden share e libera circolazione dei capitali in Europa e in Italia*, in *Giur. comm.*, 2016, pp. 671-689; L. Arnaudo, *À l'économie comme à la guerre. Note su golden power, concorrenza e geo-economia*, in *Mercato, concorrenza, regole*, Fascicolo 3, 2017, pp. 435-450; S. Meunier, *Integration by stealth: how the European Union gained competence over foreign direct investment*, in *Journal of Common Market Studies*, n. 1, vol. 55, 2017, pp. 593-610; P. Amicarelli, *L'arte della guerra" (commerciale) alla Cina: offensive cinesi e difese occidentali*, in *Mercato, concorrenza, regole*, Fasc. 3, 2019, pp. 219-250; *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti* (a cura di G. Napolitano), Bologna, 2019; G. Napolitano, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale*, in

Rivista della Regolazione dei Mercati, Fasc. 1, 2019, pp. 2-20; A. Sandulli, *Le relazioni fra Stato e Unione europea nella pandemia, con particolare riferimento alla golden power*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2020, 2020, pp. 405-420; L. Di Via – P. Leone, *Controllo degli investimenti stranieri e antitrust. Un matrimonio che s'ha da fare*, in *Mercato Concorrenza Regole*, fasc. 1, 2020, spec. p. 99-118; M.-R. Mauro, "National Security", *Foreign Investments and National Screening Procedures: The Italian Regime*, in *The Italian yearbook of international law*, 2020-11, Vol. 29 (1), pp. 199-215; L. Vasques, *Golden Power. Alcune note a margine della disciplina emergenziale del controllo governativo sulle acquisizioni in Italia*, in *Mercato, concorrenza, regole*, vol. 4, 2020, pp. 119-137; D. Gallo, *Sovranità (europea?) e controllo degli investimenti esteri*, in *Quaderni AISDUE*, IV, 2022, pp. 194-212; D. Moškvan, *Protection of foreign investments in an intra-EU context: not one BIT?*, Cheltenham, 2022; Y. Li – C. Bian, *China's Foreign Investment Legal Regime: Progress and Limitations*, London, 2022; A. Heidari, *The regulations concerning the protection of the national security of the host country and the legitimate expectations of the foreign investments*, in *Journal of international trade law & policy*, 2022-05, Vol.21 (2), pp. 122-139; F. Rossi Dal Pozzo – E. Latorre, *la tutela del mercato unico fra golden power, antitrust e controllo sui sussidi esteri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 4, 2023, pp. 737-765 e I. Kokkoris, *Merger Control, National Security, and Foreign Direct Investment Screening: A Comparative Perspective*, Oxford, 2024.

LA DISCIPLINA DEI POTERI SPECIALI ("GOLDEN POWER") IN ITALIA

Sommario: **I.** Finalità e *ratio* dell'istituto. – **II.** Evoluzione normativa (breve cenni). – **III.** Aspetti sostanziali (in sintesi). – **IV.** Sicurezza cibernetica: servizi di comunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G. – **V.** Aspetti procedurali (breve cenni). – **VI.** Evoluzione dell'*enforcement* del *golden power*. – **VII.** Giurisprudenza amministrativa.

I. Finalità e *ratio* dell'istituto

La disciplina in materia di poteri speciali, nota come *golden power*, è stata adottata in Italia nel 2012 per consentire allo Stato italiano di intervenire con poteri di diritto pubblico nell'ambito di operazioni di natura privatistica al fine di proteggere *asset* ritenuti strategici per lo Stato Italiano rispetto ad operazioni che potrebbero comprometterne la sicurezza nazionale. Tale disciplina, negli ultimi anni, si è rivelata cruciale in un contesto di globalizzazione e di crescente rilievo delle tecnologie critiche.

I poteri speciali consentono al Presidente del Consiglio dei Ministri di intervenire, prima della loro realizzazione, su operazioni quali l'acquisizione di quote di società strategiche, fusioni e scissioni, delibere che potrebbero avere ripercussioni sulla sicurezza nazionale e sulla stabilità economica.

L'applicazione del *golden power* si basa sul principio della protezione dell'interesse pubblico, che giustifica l'intervento dello Stato pur garantendo il rispetto delle norme unionali sulla concorrenza e sulla libera circolazione dei capitali.

Nel contesto internazionale, molti Stati hanno adottato misure simili per proteggere i propri *asset* strategici. Negli Stati Uniti, ad esempio, esiste il meccanismo del CFIUS (*Committee on Foreign Investment in the United States*), che analizza le operazioni di acquisizione e investimento nei settori critici. Anche l'Unione Europea ha introdotto nel 2019 un regolamento per il controllo degli investimenti diretti esteri (cd Regolamento IDE)¹, stabilendo un sistema di cooperazione tra gli Stati membri per segnalare e valutare operazioni che potrebbero avere un impatto sulla sicurezza comunitaria. Negli ultimi anni tutti i paesi dell'Unione europea si sono dotati (o si stanno dotando) di un meccanismo nazionale di controllo degli investimenti esteri.

In Italia, il *golden power* si è rivelato particolarmente utile per proteggere le infrastrutture strategiche e i settori chiave dell'economia, specialmente in un periodo di grande instabilità economica e geopolitica. Il suo utilizzo è aumentato negli ultimi anni (con una crescita esponenziale dal 2020 ad oggi), con numerosi interventi del governo volti a bloccare (tramite veto o opposizione all'acquisto) o ad imporre condizioni rispetto ad operazioni prospettate da investitori stranieri in Italia.

¹ Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, G.U.U.E., LI 79/1.

II. Evoluzione normativa (breve cenni)

La normativa sul *golden power* è stata introdotta con il Decreto-Legge n. 21/2012, convertito nella Legge n. 56/2012². Questa legge ha sostituito il precedente meccanismo della *golden share*, ritenuto non conforme alle normative europee in materia di concorrenza. Il *golden power* ha introdotto una regolamentazione più ampia e dettagliata, fornendo allo Stato strumenti concreti per intervenire in operazioni economiche ritenute sensibili.

Nel corso degli anni, il quadro normativo è stato oggetto di numerosi aggiornamenti per adattarsi alle nuove sfide economiche e tecnologiche. Uno dei primi interventi significativi è stato il Decreto-Legge n. 148/2017³, che ha rafforzato i poteri di intervento dello Stato in caso di operazioni nei settori strategici. Successivamente, con il Decreto-Legge n. 105/2019⁴, l'ambito di applicazione del *golden power* è stato esteso al settore delle telecomunicazioni, con particolare riferimento allo sviluppo delle reti 5G. Nel 2020, a seguito dell'emergenza COVID-19 e del crescente interesse per le tecnologie digitali e sanitarie, il Decreto-Legge n. 23/2020 (conosciuto come Decreto Liquidità)⁵ ha ampliato ulteriormente il

perimetro di applicazione del *golden power*. Questo intervento ha incluso nuovi settori strategici, come: i) l'intelligenza artificiale e la robotica; ii) i semiconduttori e la microelettronica; iii) le biotecnologie e la produzione di farmaci essenziali e iv) le infrastrutture digitali e i servizi *cloud*.

La Commissione Europea ha supportato questi interventi volti ad espandere l'ambito di applicazione oggettivo delle normative nazionali in materia di controllo degli investimenti esteri, incoraggiando gli Stati membri, anche tramite specifiche comunicazioni rivolte a questi ultimi⁶, a monitorare più attentamente gli investimenti esteri diretti, in particolare quelli provenienti da Paesi terzi rispetto all'Unione europea.

È attualmente in corso l'*iter* legislativo volto alla abrogazione del Regolamento IDE ed alla sua sostituzione con un nuovo regolamento che renderà obbligatorio per ciascuno Stato membro l'adozione di un meccanismo nazionale di controllo sugli investimenti esteri stabilendo al contempo una più stringente uniformazione delle regole sostanziali e procedurali di *enforcement* e dei presupposti applicativi a livello UE⁷.

III. Aspetti sostanziali (in sintesi)

Gli aspetti sostanziali del *golden power* riguardano l'ambito di applicazione, le operazioni soggette a notifica e le sanzioni

² Decreto-Legge 15 marzo 2012, n. 21 (*"Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni"*) convertito con modificazioni dalla L. 11 maggio 2012, n. 56 (*"D.L. n. 21/2012"*).

³ Decreto-Legge 16 ottobre 2017, n. 148 (*"Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili"*).

⁴ Decreto-Legge 21 settembre 2019, n. 105 (*"Disposizioni urgenti in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica ((e di disciplina dei poteri speciali nei settori di rilevanza strategica))"*).

⁵ Decreto-Legge 8 aprile 2020, n. 23 (*"Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali"*).

⁶ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni (*"Accogliere con favore gli investimenti esteri diretti tutelando nel contempo gli interessi fondamentali"*), COM(2017) 494 final, Bruxelles, 13 settembre 2017.

⁷ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo al controllo degli investimenti esteri nell'Unione, che abroga il regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, COM(2024) 23 final, Bruxelles, 24 gennaio 2024.

per il mancato rispetto delle disposizioni. Questi elementi definiscono il perimetro entro il quale il governo può esercitare i suoi poteri speciali, al fine di proteggere l'interesse nazionale.

A. Ambito di applicazione: i settori strategici

L'ambito di applicazione del *golden power* è stato progressivamente ampliato dal legislatore per includere nuovi settori strategici oltre a quelli inizialmente previsti dalla normativa del 2012. L'evoluzione normativa ha risposto alle sfide globali, tenendo conto della crescente rilevanza delle tecnologie digitali e delle infrastrutture critiche. Si passano di seguito in rassegna i settori ritenuti strategici dal legislatore nazionale allo stato attuale dell'evoluzione normativa primaria e secondaria.

i) Difesa e sicurezza nazionale

Il settore della difesa e della sicurezza nazionale è tra i primi a essere stato incluso nella disciplina del *golden power*. Le imprese che operano nella produzione di armamenti, tecnologie militari, servizi di *intelligence* e sicurezza cibernetica sono soggette a un controllo stringente da parte dello Stato. Il governo può esercitare il potere di veto su operazioni che coinvolgono imprese strategiche per la difesa nazionale, evitando che entità straniere acquisiscano il controllo di tecnologie sensibili. Con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 6 giugno 2014, n. 108⁸ sono state individuate le attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e

sicurezza nazionale a cui si rimanda per l'elencazione dettagliata.

ii) Energia, trasporti e comunicazioni

Le infrastrutture critiche nel settore dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni rappresentano un elemento essenziale per la stabilità e la sicurezza nazionale. La normativa *golden power* prevede un controllo rigoroso su operazioni che coinvolgono: i) reti di distribuzione di energia elettrica e gas; ii) gestione di infrastrutture portuali e aeroportuali; iii) reti di telecomunicazioni e trasmissione dati.

L'importanza di questo controllo è evidente nelle recenti discussioni sulla sicurezza delle reti 5G, in cui il governo italiano ha esercitato i poteri speciali per evitare il coinvolgimento di aziende ritenute rischiose dal punto di vista della sicurezza informatica. Anche le infrastrutture *cloud* e la gestione dei *big data* sono state incluse tra gli *asset* strategici. Con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 23 dicembre 2020, n. 180⁹ sono stati individuati gli attivi di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni a cui si rimanda per l'elencazione dettagliata.

iii) I nuovi settori strategici

L'espansione dell'ambito di applicazione del *golden power* ha incluso nuovi settori tecnologici, in risposta alle minacce economiche e geopolitiche emergenti. Tra i nuovi settori strategici rientrano: i) intelligenza artificiale e *big data*; ii) robotica e automazione avanzata; iii) semiconduttori

⁸ Regolamento per l'individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, a norma dell'articolo 1, comma 1, del Decreto-Legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 maggio 2012, n. 56.

⁹ Regolamento per l'individuazione degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell'articolo 2, comma 1, del Decreto-Legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 maggio 2012, n. 56.

e microelettronica; iv) biotecnologie e farmaceutica avanzata.

Questi settori sono stati inclusi nella disciplina del *golden power* per garantire che le innovazioni strategiche sviluppate in Italia rimangano sotto il controllo nazionale e non vengano acquisite da soggetti esteri senza adeguati controlli. Con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 18 dicembre 2020, n. 179¹⁰ sono stati individuati i beni e dei rapporti di interesse nazionale nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio a cui si rimanda per l'elencazione dettagliata.

B. Le operazioni soggette all'obbligo di notifica

Le operazioni che possono attivare il *golden power* comprendono acquisizioni di partecipazioni, fusioni, scissioni e atti societari che potrebbero compromettere il controllo nazionale su aziende strategiche.

i) L'acquisto di partecipazioni rilevanti

Una delle principali operazioni soggette al *golden power* è l'acquisizione di partecipazioni di controllo o significative in imprese strategiche. Qualsiasi operazione che conferisca a un investitore straniero il controllo o un'influenza significativa su una società operante in un settore strategico deve essere notificata al governo per la valutazione.

¹⁰ Regolamento per l'individuazione dei beni e dei rapporti di interesse nazionale nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, a norma dell'articolo 2, comma 1-ter, del Decreto-Legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 maggio 2012, n. 56.

ii) Delibere, atti e operazioni societarie

Oltre all'acquisto di partecipazioni, anche alcune delibere societarie possono attivare il *golden power*. Rientrano ad esempio tra le operazioni soggette a notifica: i) fusioni e scissioni incluse le operazioni intragruppo; ii) cessioni di rami d'azienda; iii) modifiche agli statuti che incidano sulla *governance* di imprese strategiche e sulla disponibilità di *asset* strategici da esse detenuti.

iii) Costituzione di nuove imprese

Anche la creazione di nuove imprese in settori strategici è soggetta a notifica, soprattutto quando vi è un coinvolgimento di soggetti stranieri. Questo permette al governo di monitorare l'ingresso di nuovi operatori nei settori chiave e di valutare eventuali rischi per la sicurezza nazionale.

C. Sanzioni amministrative pecuniarie

Il mancato rispetto degli obblighi di notifica e delle prescrizioni imposte dal governo può comportare sanzioni economiche significative. Le sanzioni possono includere: i) sanzioni amministrative pecuniarie di importo fino al doppio del valore dell'operazione e comunque non inferiore all'uno per cento del fatturato cumulato realizzato dalle imprese coinvolte nell'ultimo esercizio per il quale sia stato approvato il bilancio; ii) la nullità delle delibere ed operazioni eseguite senza autorizzazione o in caso di mancata notifica; iii) l'obbligo di ripristinare l'assetto societario precedente all'operazione.

Il governo ha il potere di attivazione *ex officio* in caso di omessa notifica e per accertare l'inottemperanza ad una precedente delibera di esercizio dei poteri speciali.

IV. Sicurezza cibernetica: servizi di comunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G

La sicurezza cibernetica è diventata un elemento centrale della disciplina del *golden power*, in particolare con l'introduzione delle reti di comunicazione 5G e l'espansione delle infrastrutture digitali basate su *cloud*. Il governo italiano ha progressivamente rafforzato il controllo su questi settori per proteggere la sicurezza nazionale e l'integrità delle infrastrutture critiche del Paese.

L'adozione del *golden power* nel settore della sicurezza cibernetica consente al governo di vigilare su operazioni strategiche e prevenire l'accesso non autorizzato a infrastrutture critiche.

Uno degli aspetti più rilevanti della normativa sul *golden power* è il controllo delle reti di comunicazione di nuova generazione, in particolare le reti 5G. La tecnologia 5G offre una velocità di connessione e una capacità di trasmissione dati superiori rispetto alle generazioni precedenti, ma introduce anche nuovi rischi di sicurezza, legati alla maggiore interconnessione e alla dipendenza da fornitori di *hardware* e *software* stranieri.

Il governo italiano ha introdotto misure di controllo sugli investimenti e sulle forniture di tecnologia 5G da parte di aziende estere. In particolare, sono state imposte restrizioni per garantire che le infrastrutture critiche del Paese rimangano sicure e non siano vulnerabili ad attacchi informatici o a interferenze di soggetti stranieri extra UE. In particolare, le principali misure adottate includono: i) valutazione dei fornitori: ogni operatore che intenda fornire tecnologia 5G in Italia deve superare una serie di controlli per dimostrare la propria affidabilità; ii) restrizioni sull'uso di componenti critiche: il governo può imporre limitazioni su determinati fornitori se ritiene che possano rappresentare

un rischio per la sicurezza nazionale; iii) Obbligo di notificare accordi con fornitori extra-UE: le aziende italiane devono segnalare al governo eventuali accordi con fornitori stranieri di infrastrutture 5G.

V. Aspetti procedurali (breve cenni)

Il procedimento amministrativo il cui esito potrà essere l'esercizio o il mancato esercizio dei poteri speciali segue un *iter* ben definito. Ogni operazione che rientra nel perimetro della normativa deve essere comunicata al governo (cd notifica) che esaminerà i possibili rischi per la sicurezza nazionale sulla base delle informazioni fornite dalle parti e delle informazioni acquisite nel corso del procedimento istruttorio che dovrà concludersi, salvo proroghe per esigenze istruttorie, entro 45 giorni dalla notifica¹¹.

Negli ultimi anni, il governo ha introdotto misure per semplificare il processo di notifica e ridurre i tempi di valutazione delle operazioni soggette a *golden power*. Una delle innovazioni più rilevanti è il meccanismo di prenotifica¹². La prenotifica consente alle imprese di presentare una comunicazione preliminare prima di inviare la notifica ufficiale. Questo strumento è utile per ottenere indicazioni preliminari dall'amministrazione pubblica sulla necessità o meno di una notifica formale. Il procedimento avviato a seguito di una prenotifica dovrà concludersi entro 30 giorni dal perfezionamento della prenotifica.

¹¹ Gli aspetti procedurali e le tempistiche del procedimento sono disciplinati dallo stesso D.L. n. 21/2012, all'art. 1, comma 4 e all'art. 2, comma 4.

¹² L'istituto della pre-notifica è stato introdotto dall'art. 26 del D.L. n. 21/2022, che ha aggiunto l'art. 2-*quater* al D.L. n. 21/2012, e la relativa disciplina attuativa è contenuta all'art. 7 del D.P.C.M. 1° agosto 2022, n. 133.

Nel procedimento relativo all'esercizio dei poteri speciali sono coinvolte diverse autorità governative e amministrative. Il principale organo decisionale è il Presidente del Consiglio dei Ministri, che assume la delibera finale sulle operazioni strategiche tramite decreto. Oltre al Presidente del Consiglio, sono coinvolti altri ministeri, ciascuno di essi potrà essere il responsabile dell'istruttoria a seconda del settore interessato dall'operazione, e che forniscono supporto tecnico e analisi strategiche rispetto all'operazione.

VI. Evoluzione dell'*enforcement* del *golden power*

L'applicazione concreta della disciplina del *golden power* in Italia ha visto un aumento significativo negli ultimi anni (in particolare dal 2020), con un numero crescente di operazioni scrutinate e, in alcuni casi, bloccate o soggette a condizioni specifiche. La prassi applicativa mostra come il governo abbia utilizzato questo strumento per proteggere settori strategici dall'influenza di attori stranieri extra UE (ma in alcuni casi anche appartenenti all'Unione europea) per garantire la sicurezza nazionale.

Dalla sua introduzione con il D.L. n. 21/2012, il *golden power* è stato utilizzato principalmente nei settori della difesa e della sicurezza nazionale. Tuttavia, con l'espansione normativa avvenuta nel 2017, 2019 e 2020, l'ambito di applicazione è stato ampliato a nuovi settori strategici come le telecomunicazioni, l'energia, le infrastrutture digitali e le biotecnologie.

Negli ultimi anni, il numero di notifiche di operazioni soggette al *golden power* è aumentato in modo significativo. Questo incremento è dovuto a diversi fattori quali in particolare: i) la crescente attenzione alla protezione degli *asset* strategici nazionali; ii) il maggiore interesse da parte di

investitori stranieri nei settori tecnologici e infrastrutturali italiani; e iii) l'aumento dei rischi geopolitici e delle tensioni internazionali che hanno reso necessario un maggiore controllo sugli investimenti esteri.

Negli ultimi anni, il *golden power* è stato utilizzato in diversi casi per bloccare o modificare operazioni di acquisizione che avrebbero potuto compromettere la sicurezza nazionale o l'interesse strategico del Paese. Di seguito alcuni esempi di applicazione concreta: i) Restrizioni sui fornitori di tecnologia 5G: uno dei casi più significativi riguarda l'imposizione di restrizioni sui fornitori di tecnologia per le reti 5G. Il governo italiano ha vietato o limitato la partecipazione di alcuni fornitori stranieri nella realizzazione delle infrastrutture di rete, citando rischi per la sicurezza nazionale¹³. Questa decisione è stata presa in linea con misure adottate anche da altri Paesi europei e dagli Stati Uniti; ii) Blocco di acquisizioni nel settore energetico: il governo ha bloccato l'acquisizione di un'importante società italiana di distribuzione elettrica da parte di un gruppo extra-UE. La decisione è stata giustificata dalla necessità di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nazionale¹⁴; iii) Protezione delle aziende farmaceutiche durante la pandemia: durante la pandemia di COVID-19, il governo italiano ha utilizzato il *golden power* per proteggere aziende attive nella produzione di vaccini e farmaci essenziali. Questo ha impedito l'acquisizione da parte di investitori esteri di società impegnate nella ricerca biotecnologica, garantendo che

¹³ Le delibere di esercizio dei poteri speciali relative ai piani annuali 5G (D.L. n. 21/2012, art. 1-*bis*) costituiscono una frequente modalità di *enforcement* del *golden power*.

¹⁴ Con D.P.C.M. del 1° giugno 2022 è stato posto il veto all'acquisizione da parte di Rusatom GasTech LLC del 99,41% del capitale sociale di Faber Industrie S.p.a., attiva nella progettazione e produzione di bombole e sistemi per lo stoccaggio di gas ad alta pressione.

il *know-how* rimanesse sotto il controllo nazionale¹⁵.

Non sono mancati casi più controversi dove, ad esempio, l'esercizio dei poteri speciali ha riguardato investitori esteri intra-UE¹⁶ ed altri dove ha impattato significativamente sugli assetti di *governance* dell'impresa *target* e sulle sue strategie di finanziamento nel mercato¹⁷.

VII. Giurisprudenza amministrativa

Il controllo giurisdizionale pieno da parte del giudice amministrativo sulle delibere di esercizio dei poteri speciali è uno dei tratti distintivi della normativa nazionale in materia di *golden power* ed è un presidio di controlli fondamentale affinché il potere esercitato a tutela dell'interesse pubblico (rispetto ad un interesse tra i più importanti per lo Stato) venga correttamente ponderato (nel rispetto dei principi di necessità e proporzionalità) rispetto ad operazioni di natura privatistica.

La giurisprudenza amministrativa si è già pronunciata in alcune occasioni in merito all'interpretazione della disciplina *golden power* in Italia. Negli ultimi anni, il

TAR Lazio ed il Consiglio di Stato hanno chiarito i limiti, le modalità di esercizio e le conseguenze giuridiche del *golden power*. L'evoluzione della giurisprudenza amministrativa sul *golden power* è stata influenzata, fino ad oggi, da diversi fattori, tra cui: i) l'ampliamento dell'ambito di applicazione del *golden power* a nuovi settori; ii) il crescente numero di notifiche e interventi del governo e iii) il bilanciamento tra la protezione degli interessi nazionali e il rispetto delle norme sulla concorrenza e sul mercato unico europeo. Inizialmente, le decisioni giudiziarie si sono concentrate sulla legittimità del *golden power* rispetto ai principi costituzionali e alle norme europee¹⁸. Successivamente, la giurisprudenza si è focalizzata sugli aspetti procedurali e sostanziali dell'esercizio di questi poteri, definendo criteri chiari per la loro applicazione¹⁹. Lo stato attuale dell'evoluzione della giurisprudenza in materia di applicazione dei poteri speciali, a causa anche dei pochi casi che fino ad ora hanno raggiunto la fase contenziosa, non consente di poter disporre di un consolidato assetto di interpretazioni da parte del giudice amministrativo su aspetti cruciali della normativa come ad esempio la precisa definizione degli ambiti di applicazione soggettivo (ad es. anche ai soggetti italiani ed intra-UE per le operazioni relative a settori diversi da quello della difesa e sicurezza nazionale?) o oggettivo (ad es. anche la mera costituzione di un pegno – e non già la sua escussione – o la sottoscrizione di un patto parasociale – e non già l'adozione della delibera che da esecuzione a quel patto parasociale – debbono intendersi atti rilevanti ai fini delle notificabilità di una operazione?).

MICHELE CARPAGNANO

¹⁵ Con D.P.C.M. del 6 luglio 2020, sono stati esercitati i poteri speciali con prescrizioni in relazione all'acquisizione da parte di AGC Inc. della società MolMed S.p.a., attiva nella ricerca, sviluppo e produzione in ambito medico.

¹⁶ Particolarmente noto è il caso, nel settore aerospaziale e della difesa, dell'acquisizione di Microtecnica da parte della francese Safran. Nel 2023 la Presidenza del Consiglio dei ministri aveva esercitato il veto nei confronti dell'operazione, ma nel 2024 la stessa è stata autorizzata con prescrizioni.

¹⁷ Con D.P.C.M. del 16 giugno 2023 sono stati esercitati poteri speciali con prescrizioni in relazione alla notifica del rinnovo di un patto parasociale tra Sinochem, socio cinese di Pirelli, e Marco Tronchetti Provera. Le prescrizioni riguardano la garanzia dell'assenza di collegamenti organizzativi funzionali tra Pirelli e Sinochem. Il 31 ottobre 2024 è stato avviato un procedimento per accertare la possibile violazione di tali prescrizioni.

¹⁸ Cfr. ad es. i casi *Retelit* (Tar Lazio 24 luglio 2020 n. 8742) e *Syngenta-Verisem* (Cons. Stato 9 gennaio 2023 n. 289).

¹⁹ Cfr. il caso *Cedacri* (TAR Lazio, 22 maggio 2024, n. 10275).

Lecture consigliate

L. Belviso, «Golden power. Profili di diritto amministrativo», Giappichelli, Torino, 2023; F. Bianconi, «I golden powers nella legislazione d'emergenza: riflessioni a margine dell'estensione dei poteri speciali governativi», in *Contratto e Impresa*, 2022, p. 202 ss; M. Carpagnano, «Il rapporto tra la disciplina golden power e le altre discipline di settore» in R. Chieppa, C. D. Piro, R. Tuccillo (a cura di) «Golden Power», La Tribuna, Milano, 2023, p. 173 ss; R. Chieppa, «Disciplina e prassi applicativa del golden power italiano anche alla luce del regolamento UE sul controllo degli investimenti esteri diretti (IDE) e della riforma introdotta con il decreto legge n. 21 del 2022» in J. Moscianese, R. Cafari Panico (a cura di), «Le operazioni di M&A fra regolamentazione e concorrenza», Giappichelli, Torino, 2022, p. 97 ss; R. Chieppa, «La nuova discipli-

na del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022, n. 51», in *www.federalismi.it*, 2022; V. Donativi, «Gli obblighi di notifica», in R. Chieppa, C. D. Piro, R. Tuccillo (a cura di) *Golden Power*, La Tribuna, Milano, 2023, p. 129 ss; V. Donativi, «Golden powers. Profili di diritto societario», Giappichelli, Torino, 2019; C. D. Piro, «La prenotifica e le ulteriori misure di semplificazione», in R. Chieppa, C. D. Piro, R. Tuccillo (a cura di) *Golden Power*, La Tribuna, Milano, 2023, p. 211 ss; A. Triscornia, «Golden powers. Profili di diritto amministrativo», in *Rivista delle Società*, 2019, p. 774 e ss; R. Tuccillo, «Le reti di comunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G», in R. Chieppa, C. D. Piro, R. Tuccillo (a cura di) *Golden Power*, La Tribuna, Milano, 2023, p. 319 ss.

IL DIRITTO *ANTITRUST* E IL SETTORE DELLE TELECOMUNICAZIONI

Sommario: **I.** Introduzione. – **II.** Intese e pratiche concordate. – II.1. Intese relative ai prezzi. – II.2. Intese relative alla spartizione di territori e/o clientela. – II.3. Scambio di informazioni. – II.4. Accordi di condivisione dell'infrastruttura, di *roaming* e di co-investimento. – II.5. Accordi di standardizzazione. – II.6. Accordi di trattamento preferenziale. – **III.** Abuso di posizione dominante. – III.1. Specificità della definizione di posizione dominante nell'ambito del settore delle comunicazioni. – III.2. Abusi in materia di prezzi. – III.2.1. Prezzi eccessivi. – III.2.2. *Margin squeeze*. – III.2.3. Prezzi predatori. – III.3. Altri abusi di natura escludente. – III.3.1. Rifiuto a contrarre e condotte ingiustificate discriminatorie. – III.3.2. *Bundling* e *tying*. – III.4. Posizione dominante collettiva nel settore delle comunicazioni. – **IV.** Applicazione dell'art. 106 TFUE.

I. Introduzione

La presente voce si prefigge di condensare per quanto possibile (e senza pretesa di esaustività) i precedenti di maggiore interesse in tema di applicazione della normativa *antitrust* al settore delle telecomunicazioni da parte della Commissione europea (la Commissione) e dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM). Si è privilegiata, anche per esigenze di spazio, una definizione del settore delle telecomunicazioni in senso tradizionale, senza peraltro affrontare i precedenti in tema di controllo delle concentrazioni e facendo solo brevissimo cenno

alle tematiche, pur di notevole interesse, sollevate dalle nuove sfide digitali della c.d. economia 4.0.

II. Intese e pratiche concordate

Come noto, l'articolo 101(1) del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE) dichiara incompatibili con il mercato interno gli accordi, le pratiche concordate e le decisioni di associazioni di imprese che abbiano l'oggetto o l'effetto di falsare la concorrenza.

In un settore quale quello delle telecomunicazioni, alcuni accordi tra operatori assumono un significato particolare dovuto al fatto che le attività svolte si basano necessariamente sull'utilizzo di reti, tipicamente appartenenti all'*incumbent* (o comunque a un numero limitato di soggetti). In diversi casi, dunque, si rende necessaria una qualche forma di cooperazione tra concorrenti. Tali accordi, di natura orizzontale o verticale, possono rispondere a caratteristiche tipiche del settore in parola, quali ad esempio l'entità degli investimenti per costruire reti proprie alternative a quelle già presenti ovvero la necessità di interconnettere tra loro reti di operatori diversi. Si analizzeranno di seguito alcuni esempi.

II.1 Intese relative ai prezzi

Gli accordi che contengono restrizioni c.d. "*hardcore*" della concorrenza, *in primis* quelli volti alla fissazione diretta o indiretta dei prezzi, si presumono in generale vietati dall'art. 101(1) TFUE e difficilmente potranno rientrare nell'ambito

dell'esenzione prevista dal comma 3 del medesimo articolo. Ciò vale naturalmente anche per il settore delle telecomunicazioni. Sebbene le istruttorie relative ad accordi sui prezzi siano state poche nel settore in parola, la Commissione si è occupata di simili condotte nell'ambito di un'indagine settoriale relativa alle tariffe di *roaming* per la telefonia mobile, avendo rilevato un certo livello di rigidità dei prezzi e l'assenza di offerte competitive. La Commissione si è concentrata in particolare sul parallelismo delle tariffe in vari Stati membri applicate alle chiamate in *roaming*, senza tuttavia accertare una violazione¹.

Sempre con riferimento alla telefonia mobile, a livello nazionale assume particolare rilevanza il procedimento istruttorio aperto dall'AGCM nei confronti di quattro operatori (Telecom, Fastweb, Vodafone e Wind), unitamente ad un'associazione di categoria, per il coordinamento delle rispettive strategie commerciali connesse alla rimodulazione delle tariffe a seguito dell'introduzione dell'obbligo di fatturazione su base mensile anziché quadri-settimanale. Secondo l'AGCM, gli operatori hanno infatti concordato un medesimo aumento percentuale della tariffa mensile in modo da ripartire la spesa annuale complessiva su 12 mensilità anziché 13².

L'istruttoria dell'AGCM si è chiusa con l'erogazione di sanzioni nei confronti dei quattro operatori sopra menzionati. A seguito dei ricorsi presentati dagli operatori, il Consiglio di Stato ha confermato la decisione dell'AGCM, salvo che per

l'ammontare delle sanzioni (che sono state ridotte). Da ultimo, va considerato che le intese sui prezzi possono altresì interessare servizi di natura tecnica e accessoria rilevanti per le condizioni di accesso e l'operatività delle reti³.

Appare utile in ogni caso sottolineare come nel settore delle telecomunicazioni valga la regola generale per cui i prezzi e le tariffe applicate dagli operatori devono essere determinate autonomamente, in assenza di condotte suscettibili di ridurre l'incertezza relativa alle scelte commerciali dei concorrenti. A tal riguardo, la Commissione ha sottolineato come determinati accordi tipici tra operatori delle telecomunicazioni, come quelli di accesso o di interconnessione, possano in astratto essere utilizzati come mezzo per effettuare scambi di informazioni sensibili per il confronto concorrenziale. Ciò può avvenire specialmente nel caso in cui le tariffe di interconnessione o di accesso costituiscano una parte rilevante dei costi di un operatore, permettendo così una maggiore trasparenza sul prezzo finale applicato alla clientela⁴.

¹ Comm., *Working Document on the Initial Findings of the Sector Inquiry into Mobile Roaming Charges*, 13 dicembre 2000. Interessante notare come la problematica sia stata poi risolta, per quanto riguarda il mercato *retail*, con un intervento di natura regolamentare (Reg. CE 717/2007, modificato nel 2009 e nel 2012).

² AGCM, 28 gennaio 2020, I820 - *Fatturazione mensile con rimodulazione tariffaria*.

³ AGCM, 16 dicembre 2015, I761 - *Mercato dei servizi tecnici e accessori*. L'AGCM ha accertato un'intesa consistente nel coordinamento delle condizioni economiche offerte a Wind e a Fastweb per la fornitura di servizi di manutenzione sulla linea. L'impostazione dell'AGCM è stata confermata da TAR Lazio - Roma, 6 settembre 2016, nn. 9553-9556, e 9559-9561, nonché dal Consiglio di Stato, 25 luglio 2023 n. 7272.

⁴ Comm., *Comunicazione sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni*, in G.U.U.E. 1998 C265/2, §§ 134-135. Si veda anche *infra*, nota 7.

II.2 Intese relative alla spartizione di territori e/o della clientela

Al pari delle intese relative ai prezzi, gli accordi tra operatori delle telecomunicazioni aventi ad oggetto la ripartizione territoriale dei mercati o della clientela costituiscono generalmente delle restrizioni *hardcore* della concorrenza e sono pertanto generalmente vietati dall'articolo 101 TFUE. Anche con riguardo a tale tipologia di condotte, rileva il contesto di determinati accordi tra operatori, *in primis* quelli di accesso e di interconnessione. Il rischio principale è che possono in astratto costituire un mezzo per effettuare ripartizioni del mercato tra concorrenti⁵.

Di particolare rilevanza con riferimento a simili condotte è la decisione della Commissione che nel 2013 ha accertato un'intesa tra Telefónica e Portugal Telecom⁶, rispettivamente il principale operatore spagnolo e portoghese, avente ad oggetto una ripartizione del mercato iberico in violazione dell'articolo 101 TFUE. In forza di una clausola di non concorrenza contenuta in un contratto per la compravendita di azioni di una società terza attiva in Brasile, i due operatori si sono impegnati a non farsi concorrenza nei rispettivi mercati nazionali di Spagna e Portogallo, dove erano concorrenti potenziali. La Commissione ha concluso che si fossero di fatto spartite il territorio su cui svolgere la propria attività.

II.3 Scambio di informazioni

In linea di principio, lo scambio di informazioni tra concorrenti comporta criticità nella misura in cui permette di incrementare artificialmente il grado di trasparenza del mercato, in modo da facilitare

il coordinamento delle imprese coinvolte. L'idoneità di un determinato scambio di informazioni a generare un esito collusivo, di conseguenza, dipende essenzialmente dalla qualità e dalla tipologia delle informazioni scambiate. La condivisione di alcune informazioni tra concorrenti, pertanto, non necessariamente rappresenta un fenomeno illecito e, in alcuni casi, può avere esiti pro-competitivi, ad esempio diminuendo le asimmetrie informative ed aumentando l'efficienza del mercato⁷.

Nel settore delle telecomunicazioni, gli scambi di informazioni possono ad esempio avere effetti positivi nella misura in cui siano necessari per garantire il funzionamento del mercato e l'efficace fornitura dei servizi, nonché l'interconnessione tra le diverse reti e la condivisione delle infrastrutture. Nell'ambito di un accordo di interconnessione, ad esempio, necessario per mettere in collegamento diverse reti al fine di consentire agli utenti di un operatore di comunicare con utenti di operatori diversi, è normale che le parti acquisiscano talune informazioni, ad esempio sui volumi di traffico dei concorrenti. In tal caso, al fine di evitare di incorrere in uno scambio idoneo a generare un esito collusivo, si rende necessario adottare alcune misure precauzionali per cui le informazioni ricevute dovranno essere utilizzate unicamente per il fine per cui sono state fornite, e rivelate solamente ai soggetti che sono parte dell'accordo in questione⁸.

Al contrario, uno scambio di informazioni tra operatori che riguardi dati commerciali sensibili in tema di strategie commerciali in generale ricadrà nell'ambito del divieto dell'art. 101 TFUE. Quando

⁷ Si veda per esempio la recente Comunicazione della Commissione - *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale* (2023/C 259/01), che al Capitolo 6 si occupa di scambio di informazioni.

⁸ *Supra* nota 4, § 139.

⁵ *Ibid.*, § 136.

⁶ Comm., 23 gennaio 2013, AT.39839 – *Telefónica/Portugal Telecom*. Decisione confermata in C. giust. UE, 13 dicembre 2017, C-487/16P *Telefónica c Commissione*, ECLI:EU:C:2017:961.

si tratta di informazioni confidenziali idonee, nel contesto giuridico ed economico di riferimento, a influenzare il comportamento dei concorrenti riducendo il grado di incertezza sulle strategie reciproche, la giurisprudenza europea ha chiarito che anche un singolo scambio configura una violazione delle norme a tutela della concorrenza. In *T-Mobile Netherlands*⁹, ad esempio, la Corte di Giustizia ha ritenuto essere in violazione dell'art. 101 TFUE la partecipazione, da parte di alcuni operatori olandesi, ad un solo incontro in cui è stata tra l'altro discussa la riduzione dei compensi *standard* per i rivenditori degli abbonamenti. A livello nazionale, vale inoltre la pena sottolineare che nel già citato caso relativo alla fatturazione mensile delle offerte di telefonia fissa e mobile¹⁰, l'AGCM ha ipotizzato uno scambio di informazioni tra gli operatori coinvolti avvenuto presso la sede dell'associazione di categoria, avente ad oggetto le rispettive strategie di implementazione degli obblighi di fatturazione mensile delle offerte.

II.4 Accordi di condivisione dell'infrastruttura, di *roaming* e di co-investimento

In virtù degli elevati costi legati agli investimenti sulle infrastrutture di rete, specialmente nel campo della telefonia mobile, si rendono spesso necessarie forme di cooperazione tra concorrenti nel costruire e gestire le reti che sono indispensabili per la fornitura dei servizi in parola. La condivisione delle infrastrutture di rete

può avvenire in diversi modi e a diversi livelli. Può riguardare sia elementi passivi dell'infrastruttura, come ad esempio tralicci o cabine elettriche, che attivi, come le antenne, le frequenze o la rete di accesso radiomobile. Come evidenziato dalle recenti Linee Guida della Commissione sull'applicazione dell'art. 101 TFUE¹¹ agli accordi di cooperazione orizzontale, gli accordi di condivisione di rete tra operatori di telecomunicazione generano, in linea di principio, effetti positivi per la concorrenza, permettendo un considerevole alleggerimento dei costi per gli operatori e di conseguenza un'offerta maggiormente competitiva nella fornitura dei servizi a valle, con benefici per i clienti finali in termini di copertura, velocità e qualità di connessione. Dall'altra parte, tali tipologie di cooperazione necessitano di un attento scrutinio, poiché, a seconda delle caratteristiche del caso concreto, possono dar luogo a forme di coordinamento facilitando, per esempio, lo scambio di informazioni sensibili e diminuendo la concorrenza nei mercati all'ingrosso o al dettaglio (a seconda dei termini dell'accordo), anche rimuovendo gli incentivi allo sviluppo di nuove reti. In generale, ai fini della valutazione dell'impatto sulla concorrenza assumono importanza, tra gli altri elementi, l'estensione e la durata della condivisione, la tipologia di tecnologie condivise e la qualità delle informazioni scambiate, nonché il fatto che gli operatori mantengano un sufficiente grado di indipendenza e di differenziazione nell'offerta a valle. Se il livello di condivisione è ragionevole e il contesto dell'accordo non è idoneo a inficiare la concorrenza tra le parti, quest'ultimo verrà visto favorevolmente dalle autorità. Nel 2022 la Commissione ha chiuso

⁹ C. giust. UE, 4 giugno 2009, C-8/08 – *T-Mobile Netherlands*, ECLI:EU:C:2009:343.

¹⁰ AGCM, 1820, *supra*, nota 2. AGCM, 1761, *supra* nota 3. Secondo l'AGCM le società coinvolte si sono scambiate informazioni riguardanti non solo le caratteristiche tecniche richieste, ma anche le condizioni economiche delle offerte rivolte a Wind e Fastweb per la fornitura di servizi di manutenzione sulla linea.

¹¹ Comunicazione della Commissione - *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale* (2023/C 259/01), Capitolo 3.6.

con impegni un'indagine nei confronti dei due principali operatori in Repubblica Ceca (O2 CZ e T-Mobile CZ) in relazione ad un accordo di condivisione delle reti mobili che copre le tecnologie 2G, 3G e 4G in quasi tutto il territorio nazionale. La Commissione ha rilevato che tale cooperazione avrebbe potuto avere effetti negativi sugli incentivi degli operatori coinvolti a investire in nuove tecnologie di rete per via della ridotta concorrenza tra i due operatori in questione¹². Gli impegni resi vincolanti dalla Commissione prevedono una serie di misure volte a mantenere gli incentivi agli investimenti sulla rete da parte di entrambi gli operatori e a prevenire il rischio di scambio di informazioni.

Una particolare tipologia di condivisione della rete tra operatori mobili è rappresentata dagli accordi di *roaming*. Si tratta di contratti finalizzati a regolare l'allocazione dei costi dei servizi tra l'operatore ospitante e quello di appartenenza. A tale riguardo assumono particolare rilevanza due casi in cui la Commissione ha ritenuto che gli accordi di *roaming* di T-Mobile e O2 in Germania e Regno Unito fossero contrari all'art. 101(1) TFUE (pur esentandoli ai sensi dell'art. 101(3) TFUE)¹³. Investito della questione, il Tribunale dell'UE ha invece sottolineato che non si può presumere che gli accordi di *roaming* abbiano effetti anticompetitivi. Al contrario, è necessaria un'analisi degli effetti concreti dell'accordo che si soffermi in particolare sull'elemento controfattuale. Ciò al fine di valutare se l'accordo stesso permetta ad uno o più operatori di accedere a determinati

mercati dove, altrimenti, non avrebbero potuto competere¹⁴.

È inoltre possibile che operatori concorrenti, al fine di ottenere benefici in termini di costi ed efficienza, diano vita a progetti di investimento congiunto sulle infrastrutture, che sono peraltro incoraggiati dalla normativa europea¹⁵ qualora facilitino lo sviluppo di reti altamente tecnologiche come le reti in fibra ottica, attraverso la condivisione dei rischi da parte degli operatori partecipanti. Simili progetti sono tuttavia vagliati con molta attenzione. Ad esempio, nel 2017 l'AGCM ha chiuso con impegni un caso riguardante la costituzione, da parte di Telecom Italia (TI) e di Fastweb, di una *joint venture* diretta a realizzare un'infrastruttura comune di rete in fibra ottica¹⁶. Il progetto riguardava il collegamento in fibra tra il *cabinet* stradale e la sede dell'utente finale, garantendo poi sia a TI sia a Fastweb l'accesso all'infrastruttura. Secondo l'AGCM, il progetto presentava criticità poiché avrebbe potuto comportare una cooperazione strutturale tra Fastweb e TI sia con riguardo alle rispettive decisioni di investimento nel mercato all'ingrosso della banda larga, sia alle condizioni per l'accesso a soggetti terzi con conseguenze sul mercato al dettaglio. Gli impegni resi vincolanti dall'AGCM includono la rimozione del diritto di prelazione di Telecom e Fastweb sulla capacità residua della rete, l'obbligo di concedere l'accesso a soggetti terzi, nonché misure tese ad impedire lo scambio di informazioni. Un altro esempio più recente riguarda la creazione da parte di TI di un progetto di co-investimento per la realizzazione di

¹² Comm., 11 luglio 2022, AT.40305 – *Network sharing-Czech Republic*.

¹³ Comm., 16 luglio 2003, AT.38369 – *T-Mobile Deutschland/O2 Germany*; Comm., 30 aprile 2003, AT.38370 – *O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited*, in cui gli accordi di *roaming* sono stati approvati ai sensi dell'articolo 101(3) TFUE.

¹⁴ Trib. UE, 2 maggio 2006, T-328/03 – *O2 (Germany) c Commissione*, ECLI:EU:T:2006:116.

¹⁵ Si veda ad esempio l'Articolo 76 della Direttiva (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche.

¹⁶ AGCM, 28 marzo 2018, I799 – *TIM-Fastweb/ Realizzazione rete in fibra*.

reti in fibra ottica tramite FiberCop, una società controllata da TI e dal fondo di investimenti KKR, partecipata anche da Fastweb. TI e Fastweb hanno trasferito parte della propria rete in fibra e (solo nel caso di TI) in rame, inclusa la rete in fibra sviluppata con la *joint venture* tra TI e Fastweb appena menzionata. L'AGCM ha aperto un procedimento istruttorio, chiuso con impegni nel 2022, durante il quale ha rilevato che l'accordo di co-investimento tramite FiberCop avrebbe ridotto la concorrenza nei mercati all'ingrosso delle telecomunicazioni fisse¹⁷. Gli impegni resi vincolanti dall'AGCM includono una serie articolata di misure, quali la riduzione del vincolo minimo di accessi che i co-investitori sarebbero stati tenuti ad acquistare e la riduzione della scala geografica di adesione al progetto. Il progetto di co-investimento è poi evoluto alla luce dell'acquisizione, da parte di KKR, di NetCo, che comprende le attività della rete di telefonia fissa primaria e dorsale di TI e di FiberCop, approvata dalla Commissione nel mese di maggio 2024.

Vale altresì la pena menzionare che la compatibilità con l'art. 101 TFUE di accordi di condivisione della rete o dell'infrastruttura di rete può essere esaminata da parte delle autorità della concorrenza anche nel corso di procedimenti diversi da quelli di cui al suddetto art. 101, in particolare in sede di controllo delle concentrazioni. Ciò può avvenire, ad esempio, qualora gli accordi di condivisione abbiano natura accessoria, o si accompagnino, ad operazioni di concentrazione. Di rilievo in questo caso è l'acquisizione da parte di TI e di Vodafone Italia del controllo congiunto di INWIT, una *joint venture* con cui i due operatori hanno messo in comune le loro infrastrutture di telecomunicazione mobile (in parti-

colare le torri su cui sono installate le antenne). La Commissione ha approvato¹⁸ l'operazione con impegni ai sensi del Regolamento europeo sul controllo delle concentrazioni¹⁹, impegni che consistevano nell'obbligo da parte di INWIT di dare accesso alle proprie torri a operatori terzi a determinate condizioni. Contestualmente, la Commissione ha analizzato sotto il profilo antitrust alcuni accordi di condivisione di rete che TI e Vodafone Italia avevano siglato contestualmente all'acquisizione di INWIT, allo scopo di estendere la cooperazione anche ad ambiti non coperti dalla *joint venture*. Nel corso dell'indagine, i due operatori hanno ridotto la portata di tali accordi di condivisione, escludendo da essi, tra le altre cose, le aree più densamente popolate. In questa sede, si coglie l'occasione per menzionare che operazioni come quella relativa al caso INWIT, con cui gli operatori mettono in comune le infrastrutture di rete mobile, costituiscono modalità sempre più frequenti di condivisione delle infrastrutture di rete (e dei relativi costi) da parte degli operatori di telecomunicazione. Ciò accresce l'importanza sul mercato di imprese, come INWIT, attive esclusivamente nella fornitura di servizi di accesso alle infrastrutture di rete mobile (c.d. servizi di ospitalità), tale per cui l'accesso a tali infrastrutture diviene un fattore importante per la concorrenza tra operatori di telecomunicazione che di queste infrastrutture necessitano, come dimostrano gli impegni nel caso INWIT. In Italia, un altro caso simile è rappresentato dall'acquisto da parte di Cellnex della concorrente CK Hutchison Networks Italia²⁰. L'AGCM ha approvato la concentrazione con impegni

¹⁸ Caso COMP M.9674 – *Vodafone Italia/TIM/INWIT* del 6 giugno 2020.

¹⁹ Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese.

²⁰ C12358 - *Cellnex Italia/Hutchison Networks Italia*.

¹⁷ AGCM, 15 febbraio 2022, I850 – *Accordi FiberCop*.

simili a quelli approvati dalla Commissione nel caso INWIT, assicurando così l'accesso alle torri di Cellnex da parte di tutti gli operatori a condizioni non discriminatorie.

Da ultimo, si desidera fare breve cenno al più ampio dibattito recentemente sorto sul futuro delle infrastrutture di rete (fisse e mobili) e della loro condivisione nel più ampio contesto delle ambizioni di trasformazione digitale dell'economia e dell'industria europea. Per soddisfare tali ambizioni sono necessari ingenti investimenti in infrastrutture altamente tecnologiche, come la banda ultralarga e il 5G, tali per cui gli operatori di telecomunicazione hanno lamentato l'impossibilità di far fronte a tale dispiego di risorse da soli. In questo contesto si è recentemente innestato il dibattito sulla cosiddetta "*fair share*", ovvero la possibilità che le società che forniscono servizi digitali che si basano sulle reti di telecomunicazione (soprattutto società che gestiscono piattaforme *online* come Amazon, Netflix etc.) contribuiscano agli investimenti sulle reti in virtù del massiccio traffico che generano sulle reti stesse (e i relativi costi di gestione)²¹. Su temi in parte simili, la Commissione ha peraltro pubblicato un recente *white paper*²² in cui evidenzia la necessità di nuovi investimenti nelle infrastrutture di telecomunicazione, fornendo altresì, in senso più ampio, le principali sfide che il settore delle telecomunicazioni deve affrontare, soffermandosi su questioni di rilevanza *antitrust* come la mancanza di un mercato unico delle telecomunicazioni, ad esempio per l'assenza di reti transnazionali e di gare europee per

l'allocazione di frequenze per la telefonia mobile. Per un approfondimento su questi temi si fa altresì riferimento al *report* presentato da Enrico Letta al Consiglio europeo nell'aprile 2024²³, dove viene evidenziata nel dettaglio la necessità di una maggiore integrazione del mercato unico nel settore delle telecomunicazioni e un maggior consolidamento degli operatori. In tal senso si muovono anche le conclusioni del Rapporto Draghi sul futuro della competitività europea, in cui si evidenzia come il settore delle telecomunicazioni in Europa sia caratterizzato da una forte frammentazione, da ricavi e investimenti per utente più bassi e da un minore sviluppo della banda ultralarga e 5G²⁴. Tra le raccomandazioni formulate per ovviare a tali criticità si ritrovano un riorientamento dei criteri per la valutazione delle operazioni di concentrazione che favoriscano in particolare le operazioni transfrontaliere, l'armonizzazione delle regole e dei tempi delle aste per l'assegnazione delle frequenze, nonché l'allineamento della regolazione tra i diversi paesi.

II.5 Accordi di standardizzazione

Lo sviluppo di *standard* tecnici e di qualità nel settore delle telecomunicazioni è solitamente visto con favore dalle autorità *antitrust*. Come evidenziato dalle recenti linee guida della Commissione sull'applicazione dell'art. 101 TFUE agli accordi di cooperazione orizzontale²⁵, gli

²¹ Si noti che in materia di *fair share* la Commissione si è mobilitata lanciando una consultazione pubblica (*The future of the electronic communications sector and its infrastructure*, febbraio 2023), ma non vi sono state ad oggi iniziative legislative o regolamentari a riguardo.

²² *How to master Europe's digital infrastructure needs?* Brussels, 21.2.2024 COM(2024) 81 final.

²³ Enrico Letta: "*Much more than a market. Speed, security, solidarity. Empowering the single market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU citizens*", aprile 2024.

²⁴ Mario Draghi: "*The future of European competitiveness – A competitiveness strategy for Europe*", settembre 2024.

²⁵ Comunicazione della Commissione - *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale* (2023/C 259/01).

accordi di standardizzazione sono strumentali allo sviluppo di nuove tecnologie e facilitano la diffusione e la qualità dei servizi, impedendo agli operatori dotati di maggiore potere di mercato di imporre i propri *standard* e di limitare così l'accesso ai mercati da parte di nuovi operatori²⁶. Ciò non esclude, tuttavia, che tali accordi possano essere utilizzati per scopi anticompetitivi, specialmente al fine scambiare informazioni sensibili o di restringere l'accesso ad un dato *standard* e a un dato mercato da parte di terzi che non siano parte dell'accordo stesso²⁷. Inoltre, tali accordi potrebbero limitare lo sviluppo di tecnologie alternative e alzare le barriere all'ingresso nel mercato di riferimento. Il bilanciamento tra i benefici e le restrizioni della concorrenza che tali accordi possono generare appare dunque particolarmente delicato: al fine di valutare se i primi prevalgano sulle seconde e se vi siano i requisiti per l'esenzione di cui all'art. 101(3) TFUE, è necessario tenere conto degli effetti dell'accordo in termini di innovazione, di diffusione di una data tecnologia e di facilità di accesso, nonché degli eventuali benefici nei confronti dei consumatori finali.

²⁶ Comm., decisione 24.820 del 1994, *Global European Network*, in G.U.U.E. C55/03. La Commissione ha approvato un accordo di cooperazione tra alcuni operatori europei con l'obiettivo di incrementare la qualità e la disponibilità delle linee dedicate internazionali. Si veda Comm., decisione n. 35.006 del 1995, *ETSI IPR Undertaking*, in G.U.U.E. C76/05.

²⁷ Si veda l'indagine preliminare sulle modalità con cui alcuni grandi operatori di telecomunicazioni hanno sviluppato alcuni *standard* tecnici per i servizi di pagamento e pubblicità via *smartphone*. La Commissione ha verificato che il processo di standardizzazione non venisse utilizzato per escludere concorrenti. Si veda *Antitrust: Commission closes preliminary investigation into E5*, comunicato stampa IP/13/208 del 7 marzo 2013.

II.6 Accordi di trattamento preferenziale

Da un punto di vista concorrenziale, gli accordi di trattamento preferenziale tra diversi operatori possono sollevare profili di criticità nella misura in cui impediscono l'accesso a un dato mercato ad operatori concorrenti. Ciò può ad esempio verificarsi nel caso in cui un soggetto attivo nella fabbricazione e installazione di apparecchiature per le telecomunicazioni abbia accesso preferenziale alla rete di un determinato operatore, così da escludere i produttori concorrenti dal mercato per la fornitura di apparecchiature²⁸. Si è affermato che ciò avrà effetti restrittivi della concorrenza soprattutto allorché l'operatore di rete si trovi in posizione di dominanza. Allo stesso modo, simili effetti possono aver luogo in forza di accordi di trattamento preferenziale tra una *joint venture* e le rispettive controllanti, qualora ad esempio la prima si impegni a rifornirsi esclusivamente o in larga parte dalle seconde e questo generi effetti escludenti nei confronti di altri operatori attivi sullo stesso mercato²⁹. Anche in tal caso, l'eventuale potere di mercato dei soggetti coinvolti gioca un ruolo primario nella valutazione degli effetti anticoncorrenziali dell'accordo.

III. Abuso di posizione dominante

III.1 Specificità della definizione di posizione dominante nell'ambito del settore delle telecomunicazioni

Per diverse ragioni, il concetto di dominanza assume un rilievo specifico nel settore delle telecomunicazioni. Ciò è dovuto *in primis* a ragioni di carattere storico: prima

²⁸ Comm., decisione del 1992, *STET/Italtel/AT&T*, in G.U.U.E. C333/03.

²⁹ Comm., decisione del 1999, *Cegetel + 4*, in G.U.U.E. L218/14.

della liberalizzazione, infatti, la fornitura dei prodotti e dei servizi di telecomunicazione avveniva in regime di monopolio legale. Gli operatori titolari di tale monopolio, pertanto, hanno potuto sviluppare le proprie reti senza fronteggiare alcuna pressione concorrenziale. La liberalizzazione ha smantellato i monopoli legali in tutti gli Stati membri, ma non necessariamente le posizioni di dominanza ad essi correlate. La principale problematica che l'applicazione del diritto della concorrenza ha dovuto affrontare, e che affronta in una certa misura ancora oggi, è quella di dover garantire l'accesso alle reti e ai mercati a operatori nuovi in modo che possano effettivamente competere "ad armi pari" con gli *ex* monopolisti: le reti, in particolare, costituiscono di regola delle *essential facilities* per i servizi a valle, e chi ne controlla l'accesso si trova per definizione in una posizione di forza. Non è un caso, infatti, che la maggior parte delle condotte anticoncorrenziali su cui si sono concentrate le autorità *antitrust* siano configurabili come tentativi, da parte degli *ex* monopolisti, di ostacolare la concorrenza dei nuovi entranti facendo leva sulla propria posizione di dominanza.

In proposito, è doveroso sottolineare che negli ultimi tempi, soprattutto nei settori legati a *internet* e allo sviluppo di nuove tecnologie, si stia sviluppando un processo opposto a quello tradizionale, caratterizzato dalla crescita rapidissima di nuovi operatori che, partendo da zero, sono in grado di raggiungere posizioni dominanti con grande rapidità, secondo meccanismi di c.d. "*winner takes all*". Si tratta di imprese che basano i propri modelli di *business* soprattutto sull'utilizzo dei dati, in mercati nuovi legati allo sviluppo tecnologico in cui l'applicazione dell'art. 102 TFUE non è legata a operatori dominanti preesistenti³⁰.

³⁰ Tra le molte iniziative che manifestano il particolare interesse delle autorità *antitrust* in tale settore (anche in un'ottica di dominanza) si vedano

L'esperienza italiana presenta poi dei tratti particolari, che vedono la dominanza concepita in senso strettamente *antitrust* in una certa misura sovrapporsi ad un ulteriore (ma distinto) concetto di dominanza di natura prettamente regolamentare, individuata in modo per alcuni aspetti "artificiale" all'interno del c.d. Sistema Integrato delle Comunicazioni (SIC). Quest'ultimo racchiude al suo interno un insieme molto ampio ed eterogeneo di attività che vanno dalla radiotelevisione all'editoria cartacea ed elettronica, fino alla raccolta pubblicitaria, inclusa quella *online*. Diversamente da quanto avviene in ambito strettamente *antitrust* (in cui, come noto, non è di per sé vietato detenere una posizione dominante, ma è vietato abusare della stessa), la legge italiana impone un divieto di posizione dominante all'interno del SIC. Ciò indipendentemente dal fatto che la posizione dominante venga a determinarsi in seguito a un'operazione di concentrazione, applicandosi il divieto anche a casi di mera c.d. "crescita interna". La soglia di dominanza è fatta coincidere con una quota di mercato, relativamente bassa, pari al 20% (quindi ben al di sotto della quota normalmente identificata come indice di potere di mercato in ambito *antitrust*). Ciò detto, è doveroso sottolineare che tale divieto si applica su un ipotetico mercato, come ricordato, particolarmente ampio. Infine, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom), e non l'AGCM, è responsabile dell'*enforcement* in materia³¹.

Ciò premesso, ci si soffermerà di seguito sugli aspetti di dominanza in ambito *antitrust* che hanno rappresentato il cuore dell'*enforcement* nel corso degli anni (peraltro ricordati nella recente bozza di Linee

in particolare Comm., *Competition Policy for the Digital Era*, 4 aprile 2019; e AGCM, Agcom e Garante per la Protezione Dati Personali, *Indagine conoscitiva sui Big Data* (IC53).

³¹ Si veda D. Lgs. n. 177/2005, art. 43, comma 11 (c.d. Tusmar).

direttrici sull'applicazione dell'art.102 TFUE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione della concorrenza)³².

III.2 Abusi in materia di prezzi

III.2.1. Prezzi eccessivi

L'abuso di posizione dominante per prezzi eccessivi si verifica quando un operatore dominante richiede per i propri prodotti o servizi un corrispettivo manifestamente sproporzionato rispetto al valore economico della prestazione. L'accertamento di tale tipologia di abuso implica un'analisi sui costi effettivi legati a un determinato prodotto e una conseguente valutazione sull'equità dei prezzi offerti, che rende la condotta abusiva particolarmente difficile da dimostrare. Ciò è tanto più vero nel settore delle telecomunicazioni, nel quale gli operatori devono sostenere considerevoli costi fissi legati all'utilizzo della rete e sussistono particolari difficoltà ad allocare gli specifici costi relativi a un determinato prodotto e a valutarne il "giusto" prezzo. In alternativa rispetto all'analisi dei costi, la Commissione ha utilizzato un metodo basato sulla comparazione geografica, volta a confrontare i prezzi applicati da diversi operatori nei medesimi mercati in altri Stati membri. Tale metodo è stato ad esempio adottato in relazione alle tariffe di *roaming* all'ingrosso nel mercato europeo³³, nonché in un caso riguardante le tariffe applicate da Deutsche Telekom, l'*incumbent* tedesco, per l'accesso alle proprie reti

da parte di operatori terzi, la portabilità del numero e la preselezione del vettore³⁴.

III.2.2. *Margin squeeze*

Le condotte di compressione dei margini, o *margin squeeze*, sono tra le forme di abuso più frequenti nel settore delle telecomunicazioni, soprattutto per via della particolare struttura del mercato. Il *margin squeeze*, infatti, si verifica tipicamente in presenza di operatori verticalmente integrati, attivi sia nei mercati all'ingrosso (in posizione di dominanza) sia nei mercati a valle (ove operano in concorrenza con i clienti, non integrati verticalmente). Il *margin squeeze* consiste nell'applicazione agli operatori terzi di prezzi all'ingrosso tali da comprimere o rendere negativi i loro margini, impedendo loro di essere competitivi sui mercati a valle. Nel caso *Deutsche Telekom* del 2003³⁵, tra i più rilevanti in materia, la Commissione ha sanzionato l'ex monopolista tedesco per aver violato l'art. 102 TFUE applicando ai concorrenti prezzi all'ingrosso per l'accesso alla propria rete telefonica locale superiori a quelli che la stessa Deutsche Telekom praticava ai propri abbonati nel mercato a valle. La Commissione ha rilevato che Deutsche Telekom deteneva una posizione dominante sia nei mercati all'ingrosso sia in quelli al dettaglio, e che la sua rete era l'unica, per estensione e caratteristiche tecniche, utilizzabile per servizi sul mercato a valle. Nel 2007 la Commissione ha sanzionato *Telefónica*³⁶, ex monopolista nel mercato

³⁴ Comm., comunicati stampa IP/96/543 del 25 giugno 1996 e IP/98/430 del 13 maggio 1998.

³⁵ Comm., decisione del 21 maggio 2003 AT.37578 – *Deutsche Telekom*. Confermata da C. giust. UE, del 14 ottobre 2010, C-280/08P *Deutsche Telekom c Commissione*, ECLI:EU:C:2010:603.

³⁶ Comm., decisione del 4 luglio 2007 AT.38784 — *Wanadoo España/Telefónica*. Confermata da C. giust. UE del 10 luglio 2014, C-295/12P *Telefónica e Telefónica de España c Commissione*, ECLI:EU:C:2014:2062.

³² Si veda la bozza di "Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli abusi escludenti da parte di imprese dominanti", agosto 2024.

³³ D. Lgs. n. 177/2005, art. 43, comma 11 (c.d. Tusmar), p. 3.

spagnolo delle telecomunicazioni, per una condotta simile ma relativa al mercato dell'accesso alla banda larga. Al tempo, in Spagna era possibile fornire i servizi di *internet* a banda larga solo attraverso la tecnologia ADSL, e Telefónica era l'unico operatore che disponesse di una tale rete su scala nazionale. I prezzi applicati da Telefónica per l'accesso all'ingrosso erano tali che il margine rispetto ai prezzi al dettaglio non fosse sufficiente a coprire i costi che un operatore altrettanto efficiente avrebbe dovuto sostenere. Sempre con riguardo al mercato per l'accesso alla banda larga, la Commissione ha più di recente sanzionato l'ex monopolista Slovak Telekom per condotte analoghe³⁷. In materia di *margin squeeze*, vale inoltre la pena segnalare che la Corte di Giustizia, pronunciandosi in via pregiudiziale su una condotta abusiva da parte dell'operatore svedese TeliaSonera, ha stabilito che al fine di integrare un'illecita compressione dei margini non è sempre necessario che il prodotto all'ingrosso sia indispensabile per svolgere attività nei mercati al dettaglio³⁸.

A livello nazionale, assume rilevanza la sanzione per oltre 100 milioni di euro imposta dall'AGCM a TI per aver abusato della posizione dominante detenuta nella fornitura dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete locale e alla banda larga. In particolare, tra le condotte contestate, TI è stata sanzionata per aver attuato una politica tariffaria nei confronti della clientela *business* che, dati i prezzi praticati agli altri operatori per l'accesso alla rete all'ingrosso, determinava una compressione dei margini per questi ultimi. Adottando

un approccio in linea con quello sopra ricordato della Commissione, l'AGCM ha accertato che un operatore altrettanto efficiente non sarebbe stato in grado di offrire i propri servizi agli stessi prezzi, in considerazione di quanto doveva versare a TI sul mercato all'ingrosso³⁹.

Di rilevante importanza anche i recenti procedimenti paralleli tramite cui l'AGCM ha irrogato una sanzione alle società verticalmente integrate TI e Vodafone Italia per aver posto in essere una condotta abusiva nel mercato a monte della terminazione SMS avente effetti nel mercato a valle dei servizi di SMS informativi aziendali (i cc.dd. *SMS bulk* o *A2P*). In sostanza, è stato contestato un *margin squeeze* con conseguente non replicabilità delle offerte al dettaglio⁴⁰.

III.2.3. Prezzi predatori

L'imposizione di prezzi predatori è una forma di abuso meno diffusa del *margin squeeze* poiché richiede all'impresa che la pone in essere di sopportare perdite per un periodo di tempo relativamente lungo.

³⁹ AGCM, 9 maggio 2013, A428 – *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*. Confermato con sentenza del Consiglio di Stato del 15 maggio 2015, n. 2479/2015. Sempre in tema di compressione dei margini, interessante anche le pronunce adottate dall'AGCM in A357 – *Tele2/Tim-Vodafone-Wind* (*infra*, nota 51). Ai tre operatori integrati di telefonia fisso-mobile era stata contestata l'offerta al cliente finale di tariffe fisso-mobile inferiori al prezzo praticato agli operatori di telefonia fissa per la terminazione delle chiamate dei loro utenti sulle numerazioni di telefonia mobile, pregiudicando quindi l'offerta di tariffe competitive sul mercato a valle. Il procedimento nei confronti di Vodafone si è chiuso con impegni, mentre Tim e Wind sono state sanzionate per complessivi 22 milioni di euro. Con riferimento al contenzioso civile successivo, si vedano ad es. le sentenze della Corte d'Appello di Milano n. 887/2017, 1 marzo 2017 e n. 1200/2018, 8 marzo 2018.

⁴⁰ AGCM, 13 dicembre 2017, A500A – *Vodafone-SMS informativi aziendali* & A500B – *Telecom Italia-SMS informativi aziendali*.

³⁷ Comm., decisione del 15 ottobre 2014, AT.39523 – *Slovak Telekom* (C. giust. UE, C-165/19P; *Slovak Telekom c Commissione*, ECLI:EU:C:2021:239 e C-152/19P; *Deutsche Telekom AG c Commissione*, ECLI:EU:C:2021:238).

³⁸ C. giust. UE, 17 febbraio 2011, C-52/09 – *TeliaSonera Sverige*, ECLI:EU:C:2011:83.

Si tratta infatti in linea di principio della vendita dei propri prodotti o servizi a un prezzo tale da eliminare i concorrenti o disincentivare nuovi ingressi, per poi recuperare le perdite sofferte alzando il prezzo al di sopra del livello concorrenziale una volta che la condotta ha esplicato i suoi effetti. In linea con le considerazioni esposte in materia di *margin squeeze*, anche il *predatory pricing* richiede un'analisi dei costi spesso assai complessa⁴¹.

In un caso particolarmente rilevante in materia, la Commissione ha sanzionato Wanadoo (controllata da France Télécom) per aver applicato prezzi predatori nel mercato dell'accesso ai servizi *internet* a banda larga a clienti domestici in violazione dell'art. 102 TFUE⁴². La Commissione ha in tale caso adottato l'approccio secondo cui l'illiceità della condotta si presume qualora i prodotti siano offerti per un prezzo inferiore ai costi medi variabili. La prova dell'intento predatorio è invece necessario qualora il prezzo si posizioni al di sotto dei costi medi totali. La condotta ascritta a Wanadoo aveva avuto luogo in un periodo in cui, nell'ambito di un'accertata strategia per appropriarsi del mercato per l'accesso ad *internet* ad alta velocità, erano state applicate tariffe che, in fase iniziale, non coprivano i costi medi variabili, per poi stabilizzarsi su un livello pari a questi ultimi ma inferiore ai costi medi totali. Come sottolineato dalla Commissione nella decisione in parola, le condotte di *predatory pricing* hanno una maggiore possibilità di successo in settori in cui, come quello delle

telecomunicazioni, la struttura del mercato e la presenza di ostacoli all'ingresso di nuovi operatori permettano all'impresa dominante di poter fare successivamente affidamento a margini stabili, al fine di recuperare le perdite. È utile evidenziare, tuttavia, che il Tribunale e la Corte, nel respingere i ricorsi promossi da Wanadoo, hanno sottolineato che la dimostrazione della ricordata possibilità di c.d. *recoupment* non costituisce un elemento essenziale per l'accertamento dell'abuso.

La Commissione, in generale, ha riconosciuto che nelle industrie di rete (tra cui naturalmente rientrano le telecomunicazioni) l'analisi classica dei costi potrebbe non rispecchiare la realtà economica effettiva, sicché l'analisi deve in linea di principio tenere conto dei costi medi marginali della fornitura di un servizio in un arco di tempo anche superiore ad un anno⁴³.

Nel mercato italiano, i casi di *predatory pricing*, sebbene non numerosi, hanno interessato principalmente TI, l'ex monopolista integrato verticalmente. Si veda in particolare il recente avvio dell'istruttoria A514 – *Condotte Fibra Telecom Italia*, in cui l'AGCM ha ipotizzato diverse condotte abusive da parte di TI, tra cui la formulazione di offerte al dettaglio non replicabili da parte dei concorrenti.

III.3 Altri abusi di natura escludente

III.3.1. Rifiuto a contrarre e condotte ingiustificatamente discriminatorie

L'art. 102 TFUE vieta condotte poste in essere da imprese in posizione dominante che consistano in forme ingiustificate di discriminazione o di rifiuto di contrarre. Il principio generale che si applica in questi

⁴¹ Sulla qualificazione di un prezzo come predatorio si veda: Comm., *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo [102 TFUE] al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, 2009/C 45/02, §§ 63 ss.

⁴² Comm., 16 luglio 2003, AT.38233 – *Wanadoo Interactive*. Confermato da C. giust. UE, 2 aprile 2009, C-202/07 *France Télécom c Commissione*, ECLI:EU:C:2009:214.

⁴³ *Supra* nota 4, §§ 110 ss.

casi è quello per cui un'impresa dominante non può rifiutare di contrarre con un cliente senza una giustificazione oggettiva, né può applicare condizioni talmente restrittive o comunque inappetibili da essere di fatto qualificabili come un rifiuto⁴⁴. Allo stesso modo, forme di discriminazione tra clienti, ovvero tra operatori terzi e le controllate delle imprese dominanti che operano al dettaglio, sono generalmente idonee a creare distorsioni nei mercati a valle e pertanto illecite *ex art.* 102 TFUE. Le condotte discriminatorie possono riguardare, tra le altre, i prezzi applicati, gli *standard* tecnici richiesti ovvero i servizi accessori.

La Commissione si è occupata diverse volte di simili condotte. Nel 2011, l'*ex monopolista* polacco Telekomunikacja Polska è stato sanzionato per aver rifiutato di fornire l'accesso alla banda larga agli operatori concorrenti. Ciò avvalendosi di diversi comportamenti ritenuti abusivi, quali ad esempio l'imposizione di condizioni eccessivamente gravose per l'accesso, il continuo differimento delle negoziazioni, il rifiuto ingiustificato di soddisfare gli ordini e il rifiuto di fornire informazioni essenziali sulla propria rete⁴⁵. Analogamente, la Commissione ha accertato che Slovak Telecom, in aggiunta alle già citate condotte in tema di *margin squeeze*, ha nel medesimo contesto rifiutato di concedere ad alcuni operatori concorrenti l'accesso alla propria rete locale per i servizi di *internet* a banda larga, sostanzialmente impedendo a questi ultimi di svolgere i propri servizi nei mercati a valle⁴⁶. Un altro precedente degno di

nota è rappresentato da *Télémarketing*, che ha portato la Corte di Giustizia a chiarire che è contraria all'art. 102 TFUE la condotta di un'impresa dominante che si riserva, senza necessità obiettiva, un'attività ausiliaria che potrebbe essere svolta da una terza impresa su un mercato vicino, ma distinto. In tal caso, l'*incumbent* belga aveva rifiutato di trasmettere televendite laddove il numero di telefono indicato non appartenesse alla sua controllata attiva nel settore⁴⁷.

Con riguardo al mercato italiano, è doveroso menzionare il già citato caso relativo alle condotte abusive ascritte a TI. L'AGCM ha infatti ritenuto che quest'ultima avesse discrezionalmente trattato gli ordini provenienti dagli altri operatori in modo discriminatorio rispetto a quelli provenienti dalle proprie divisioni interne, ostacolando così l'accesso dei concorrenti all'infrastruttura e pregiudicando per questi ultimi la possibilità di operare sul mercato in concorrenza con TI⁴⁸.

III.3.2. *Bundling e tying*

Un'ulteriore forma di abuso di natura escludente può consistere nel subordinare la fornitura di un dato prodotto (il c.d. *tying product*), in riferimento al quale il fornitore detiene una posizione dominante, all'acquisto di un altro prodotto (*tied product*) o, in generale, all'accettazione di

⁴⁷ C. giust. UE, 3 ottobre 1985, C-311/84 *CBEM c. CLT e IPB*, ECLI:EU:C:1985:394.

⁴⁴ Si vedano altresì la sezione 4.2.3. e 4.3.4 (rispettivamente, in tema di rifiuto di fornitura e restrizioni all'accesso) della bozza di "Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli abusi escludenti da parte di imprese dominanti", agosto 2024.

⁴⁵ Comm., 22 giugno 2011, AT.39525 – *Telekomunikacja Polska*. Confermato in C. giust. UE, 25 luglio 2018, C-123/16P, *Orange Polska c. Commissione*, ECLI:EU:C:2018:590.

⁴⁶ *Supra* nota 37.

⁴⁸ *Supra*, nota 39. TI è stata sanzionata dall'AGCM per simili condotte in A351 – *Comportamenti Abusivi Telecom Italia*. L'AGCM ha accertato condotte illecite anche nella forma delle c.d. "clausole inglesi", ossia l'imposizione, nei confronti dei clienti *business*, di una clausola di prelazione in forza della quale a fronte di un'eventuale offerta più conveniente da parte della concorrenza, TI poteva allinearsi a tale offerta. Con riferimento al contenzioso civile a valle della pronuncia AGCM, si veda in particolare la sentenza della Corte d'Appello di Milano n. 334/2016, 1 febbraio 2016.

particolari condizioni relative a un prodotto diverso. Ciò può permettere a un'impresa di far leva sulla propria posizione di dominanza relativa a un determinato prodotto per escludere i concorrenti su un altro mercato. Nel settore delle telecomunicazioni possono sorgere problematiche concorrenziali in particolare qualora gli operatori *ex* monopolisti conservino una posizione di dominanza⁴⁹. Si veda, ad esempio il caso *Infostrada/Telecom Tecnologia ADSL*, in cui l'AGCM ha sanzionato TI per un *bundling* fra la componente di accesso ADSL e quella di trasporto dati con tecnologia ATM, che l'AGCM ha ritenuto impedisse agli operatori alternativi di provvedere autonomamente alle fasi di trasporto e quindi ostacolasse lo sviluppo della concorrenza sui mercati a valle dei servizi di trasmissione dati e dell'accesso a *internet*⁵⁰.

III.4. Posizione dominante collettiva nel settore delle telecomunicazioni

Come noto, l'art. 102 TFUE si applica anche ad abusi posti in essere da parte di un gruppo di imprese che collettivamente detengono una posizione dominante. Si tratta di una fattispecie non particolarmente frequente, che tuttavia è facilitata da taluni fattori di mercato spesso presenti nel settore delle telecomunicazioni. In particolare, quest'ultimo è caratterizzato da mercati nei quali un numero ridotto di operatori, aventi quote di mercato simili, offrono prodotti e servizi relativamente uniformi in un contesto che presenta alte barriere all'entrata, scarsità di concorrenza potenziale e una domanda relativamente anelastica. Pertanto, in presenza di tali condizioni, è possibile che gli operatori possano abusivamente sfruttare una posizione di

dominanza collettiva⁵¹. La Commissione ha sottolineato che le condizioni sopra ricordate caratterizzano in particolare i mercati all'ingrosso delle telecomunicazioni, specialmente nell'ambito della telefonia mobile e del *roaming*⁵². In tali mercati, infatti, gli elementi strutturali fanno sì che l'abuso di posizione dominante collettiva sia – secondo la Commissione – facilitato, in specie per via della significativa trasparenza relativa alle tariffe, l'alto grado di concentrazione e l'omogeneità del prodotto offerto.

IV. Applicazione dell'art. 106 TFUE

Una trattazione, per quanto sintetica, delle principali criticità in ottica *antitrust* del settore delle telecomunicazioni non può prescindere da un rimando alla disciplina di cui all'art. 106 TFUE che, come noto, sancisce il divieto per gli Stati membri di imprese pubbliche ovvero di quelle titolari di diritti speciali o esclusivi (quali sono – o sono state – molte imprese attive nel settore delle telecomunicazioni) misure contrarie alle regole dei Trattati, in particolare in tema di non discriminazione e di tutela della concorrenza. La norma in parola specifica altresì che le imprese incaricate della gestione di un

⁵¹ AGCM, 3 agosto 2007, A357 – *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*. Nel provv. di apertura, l'AGCM aveva ipotizzato un abuso di posizione dominante collettiva da parte di Tim, Wind e Vodafone nel mercato dei servizi di accesso *wholesale* alle reti mobili. I risultati dell'istruttoria hanno però in ultima battuta portato ad escludere questa tesi, poiché le reti degli operatori, sebbene omogenee in termini di *standard* e copertura, presentavano strutture di costo e dotazioni frequenziali diverse. Inoltre, l'AGCM ha rilevato una disomogeneità delle quote di mercato a livello *retail* e una differente redditività. Si veda *supra* nota 39 con riferimento a distinti abusi di posizione dominante individuale da parte degli operatori in parola.

⁵² *Supra* nota 1.

⁴⁹ *Supra* nota 4, § 103.

⁵⁰ AGCM, 27 aprile 2001, A285 – *Infostrada/Telecom Tecnologia ADSL*.

servizio di interesse generale sono sottoposte in particolare alle regole di concorrenza, nella misura in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in fatto o in diritto, della specifica missione di servizio pubblico loro affidata.

L'art. 106 TFUE ha ovviamente avuto un importante spazio nel contesto della progressiva liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni, anche con riferimento a interventi di natura regolamentare (proprio il terzo comma dell'art. 106 prevede che «[l]a Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni»). Di particolare importanza in materia è stata la direttiva 88/301/CEE della Commissione relativa alla concorrenza sui mercati dei terminali di telecomunicazioni⁵³. Con tale atto normativo, che esplicitamente prende le mosse dall'(ora) art. 106, la Commissione aveva imposto agli Stati membri di eliminare i diritti speciali ed esclusivi concessi ad alcune imprese relativi all'attività di allacciamento degli apparecchi al punto terminale delle reti pubbliche di telecomunicazione. Si tratta di un precedente fondamentale, in quanto ha dato adito a un contenzioso il cui esito ha, nei fatti, dato il via libera alla successiva liberalizzazione. La Corte di Giustizia ha infatti annullato alcune disposizioni della direttiva in quanto non chiarivano con precisione che cosa dovesse intendersi per diritti speciali ed esclusivi, né il motivo per cui la loro esistenza sarebbe in contrasto con il Trattato. Non è stata tuttavia messa in questione la legittimità dell'abolizione, da parte della Commissione, di diritti speciali

o esclusivi⁵⁴. Tale impostazione è stata confermata dalla corposa giurisprudenza successiva.

Con particolare riferimento al settore delle telecomunicazioni, è di notevole interesse la pronuncia *ERT*, in cui la Corte di Giustizia ha dichiarato illegittima la concessione all'impresa titolare del monopolio nazionale sulla televisione in Grecia del diritto esclusivo di diffondere le proprie trasmissioni unitamente al diritto esclusivo di ritrasmettere i programmi di altri Stati membri⁵⁵. Di rilievo è inoltre la sentenza della Corte di Giustizia (su rinvio del Consiglio di Stato) in *Centro Europa 7*⁵⁶, in cui i giudici di Lussemburgo si sono pronunciati in senso contrario a una normativa nazionale dalla cui applicazione derivi che un operatore titolare di una concessione «si trovi nell'impossibilità di trasmettere in mancanza di frequenze di trasmissione assegnate sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati».

È altresì opportuno menzionare i casi in cui una violazione dell'art. 106 TFUE da parte di uno Stato membro è stata contestata congiuntamente a una violazione dell'art. 102 TFUE da parte dell'*incumbent*. In proposito si ricordi ad esempio il caso *Omnitel*⁵⁷, in cui la Commissione aveva contestato un trattamento discriminatorio che rafforzava la posizione dominante di TI e che si concretizzava nell'imposizione a Omnitel di un versamento iniziale per

⁵⁴ C. giust. UE, 19 marzo 1991, C-202/88 *Francia c Commissione*, ECLI:EU:C:1991:120.

⁵⁵ C. giust. UE, 18 giugno 1991, C-260/89 *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE c Dimotiki Etairia Pliroforisis e Sotirios Kouvvelas*, ECLI:EU:C:1991:254.

⁵⁶ C. giust. UE, 31 gennaio 2008, C-380/05 *Centro Europa 7 c Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, ECLI:EU:C:2008:59.

⁵⁷ Decisione 95/489/CE *Condizioni imposte al secondo gestore della radiotelefonazione GSM in Italia*, 4 ottobre 1995, in G.U.U.E. L. 280/49. Casi analoghi risolti informalmente con *moral suasion* sono citati in Comm., XXV *Relazione sulla politica di concorrenza*, 1995.

⁵³ Comm., Dir. 88/301/CEE del 16 maggio 1988 relativa alla concorrenza sui mercati dei terminali di telecomunicazioni, in G.U.U.E. L. 131, pp. 73 ss. In Italia, questo processo di progressiva liberalizzazione ha trovato una tappa fondamentale nel D. Lgs. n. 259/2003, *Codice delle comunicazioni elettroniche*, in attuazione delle direttive comunitarie del 2002.

la concessione di una licenza GSM senza che un simile pagamento venisse richiesto a TI (e senza che a Omnitel venisse riconosciuto un indennizzo attraverso una semplificazione del contesto normativo). Molto simili le contestazioni sollevate, sempre dalla Commissione, in un caso spagnolo di poco successivo⁵⁸. A valle di una disamina del merito, in *max.mobil* la Commissione invece ha ritenuto che non vi fosse alcuna violazione della normativa posta a tutela della concorrenza in quanto al nuovo entrante non era stato richiesto il versamento di una somma più elevata rispetto all'*incumbent*⁵⁹. Un altro caso che solleva tematiche interessanti circa l'intersezione dell'art. 102 con l'art. 106 nel settore delle telecomunicazioni ha riguardato la normativa belga che consentiva alla *Régie des télégraphes et des téléphones* di subordinare a un'omologazione da parte di quest'ultima l'autorizzazione necessaria per allacciare alla rete delle telecomunicazioni, della quale assicurava l'esercizio, qualsiasi apparecchio telefonico da essa non fornito⁶⁰. La Corte di giustizia ha ritenuto che tale normativa non fosse obiettivamente giustificata e pertanto violasse le due norme in parola.

ERMELINDA SPINELLI – LEONARDO STIZ

Bibliografia

M. Bourreau – C. Cambini – S. Hoernig, *Cooperative Investment, Access, and Unver-tainty*, in *International Journal of Industrial Organization*, 56, 2018, p. 78 ss.; M. Cave – C. Genakos – T. Valletti, *The European Framework for Regulating Telecommunications: A 25-year Appraisal*, in *Review of Industrial Organization*, 55, 2019, pp. 47-62; F. Dalle Nogare, *Regolazione e mercato delle Comunicazioni elettorniche. La storia, la governance delle regole e il nuovo Codice europeo*, Giappichelli, 2019; V. Francheschelli, *Diritto delle comunicazioni: studi e capitoli*, Torrossa, 2022; L. Garzaniti – M. O'regan, *Telecommunications, broadcasting and the internet: EU competition law and regulation*, IV ed., Sweet & Maxwell, 2020; A. Guerrieri, *Regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, CEDAM, 2021; A. Manganelli – A. Nicita, *The Governance of Telecom Markets*, Springer, 2020; F. Marini Balestra, *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, Cedam, 2013; I. Nicolic, *Licensing Standard Essential Patents. FRAND and the Internet of Things*, Hart Publishing, 2021; P. Nihoul – P. B. Rodford, *EU electronic communications law: competition and regulation in the European telecommunications market*, II ed., Oxford University Press, 2011; P.I. Parcu – M. A. Rossi, *Technology and the shifting boundaries of regulation and competition in the EU telecommunications sector*, in P.I. Parcu – G. Monti – M. Botta (a cura di), *The Interaction of Competition Law and Sector Regulation. Emerging Trends at the National and EU Level*, Elgar Publishing, 2022, p. 97 ss.; A.R. Pisarkiewicz, *Margin Squeeze in the Electronic Communications Sector. Critical Analysis of the Decisional Practice and Case Law*, Kluwer Law International, 2018; A. Savin, *EU Telecommunications Law*, Elgar Publishing, 2018; A. Sirotti Gaudenzi, *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza – Volume IV: Comunicazioni elettro-*

⁵⁸ Decisione 97/181/CE *Condizioni imposte al secondo gestore di servizi di radiotelefonía GSM in Spagna*, 18 dicembre 1996, in G.U.U.E. L. 76/19.

⁵⁹ La vicenda è riassunta nel successivo contenzioso. Si veda C. giust. UE, 22 febbraio 2005, C-141/02P *Commissione c T-Mobile Austria*, ECLI: EU:C:2005:98.

⁶⁰ C. giust. UE, 13 dicembre 1991, C-18/88, *RTT c GB-Inno-BM*, ECLI:EU:C:1991:474.

niche e concorrenza, Utet Giuridica, 2010; J. Scherer, *Telecommunication laws in Europe: law and regulation of electronic communications in Europe*, VI ed., Bloomsbury Professional, 2013; M. Stoyanova-Sieber, *Competition problems in liberalized telecommunications: regulatory solutions to promote effective competition*, Kluwer Law International, 2008; R. Zaccaria – A. Valastro – E. Albanesi, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, 2018. V. Smith – L. Woods, *Competition Law and Tele-*

communications, in I. Walden (a cura di), *Telecommunications Law and Regulation*, V ed., Oxford Academic, 2018; Z. Papai - G. Csorba - P. Nagy – A. Mclean, *Competition Policy Issues in Mobile Network Sharing: A European Perspective*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 7, 2020, 346-359; F. Bostoen, *Reviewing Mergers Under Article 102 TFEU: Proximus/EDPnet*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2024.

IL REGOLAMENTO GENERALE SULLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI (REGOLAMENTO (UE) 2016/679 - GDPR)

Sommario: **I.** Origine e finalità del GDPR. – I.1. Dalla direttiva al regolamento. – I.2. Ambito di applicazione. – **II.** I principi generali del trattamento dei dati personali – II.1. Il consenso al trattamento. – II.2. Il principio di *accountability*. – **III.** I diritti dell'interessato – III.1. Il “diritto all'oblio”. – III.2. Profili dell'uso secondario dei dati. – **IV.** Le Autorità nazionali di controllo e la loro cooperazione. – IV.1. Il meccanismo di coerenza. – IV.2. Le competenze regolatorie e i poteri. – **V.** Le sanzioni. – **VI.** I codici di condotta. – **VII.** Il trasferimento dei dati verso Paesi terzi. – **VIII.** La recente proposta della Commissione di modifica del GDPR.

I. Origine e finalità del GDPR

Il regolamento europeo n. 2016/679 sulla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento di dati personali¹, entrato in vigore il 25 maggio 2018, segna il punto di approdo del percorso avviato con l'adozione della direttiva 95/46², solitamente definita “direttiva

madre” in virtù delle concatenate discipline settoriali³ che ne sono provenute prima che maturassero le condizioni per introdurre la nuova e più stringente *lex generalis*. Se la direttiva del 1995 ha pertanto segnato l'esordio di un'organica normativa europea in materia e ne ha posto il principio ispiratore – individuato dal contemporaneo della protezione dei dati personali con la loro libera circolazione –, il regolamento del 2016 (d'ora in avanti GDPR) ha fornito di tale principio l'aggiornata e uniforme declinazione resa necessaria dall'evoluzione tecnologica e dal mutato contesto costituzionale europeo.

dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in *G.U.C.E.*, L281 del 23 novembre 1995.

³ Ciò principalmente in materia di vita privata e di comunicazioni elettroniche, la cui disciplina ha formato un intricato mosaico attraverso la serie dei successivi assestamenti: la direttiva 97/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 1997, sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni (in *G.U.C.E.*, L24 del 30 gennaio 1998) è stata sostituita dalla direttiva 2002/58/CE del Parlamento e del Consiglio, del 12 luglio 2002 (cosiddetta «*ePrivacy directive*», in *G.U.C.E.*, L201 del 31 luglio 2002), a sua volta modificata dalla direttiva 2006/24/UE del Parlamento e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione (in *G.U.U.E.*, L195/54 del 13 aprile 2006); ed ancora, dalla direttiva 2009/136/CE in materia di servizio universale e di comunicazioni elettroniche (in *G.U.U.E.*, L337/11 del 18 dicembre 2009). E' stata invece ufficialmente abbandonata la proposta del regolamento detto «*ePrivacy*» presentata nel 2017, che avrebbe dovuto provvedere al riordino della disciplina dei dati della comunicazioni elettroniche ma il cui testo, ad avviso della Commissione, era stato reso obsoleto dall'entrata in vigore del GDPR.

¹ Regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento di dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), in *G.U.U.E.* L. 119 del 4 maggio 2016. Al regolamento (GDPR nell'acronimo inglese) sono riferiti i richiami normativi nel testo ove non sia indicata una fonte diversa.

² Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento

L'introduzione del GDPR infatti trae motivo, per un verso, dall'instaurarsi di modalità di scambio dei dati non più limitate alla "statica" interazione tra l'interessato (cioè la persona a cui si riferiscono i dati) e il titolare del trattamento, ma costituite dalle diverse forme di condivisione e di circolazione dei dati che si intrecciano nella "datasfera", metaforicamente intesa come la risultante complessiva dello stato di permanente interconnessione digitale che caratterizza il mondo odierno. Il mutamento del quadro di riferimento tecnologico, e l'esigenza di favorire lo sviluppo, nel mercato interno, di attività economiche sempre più connotate dall'impiego di dati a carattere personale hanno indotto le Istituzioni dell'Unione, una volta constatato l'insoddisfacente livello di armonizzazione delle legislazioni nazionali⁴, a superare la precedente direttiva e a perseguire con il regolamento l'uniformità normativa tra gli Stati membri, pur a questi riservando margini di intervento in alcuni ambiti⁵. Le persistenti differenze tra gli ordinamenti nazionali nel vigore della direttiva suddetta, e l'ostacolo da ciò rappresentato per la certezza del diritto sono tra le ragioni di fondo dell'intervento normativo espressamente indicate in preambolo ("considerando" 21),

⁴ Ciò a partire dalla prima relazione della Commissione al Parlamento, del 15 maggio 2003, sulla applicazione della direttiva 95/46/CE (COM(2003) 265).

⁵ L'esigenza di ricorrere allo strumento regolamentare si era peraltro manifestata nel decennio precedente con l'adozione del regolamento 45/2001/CE sul trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari, che ha istituito il Garante europeo per la protezione dei dati. Tale disciplina, successivamente all'entrata in vigore del GDPR, è stata abrogata e sostituita dal regolamento (UE) 2018/1725 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, sulla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione e sulla libera circolazione di tali dati (in *G.U.U.E.*, L. 295/39 del 21 novembre 2018).

dove per contro si riconosce l'importanza della creazione di un «clima di fiducia» per lo sviluppo dell'economia digitale ("considerando" 7) e in vista dell'efficacia di servizi pubblici e privati le cui modalità di fruizione tendono a convergere sui canali di comunicazione digitale e sulle piattaforme *on line*⁶.

Per altro verso, l'esigenza di procedere oltre gli schemi della direttiva del 1995 si è posta in conseguenza delle modifiche del diritto primario dell'Unione determinatesi a seguito dell'adozione della «Carta di Nizza»⁷ – espressamente richiamata in preambolo dal GDPR assieme all'*acquis* giurisprudenziale della Corte di giustizia e della Corte EDU – e dell'evoluzione dei Trattati, giunta a porre la tutela dei diritti fondamentali sotto l'egida dei valori comuni e fondanti *ex art.* 2 TUE⁸.

In questa cornice, l'obiettivo "duale" perseguito fin da principio dalla normativa europea – proteggere i dati e agevolarne la circolazione – riflette la polarità degli interessi protetti, riferiti essenzialmente all'intangibilità della sfera individuale e all'esercizio delle altrui libertà, *in primis* quella economica; la simmetria istituita tra di essi

⁶ A tale obiettivo contribuisce il regolamento (UE) n. 2014/910 del Parlamento e del Consiglio, del 23 luglio 2014, in materia di identificazione elettronica e di servizi fiduciari nel Mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE, noto anche nell'acronimo inglese «eIDAS» (in *G.U.U.E.*, L. 257 del 28 agosto 2014).

⁷ Scontato il riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea proclamata il 7 dicembre 2000, che all'art. 8 enuncia il diritto di ogni individuo «alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano».

⁸ Ai sensi dell'art. 2 TUE, «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

non vale però a fissarne in modo immutabile l'equilibrio, che deve definirsi mediante operazioni di bilanciamento ogni volta che vengano in conflitto. Le previsioni del GDPR rendono di ciò chiara indicazione laddove stabiliscono che «il diritto alla protezione dei dati personali non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ottemperanza al principio di proporzionalità» («considerando» 4). Mentre è parte integrante del sistema dei diritti fondamentali della persona, la protezione dei dati personali è perciò anche strumento di integrazione economica: al punto che la prima si pone a condizione propedeutica della seconda, quando il riconoscimento di adeguate garanzie di tutela dei dati contribuisca a rimuovere gli ostacoli alla loro circolazione.

La ponderazione a tal fine necessaria segna il punto di emersione di chiavi interpretative che schematicamente si riconducono ad una concezione «patrimoniale» oppure «personalista» del diritto in questione e della sua tutela, e vertono sulla configurabilità di un «mercato» dei dati personali e sui limiti da porsi in nome della dignità dell'individuo. A tali posizioni si legano visioni culturali i cui svolgimenti appaiono viepiù divaricarsi una volta che la tutela dei dati personali disciplinata in ambito europeo venga a contatto con la dimensione globale, dove primeggia il ruolo dei poteri privati concentrato nella gestione e nel controllo delle piattaforme digitali, e si misura la divergenza tra la tavola dei valori sottesi alla legislazione dell'Unione e gli indirizzi politico-culturali che in questa ravvisano – tra l'altro – la fonte di possibili ostacoli alla libertà di espressione in uno con lo sviluppo dei mercati dei servizi digitali⁹.

⁹ Al riguardo hanno valenza paradigmatica le posizioni espresse nel discorso del Vice Presidente degli Stati Uniti d'America alla 61ª Conferenza sulla

I.1 Dalla direttiva al regolamento

L'esordio del GDPR ha avuto luogo nel quadro dell'adozione del «*Data Protection Package*», formato da tre atti normativi congiuntamente introdotti dal legislatore eurounitario sebbene diversi per ambito di applicazione e rango della fonte giuridica (essendo gli altri due atti di portata settoriale e costituiti da direttive¹⁰). Volendo tuttavia rintracciare il momento in cui si è affermata con nettezza l'esigenza di mettere mano ad una revisione delle regole sui dati personali, questo può essere convenzionalmente riportato all'inizio del 2012 e all'annuncio, da parte della Commissione, di una «riforma globale della normativa UE» che fosse idonea a «rafforzare i diritti della *privacy on line* e stimolare l'economia digitale»¹¹. Il proposito muoveva dal riconoscimento del divario creatosi rispetto a normative divenute obsolete, poiché risalenti ad anni in cui la Rete era ai suoi

Sicurezza svoltasi a Monaco il 14 febbraio 2025, e le repliche in quella sede formulate da esponenti dei governi europei: v. B. FRANKE (ed.), *Selected Speeches held at the Munich Security Conference*, II, *Speech by JD Vance and Selected Reactions*, Hamburg, 2025.

¹⁰ Si tratta, rispettivamente, della cosiddetta «direttiva polizia» (direttiva 2016/680/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle Autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio), e della direttiva 2016/681/UE sull'uso del codice di prenotazione (PNR) a fini di accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e di gravi reati (entrambe in *G.U.U.E.*, L. 119 del 4 maggio 2016).

¹¹ Commissione europea, *Comunicato stampa. Riforma della protezione dei dati nell'UE – Più tutele per i singoli, meno costi per le imprese*, 25 gennaio 2012, IP/12/46. I prodromi potrebbero nondimeno farsi risalire ancora più indietro, al *Piano d'azione per l'attuazione del programma di Stoccolma*, oggetto della Comunicazione della Commissione del 20 aprile 2010 (COM(2010) 271).

inizi e così anche il fenomeno della globalizzazione; su questo piano veniva inoltre messo a fuoco – lo si è già ricordato – il freno che per l'economia europea rappresentavano in tale ambito la disomogeneità normativa tra gli Stati membri e il “*red tape*” sulle attività d'impresa.

La riforma peraltro non esauriva i suoi motivi nel bisogno, pur impellente, di tenere il passo dei mutamenti della tecnologia e della società, poiché essa costituiva il portato dell'evolversi degli assetti giuridici e istituzionali dell'Unione. Già l'adozione della direttiva del 1995 aveva avuto impulso da innovazioni legislative nazionali e del diritto pattizio: mentre alcuni Paesi europei si erano dotati di proprie normative, con aspetti di omogeneità favoriti dalla circolazione dei modelli (specie quello tedesco della *informationelle Selbstbestimmung*) ma non scevre da lacune, il Consiglio d'Europa aveva “varato” la Convenzione di Strasburgo del 1981, che avrebbe dal quel momento costituito un termine di riferimento per lo sviluppo del diritto unionale e un piano di reciproca influenza tra questo e il diritto convenzionale, malgrado il fondamento intergovernativo e il diversificato ambito di applicazione del secondo¹².

Si è dovuto attendere il Trattato di Amsterdam affinché la tutela dei dati personali emergesse al livello del diritto primario afferente al «primo pilastro», sebbene ne fosse limitata l'applicazione alle istituzioni e agli organismi comunitari¹³. Il radicale

cambiamento prospettico, come noto, si è però avuto con il Trattato di Lisbona: esso ha munito di un inquadramento specifico il diritto individuale alla protezione dei dati personali – replicando nell'art. 16 TFUE la formula dell'art. 8 della «Carta di Nizza» – e ne ha esteso lo spettro applicativo alle attività degli Stati membri soggette al diritto dell'Unione¹⁴. In tal modo venivano poste le basi per l'adozione, nel 2016 dopo un *iter* quadriennale, di un corpo di regole applicabili in modo diretto e uniforme negli Stati membri e di contenuto generale, benché l'articolazione del «pacchetto» di riforma, in cui il GDPR veniva incastonato, potesse evocare l'eliminazione struttura a «pilastri» del diritto unionale, o quanto meno segnalare la disparità del ravvicinamento legislativo fino a quel momento raggiunto in relazione alla protezione dei dati personali in settori specifici degli ordinamenti nazionali.

Peraltro il testo normativo, già al momento della sua approvazione, presentava indicatori da cui poteva evincersi che la disciplina della materia avrebbe potuto avere completamente od evolvere verso una maggiore uniformità tra le sue partizioni. Simili obiettivi possono perseguirsi mediante gli atti delegati e gli atti di esecuzione rimessi alla competenza della Commissione (art. 92), da questa esercitabile, in determinati ambiti, «per un periodo indeterminato» salva la possibilità – rivelatrice della ricerca di un equilibrio tra prerogative concorrenti – che di tali dele-

¹² Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, STCE n. 108, aperta alla firma nel 1981. All'indomani dell'entrata in vigore del GDPR, il Consiglio d'Europa ha adottato il 18 maggio 2018 un Protocollo di modifica (detto anche «Convenzione 108 +») le cui previsioni (ad esempio, in materia di *data breach*, di minimizzazione dei dati, di *privacy by design*) sono tributarie della disciplina unionale.

¹³ Ciò, mediante l'inserimento ad opera del Trattato di Amsterdam (entrato in vigore il 1° maggio 1999) dell'art. 213 B (poi divenuto l'art. 286) nel

Trattato istitutivo dell'Unione Europea, noto anche come Trattato di Maastricht (entrato in vigore il 13 novembre 1993). Una ulteriore previsione (art. K.2, poi divenuta l'art. 30, par. 1, lett. b) vi veniva inserita ancora dal Trattato di Amsterdam, stavolta riferita al «terzo pilastro» e concernente i trattamenti di dati personali nell'ambito del sistema Europol.

¹⁴ Della stratificata vicenda normativa si tralasciano qui gli interventi modificativi dei Trattati che hanno puntualmente riguardato il trattamento dei dati negli ambiti della politica estera e di sicurezza comune e della cooperazione di polizia.

ghe sia disposta la revoca dal Parlamento e dal Consiglio. Un indice della eventuale completabilità della disciplina si rileva altresì sul piano formale, se il titolo stesso dell'atto normativo, che associa al *nomen* di regolamento l'aggettivo «generale» (attribuito non contemplato dall'art. 288 TFUE per questa fonte giuridica), può suggerire l'idea di una normazione che guarda all'insieme senza escludere più specifici svolgimenti.

1.2 Ambito di applicazione

L'ambito di applicazione del GDPR, a tenore dell'art. 3 esteso a tutti i trattamenti di dati personali (automatizzati o meno), replica il criterio di competenza territoriale fondato sullo stabilimento nell'Unione dei soggetti attivi del trattamento (titolare o responsabile¹⁵), indipendentemente dall'effettuazione delle relative operazioni in uno degli Stati membri. Il raggio applicativo della disciplina nondimeno prescinde dallo stabilimento quando il trattamento effettuato riguarda i dati personali di interessati residenti nell'Unione e sia svolto in relazione all'offerta di beni o alla prestazione di servizi a questi destinata (anche a titolo gratuito), oppure il monitoraggio (a fini commerciali) del loro comportamento nella misura in cui esso ha luogo all'interno dell'Unione. In tali termini il disposto regolamentare ha recepito l'orientamento in precedenza formulato dalla Corte di giustizia specialmente con le decisioni *Google Spain* e *Schrems* (su cui *infra*), rivolto ad ampliare la nozione di stabilimento e ad affermare l'applicabilità della normativa europea (al tempo costituita dalla direttiva del 1995 poi abrogata)

¹⁵ Differenziati in base alla sfera di attività e sottoposti ad obblighi in parte coincidenti, il «titolare» decide le finalità e i mezzi del trattamento, il «responsabile» è il soggetto che effettua il trattamento in nome del primo (art. 4, par. 7, 8).

anche al trattamento effettuato da un titolare non europeo e in relazione a dati personali di soggetti europei trattati in Paesi terzi.

A ben vedere, l'ampia portata applicativa della disciplina e la latitudine delle sue nozioni fondamentali (a partire da quelle di «dato personale» e di «trattamento»¹⁶) sono i primi indici di una vocazione espansiva che, se da un lato ambisce ad erigere, nel diritto dell'Unione, il GDPR a statuto generale delle situazioni giuridiche inerenti alla tutela e al «traffico» delle informazioni a carattere personale, dall'altro si palesa nei meccanismi mediante i quali la normativa rende possibile la proiezione extra-europea del proprio standard regolatorio (l'esempio cade sui codici di condotta a cui possono spontaneamente conformarsi gli aderenti di Paesi terzi secondo le modalità e con gli effetti di cui all'art. 40).

Non meno complessa si è talora rivelata, nell'esperienza applicativa, l'individuazione dei trattamenti esclusi dall'alveo del GDPR. Il confine è tracciato mediante i criteri combinati della finalità del trattamento e della qualità del soggetto che lo pone in essere, cosicché non vi rientrano, ad esempio, i trattamenti effettuati dal singolo nell'esercizio di attività di mero carattere personale e domestico (art. 2,

¹⁶ Sebbene ne siano note le definizioni (riportate all'art. 4, par. 1 e 2), è utile ricordare, in sintesi, che per «dato personale» si intende qualsiasi informazione riguardante una persona identificata o identificabile («interessato») in modo diretto o indiretto, dunque anche attraverso identificativi prodotti da dispositivi *online* oppure informazioni che, sebbene sottoposte a procedure di de-identificazione (come la «pseudonimizzazione») possano comunque avere valenza identificativa se combinate con altre informazioni. La nozione di «trattamento» comprende qualsiasi tipo di operazione, automatizzata o meno, che abbia ad oggetto dati personali; vi rientra quindi anche la «profilazione», consistente nel trattamento automatizzato di dati personali finalizzato alla valutazione a fini predittivi di determinati comportamenti o caratteristiche di una persona fisica.

lett. c)¹⁷, o quelli posti in essere dagli Stati in materia di «politica estera e di sicurezza comune» e di prevenzione e perseguimento dei reati (art. 2, par. 2, lett. b) e d). A queste eccezioni, tipizzate dalla stessa normativa di tutela e, per così dire, interne al suo sistema, si aggiunge l'esclusione generale e *a priori* dei trattamenti «effettuati per attività che non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione», e ai suoi fini irrilevanti in conformità al principio di attribuzione (art. 2, par. 2, lett. a); TUE, art. 5, par. 2).

In relazione a questo ultimo profilo, il perimetro applicativo del GDPR risente della «lettura inclusiva» delineata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, orientata ad una interpretazione restrittiva delle deroghe all'applicazione delle regole di protezione dei dati. In una recente pronuncia resa su questione pregiudiziale posta dalle Autorità giurisdizionali austriache, essa ha chiarito come da queste regole non siano esentate in linea di principio le attività che si svolgono nella sfera dei poteri statali, non rilevando a tal fine la natura pubblica del potere o quella dei compiti da questo svolti. Nel caso venuto al suo esame¹⁸, la Corte ha affermato che tanto il TFUE (art. 16, par. 2) quanto il GDPR (art. 2, par. 2, lett. a) non devono essere interpretati nel senso di escludere

una determinata attività dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione – e pertanto del GDPR – per il solo motivo che essa è esercitata da una commissione di inchiesta istituita dal Parlamento di uno Stato membro nell'esercizio del suo potere di controllo del potere esecutivo (la questione verteva sull'applicazione del «diritto all'oblio» agli atti di una commissione d'inchiesta). Dall'argomentazione della Corte (svolta in un caso tanto più significativo poiché inerente ad un ambito emblematico della sovranità statale come l'esercizio delle funzioni parlamentari), si trae dunque conferma dell'inclinazione del GDPR a porsi come legge generale, che non si cura di distinguere tra diritto pubblico e diritto privato – anzi solo residualmente dedica apposite norme ai poteri pubblici –, e sospinta da un'interpretazione generalizzante della portata applicativa del diritto europeo, tende a occupare spazi solo in apparenza presidiati da norme di carattere derogatorio.

II. I principi generali del trattamento dei dati personali

La razionalizzazione, operata dal GDPR, della ventennale esperienza normativa in materia di protezione dei dati ha da un lato consolidato gli assi portanti della relativa disciplina, dall'altro vi ha integrato nuovi istituti, le cui nozioni e finalità si attingono dall'ampio preambolo (composto di 173 «considerando») oltre che dalla parte dispositiva del testo normativo, articolata in 11 capi a loro volta ripartiti in molteplici sezioni.

Il nucleo della disciplina transitato dal vecchio al nuovo regime normativo senza sostanziali innovazioni comprende i principi generali del trattamento. Si tratta invero di principi i cui caratteri di persistenza e di stabilità attraverso le

¹⁷ L'applicazione della cosiddetta «*household exemption*» non può tuttavia darsi per scontata, come attesta la decisione della Corte di giustizia nel caso *Lundquist*, 6 novembre 2003, C-101/01 (ECLI:EU:C:2003:596). L'uso generalizzato della Rete e dei *social networks*, d'altra parte, ha di molto ridotto l'ambito dei trattamenti ascrivibili alla sfera non professionale e domestica: Corte di giustizia (Grande Sezione), *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein c. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH*, 5 giugno 2018, C-210/16 (ECLI:EU:C:2018:388).

¹⁸ Corte di giustizia (Grande Sezione), *Österreichische Datenschutzbehörde c. WK*, con l'intervento del *Präsident des Nationalrates*, 16 gennaio 2024, C-33/22 (ECLI:EU:C:2023:369).

diverse “generazioni” legislative ne attestano il valore di *jus receptum*, oggetto di un ampio *corpus* giurisprudenziale formatosi nei diversi gradi del sistema di tutela multilivello dei diritti. La sommaria elencazione di tali principi, da cui gemmano gli obblighi dei soggetti che effettuano il trattamento e i diritti degli interessati, è sufficiente ad evocare le direttrici della disciplina ed anche le problematiche correlate alla sua applicazione: i dati personali sono trattati in modo lecito, corretto e trasparente; la loro raccolta ha luogo per finalità determinate, esplicite e legittime, e il relativo trattamento si attiene strettamente a queste; i dati sono adeguati, esatti e pertinenti alla finalità del trattamento; la loro conservazione dura per il solo tempo necessario a rendere identificabile l'interessato ai fini delle finalità perseguite (eccetto le ipotesi di conservazione per interesse pubblico, scientifico, storico o statistico); il trattamento dei dati è effettuato in modo da garantirne un'adeguata sicurezza.

Primo tra i requisiti, la liceità del trattamento può derivare, oltre che dalla integrità e validità del consenso prestato dall'interessato, da ragioni ulteriori le quali sono normativamente assunte a basi giuridiche del trattamento medesimo, ossia a suoi criteri legittimanti in presenza di finalità di cui sono riconosciuti *ex ante* i caratteri di necessità o di meritevolezza. Tali basi giuridiche, la cui comune matrice si rintraccia essenzialmente nella doverosità di condotte pattuite oppure imposte da norme imperative, sono l'esecuzione di un contratto di cui sia parte (od una delle parti) l'interessato; l'adempimento di un obbligo legale cui sia tenuto il titolare o il perseguimento di un suo legittimo interesse, purché non riduca le prerogative dell'interessato; e l'esecuzione di un compito di interesse pubblico, a cui si affianca la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato medesimo o dei consociati.

I principi generali a cui soggiacciono le attività di trattamento sono peraltro individuati non solamente dalla loro espressa enunciazione nel testo normativo, ma anche attraverso le preclusioni che vi sono poste in relazione a determinate categorie di dati. Per alcune di esse, riferite a dati «particolari» (detti in precedenza «sensibili»), vige il divieto di trattamento a motivo della loro idoneità a rivelare aspetti intimi dell'individuo o comunque connotativi della sua sfera personale. La tipologia dei dati per loro natura esclusi dal trattamento vale a indicare, di riflesso, i valori di civiltà giuridica sottesi alla disciplina, ove si rammenti che il divieto cade sulle informazioni suscettibili di rivelare l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, i dati genetici, i dati biometrici, quelli relativi alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona (art. 9, par. 1).

Nondimeno, il divieto conosce eccezioni e temperamenti, in virtù dei quali esso recede dinanzi al diritto personale ad autodeterminarsi e a ragioni di preminente interesse pubblico: il trattamento di tali dati è infatti ammesso a fronte del consenso esplicito dell'interessato, e quando si affermi la necessità di effettuarlo in relazione a rapporti di cui egli è parte nel suo mondo e a qualificate finalità della vita associata. Lo spettro dei casi contemplati comprende l'assolvimento di obblighi e l'esercizio di diritti specifici del titolare o dello stesso interessato in materia di diritto del lavoro e *welfare*; la tutela di un interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica quando esso si trovi nell'incapacità fisica o giuridica di prestare il proprio consenso; il perseguimento di finalità politiche, filosofiche, religiose o sindacali da parte di fondazioni, associazioni od organismi senza scopo di lucro; l'accertamento, l'esercizio e la difesa di un diritto in sede giudiziaria; finalità di

medicina preventiva o del lavoro; motivi di interesse pubblico nel settore della vita pubblica; l'archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o per fini statistici (art. 9, par. 2).

Quali che siano la natura, la finalità e il contesto del trattamento, la serie degli obblighi posti in capo al titolare e al responsabile concorre a delineare il quadro di principio. Essi sono tenuti innanzitutto ad adottare «misure tecniche e organizzative adeguate» che garantiscano un livello di sicurezza corrispondente alla serietà dei rischi, la cui individuazione risponde ad un implicito criterio di ragionevolezza in quanto le relative scelte tengono in considerazione lo stato dell'arte, i costi di attuazione, le operazioni richieste dal trattamento, e la probabilità e gravità dei rischi «per i diritti e le libertà delle persone fisiche» (art. 32). L'illecito accesso ai dati (*data breach*) che si verifichi malgrado le misure adottate comporta per il titolare l'obbligo di notifica all'Autorità di controllo, e anche all'interessato nel caso più grave.

È, d'altra parte, tratto peculiare della disciplina dettata dal GDPR l'approccio improntato a pragmatismo, tendente a non relegare i principi al piano della mera enunciazione bensì a perseguire la loro trasposizione nella concretezza di schemi procedurali di tutela; tale impostazione della normativa è peraltro conforme al rilievo che vi è assegnato alla preventiva valutazione del rischio. Rendono di ciò conferma i principi cosiddetti, rispettivamente, di protezione dei dati fin dalla progettazione e di protezione mediante impostazione predefinita, designati usualmente con riferimento alla *privacy* e in relazione alle sue varianti simmetriche *by design* e *by default*¹⁹; detti criteri, elevati a “princi-

pi” nel lessico della disciplina ma in realtà ancillari all'attuazione del principio di protezione dei dati personali, difficilmente potrebbero concepirsi se non calati nelle soluzioni tecniche che li sostanziano – come la anonimizzazione e la pseudonimizzazione dei dati – mirando a realizzare impostazioni predefinite di sicurezza (art. 25).

Gli esiti di valutazione del rischio e di sua attenuazione perseguiti mediante il ricorso a tali metodiche comportano che la finalità di protezione dei dati sia per quanto possibile integrata nella struttura del trattamento, mediante la previsione *ex ante*, in fase di sua progettazione o al momento della relativa implementazione, di misure di sicurezza ritagliate sulle caratteristiche dei dati e delle operazioni di cui sono oggetto. In relazione a queste misure, il GDPR indica a scopo esemplificativo una gamma di regole operazionali che hanno per comune postulato la considerazione dell'intrinseca invasività nella sfera dell'individuo del trattamento dei suoi dati personali, e mirano al contenimento dei relativi effetti attraverso l'accertamento dei titoli giustificativi di tale ingerenza e la previsione di restrizioni in merito alla quantità e alla qualità dei dati da trattare. Se la «minimizzazione» dei dati è infatti protesa a limitare il trattamento ai soli dati pertinenti alle finalità lecitamente perseguite e a questa necessari (secondo lo schema della *Datenvermeidung* risalente alle normative di protezione dei dati di «prima

sovrannazionale tale separatezza sfuma nella nozione unitaria di «vita privata» sancita dall'art. 8 CEDU, la CDFUE contempla separatamente la tutela della vita privata e familiare (art. 7) e la protezione dei dati personali (art. 8), quest'ultima oggetto anche del diritto enunciato dall'art. 16, par. 1, TFUE. Per quanto le rispettive sfere possano intersecarsi – specie per effetto delle moderne tecnologie dell'informazione –, le due nozioni sono quindi concettualmente diverse, potendo la tutela della *privacy* comprendere la *data protection*, senza però in essa esaurirsi, e la *data protection* dispiegarsi anche quando dal trattamento dei dati non sia violata la *privacy*.

¹⁹ Pare utile, al riguardo, rammentare che nonostante la frequente convergenza terminologica, *privacy* e *data protection* costituiscono categorie distinte nelle premesse storico-giuridiche e nell'esperienza applicativa dei relativi istituti. Se a livello

generazione»), la «pseudonimizzazione» è diretta a «depurare» i dati dalla loro valenza identificativa (che non sempre esclude la possibilità di ripristinarla ove il risultato giustifichi lo sforzo).

Il medesimo approccio si riscontra con riguardo alla valutazione di impatto e alla consultazione preventiva (art. 35), contemplate in luogo della notifica all'Autorità di controllo di determinate tipologie di trattamento quale si prevedeva nella normativa abrogata. La valutazione di impatto da parte del titolare è ora posta come passaggio obbligato nel caso di operazioni di trattamento che si avvalgono di nuove tecnologie e possono costituire un rischio per la sfera della libertà personale (tra i maggiori esempi, i sistemi di sorveglianza su larga scala e i trattamenti sistematici di informazioni a carattere personale che possono avere riflessi sulla capacità decisionale dei soggetti interessati), affinché ne risultino evidenziati gli effetti sull'assetto generale della protezione dei dati e l'Autorità di controllo, a cui la valutazione va comunicata, possa attivarsi di conseguenza ed esercitare i propri compiti (investigativi, autorizzativi, correttivi, consultivi).

Dal titolare del trattamento e dalle figure di cui esso si avvale (tra cui quella, di nuova creazione, del *Data Protection Officer* investito di compiti di controllo, consultivi e di interazione con l'Autorità di controllo) si attende perciò l'autonoma adozione di una serie di iniziative tra loro interrelate, la cui ragione di fondo è quella di individuare e limitare, in modo preliminare e secondo criteri di natura essenzialmente precauzionale, i rischi insiti nei trattamenti di dati personali. Ciò, senza incorrere in una posizione meramente «difensiva» che si risolva in un intralcio alle attività o in un eccessivo aggravamento degli adempimenti, ma commisurando le cautele ai mezzi e ai costi necessari a porle in essere.

Se dunque una indicazione complessiva può trarsi dal disegno normativo e

dai principi su cui si fonda, essa è che il baricentro della disciplina, rispetto alla disciplina previgente, si è spostato dalla reazione alla lesione dei diritti dell'interessato (salvi la loro tutela e l'apprestamento dei relativi rimedi) verso la sfera degli obblighi dei soggetti attivi del trattamento, orientata a scongiurare detta lesione mediante valutazioni e coerenti iniziative da porre in essere in via preventiva.

II.1 Il consenso al trattamento

Il consenso dell'interessato, su cui si incardinava la disciplina dettata dalla direttiva del 1995, ha mantenuto il suo ruolo nell'impianto del GDPR, con alcune attenuazioni e, peraltro, senza affrancarsi dai nodi problematici che hanno impegnato gli interpreti circa la precisa qualificazione da attribuire all'atto consensuale secondo le categorie del diritto interno, nonché in relazione all'effettività di tale requisito nella prassi.

A tenore delle previsioni regolamentari il consenso, inteso come manifestazione di volontà dell'interessato che assentisca al trattamento dei suoi dati personali, deve essere liberamente prestato e sempre revocabile, rilasciato in modo informato e specifico, e se in forma scritta, separatamente dall'eventuale accettazione di condizioni relative all'esecuzione di un contratto o alla prestazione di un servizio; l'onere di dimostrare che l'interessato ha rilasciato il consenso grava sul titolare del trattamento (art. 7).

Un'innovazione rispetto alla disciplina previgente, su cui si è appuntata l'attenzione degli interpreti anche in relazione all'affermarsi di pratiche di condivisione *online* oppure di sfruttamento commerciale dell'immagine dei minori per il tramite di piattaforme digitali²⁰, è costituita dalla

²⁰ Si tratta di fenomeni di cui è invalsa la denominazione gergale di «*sharenting*» oppure di «*kid influencers*».

previsione che, in caso di offerta di servizi *online* a minori, pone quali condizioni di liceità del trattamento dei loro dati personali l'età di almeno 16 anni, e l'autorizzazione di chi eserciti la potestà genitoriale qualora l'interessato abbia un'età inferiore (art. 8); il tema è attuale non soltanto in relazione alla genuinità del consenso del minore, ma anche alla luce delle iniziative legislative che in alcuni ordinamenti si assumono con riguardo alla verifica dell'età per l'accesso a determinati «servizi della società dell'informazione» e alla contestuale raccolta di dati personali.

Gli aspetti che maggiormente concorrono a problematizzare il ruolo del consenso si legano tuttavia alle ragioni economiche sottese alla circolazione dei dati e alla prestazione di servizi digitali. A questo riguardo, di un sostanziale svuotamento della centralità del consenso – *rectius* del consenso informato – sembra essersi incaricata la prassi, dal momento che la sua prestazione, anziché esercizio dell'autodeterminazione individuale, è in alcuni ambiti divenuta rito inconsapevole e anzi non più che un automatismo in vista della fruizione di servizi digitali, nonostante venga sovente considerata nella prospettiva di una «patrimonializzazione» dei dati personali e dello scambio in cui la cessione dei dati varrebbe a sostanziare il corrispettivo dei servizi fruiti.

Proprio in questo ambito, l'approccio realistico adottato in occasione di recenti interventi normativi ha contribuito a rilanciare la riflessione sul consenso sul suo valore. La direttiva 2019/770 sulla fornitura di contenuti e servizi digitali²¹ muove appunto dalla constatazione che diversi segmenti di mercato – specie se *multi-sided* – sono transitati dal modello

«classico» dello scambio remunerato a schemi di prestazione gratuita di servizi (modello cosiddetto *zero-price*)²². In tale contesto, la messa a disposizione dei dati personali consente che i servizi suddetti vengano forniti senza costi per chi li utilizza, e che i dati medesimi, seppure ne sia espressamente bandita l'assimilazione ad una «merce» («considerando» 24 della predetta direttiva), siano intesi come l'oggetto di uno scambio a fronte del servizio prestato e in vista della loro utilizzazione per finalità ulteriori (tipicamente, la profilazione e il cosiddetto *targeted advertising*).

Si tratta di un fenomeno di cui sono evidenti le implicazioni per la libertà del consenso, suo fondamentale requisito: mentre questo non può essere – «anche solo implicitamente in via di fatto – obbligatorio per poter fruire del prodotto o servizio fornito dal titolare del trattamento», così da consentirgli di condizionare «la fruizione dei suoi servizi al rilascio del consenso al trattamento per [una] finalità promozionale»²³ (peraltro verrebbe in tal modo a realizzarsi un vincolo non dissimile dai *tying agreements*, incompatibili con il mercato interno²⁴), è il GDPR a stabilire a chiare lettere che «nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione

²² Analoga impostazione si rinviene nella direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori, in *G.U.U.E.* L328/7 del 18 dicembre 2019.

²³ Si mutuano le parole del Provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali, 4 luglio 2013 n. 330, doc. web. N. 2542348, la cui posizione è stata condivisa da altre Autorità nazionali di controllo e rispecchia quella formalizzata, a livello normativo, dal *Bundesdatenschutzgesetz*, § 28, c. 3b.

²⁴ TFUE, art. 101, c. 1°, lett. e).

²¹ Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, in *G.U.U.E.* L. 136/1 del 22 maggio 2019.

di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto» (art. 7, par. 4).

Il dato testuale dunque non contempla un divieto che, ove posto in termini assoluti, priverebbe di legittime basi lo schema «servizi contro dati» invalso nella prassi universale della fruizione di servizi digitali; piuttosto, la disposizione richiede la valutazione di elementi che vertono sul consenso dell'interessato e sulla sua pienezza, inteso tale consenso come espressione dell'autodeterminazione informativa della persona e perciò ontologicamente non riducibile a quello prestato per la fornitura di servizi, atto squisitamente negoziale e situato «a valle» del precedente.

Altro è dire se la *commodification* dei dati personali – ovvero la loro «monetizzazione» postulata dallo schema anzidetto – possa contare su condizioni di mercato effettivamente improntate alla trasparenza e alla libertà delle scelte di cui questi siano oggetto. L'interessato, assunto l'abito del fornitore di dati (ed etichettato come *data producer* oppure, nel gergo, come *prosumer* in quanto allo stesso tempo produttore e consumatore di un bene o di un servizio), dovrebbe, nell'ideale scenario, essere sempre in grado di comprendere le modalità e i fini del trattamento ulteriore dei suoi dati personali, nonché l'effettiva consistenza economica a questi attribuita nel momento in cui se ne fa l'oggetto di una «controprestazione pecuniaria» del servizio fruito.

In realtà, tali condizioni appaiono lontane dall'essersi realizzate e risultano gravate tuttora da un livello elevato di opacità, come segnalano le autorità competenti alla regolazione della concorrenza. Lo comprovano le iniziative da queste adottate per sanzionare le pratiche commerciali sleali di fornitori di servizi *online*, i quali – in un caso recente – avevano ottenuto l'accesso ad una mole di dati

personali degli utenti procurandosene il consenso attraverso l'asserita gratuità dei servizi medesimi e pratiche ingannevoli²⁵. In un altro caso, il medesimo fornitore è incorso nella violazione (in parte reiterativa della condotta già sanzionata) avendo ommesso di informare gli utenti della raccolta dei loro dati in fase di attivazione e prima registrazione di un *account* presso una piattaforma collegata, così da indurli ad assumere una decisione di natura commerciale che essi altrimenti non avrebbero preso²⁶.

A fronte di simili fenomeni può prospettarsi necessaria un'applicazione convergente – se non l'ibridazione – degli obblighi di informazione stabiliti rispettivamente dal GDPR (artt. 12, 13) e dalla normativa in materia di protezione del consumatore (artt. 5 e ss. del d. lgs. n. 206/2005, Codice del consumo) per farne discendere uno specifico obbligo informativo che ponga l'interessato-consumatore in condizione di apprendere l'effettiva natura della propria controprestazione ed anche il relativo valore economico, eventualmente anche mediante l'indicazione comparativa delle opzioni di prezzo differentemente applicabili al servizio prestato «contro dati» e a quello la cui fruizione può richiedere un corrispettivo pecuniario.

²⁵ Tra i casi rilevanti registrati in Italia può richiamarsi il provvedimento dell'AGCM dell'11 maggio 2017, n. 26597, *Whatsapp – Trasferimento Dati a Facebook*, in *Bollettino* n. 18/2917. Un caso equivalente si è avuto in Germania, dove il *Bundeskartellamt*, con una decisione del 6 febbraio 2019, ha accertato il carattere abusivo del comportamento posto in essere da Facebook, impresa in posizione dominante, allorché aveva subordinato l'accesso al proprio servizio all'accettazione, da parte degli utenti, di condizioni in cui si prevedeva il consenso al trattamento per finalità commerciali di dati personali ricavati dall'utilizzazione del servizio medesimo e delle piattaforme collegate.

²⁶ Provvedimento AGCM Provvedimento del 21 maggio 2024, n. 31214, *Meta-problematiche account Instagram e Facebook*, in *Bollettino* n. 23/2034

L'evoluzione dei rapporti economici, d'altra parte, fa dei dati personali la risorsa essenziale del circuito dei rapporti di produzione e consumo, al punto da infiltrare l'intreccio tra *data protection* e tutela della concorrenza. La loro intersezione in settori tipicamente "*data driven*" viene in particolare evidenza quando il consenso dell'interessato al trattamento dei propri dati è prestato in relazione all'accesso ai servizi forniti da un'impresa in posizione dominante sul mercato, facendo sorgere la questione della sua validità. Nella decisione nel caso *Meta*²⁷, la Corte di giustizia ha stabilito che sebbene la posizione dominante dell'impresa non valga di per sé a determinare l'invalidità del consenso rilasciato dall'interessato, è nondimeno necessario che siano assicurate le condizioni affinché il consenso sia validamente prestato. Dinanzi alla posizione dominante dell'impresa l'interessato potrebbe infatti non essere «in grado di operare una scelta autenticamente libera» oppure trovarsi «nell'impossibilità di rifiutare o revocare il consenso senza subire pregiudizio», dal momento che «l'esistenza di una siffatta posizione dominante è tale da creare uno squilibrio evidente, ai sensi del "considerando" 43 del GDPR, tra l'interessato e il titolare del trattamento, squilibrio che favorisce, segnatamente, l'imposizione di condizioni che non sono strettamente necessarie all'esecuzione del contratto». Se quindi la sola posizione dominante di un fornitore di servizi digitali non è sufficiente ad accertare la conformità del consenso ai requisiti prescritti dal GDPR, la medesima può ritenersi indicativa quantomeno di uno squilibrio tra l'interessato e il titolare del trattamento, rilevante ai fini dell'applicazione del GDPR.

²⁷ Corte di giustizia (Grande sezione), sentenza 4 luglio 2023, *Meta Platforms and others v Bundeskartellamt*, C-252/21 (ECLI:EU:C:2023:537).

II.2 Il principio di *accountability*

Una delle maggiori novità della disciplina sostanziale risiede nell'approccio fondato sulla previa valutazione dei rischi, replicato nelle altre partizioni del «diritto digitale» europeo e di cui il GDPR può a giusto titolo considerarsi il precursore. Esprime tale impostazione il principio di *accountability*, che malgrado gli isolati riferimenti nel testo normativo (al «considerando» 85 e in inciso all'art. 5 par. 2) vi è presupposto come uno degli assi del sistema di tutela dei dati, fondato sulla «responsabilizzazione»: ovvero nella messa in atto, da parte dei soggetti che effettuano il trattamento, di condotte da non ridurre alla sfera nota della responsabilità o ad una supina osservanza di obblighi di diligenza, ma che si risolvono in un atteggiamento "proattivo" e tale da rendere *accountable* quanti siano tenuti ad osservarlo, e pertanto in grado di rispondere in ogni momento del loro operato. L'autonomia riservata ai soggetti nel conformare le proprie attività di trattamento ai principi generali di protezione dei dati e il tenore procedurale dell'insieme degli adempimenti e dei controlli, come generalmente osservato, denotano la matrice culturale anglosassone del modello regolatorio prescelto dal legislatore europeo.

L'approccio *risk-based* e il valore dell'*accountability* (nozione di cui il calco linguistico italiano non recepisce l'intero significato) trovano specifica esplicazione nella previsione delle misure di sicurezza da adottarsi a protezione dei dati personali per evitare o limitare i rischi di accesso non autorizzato o di una disseminazione dei dati medesimi in violazione dei requisiti prescritti. Gli obblighi corrispondenti sono posti sul titolare del trattamento, a cui spetta – come nel caso delle già note metodiche di *privacy by design* e *by default* – individuare e predisporre «misure tecniche e organizzative adeguate» alla natura

dei dati e all'oggetto e alle finalità del relativo trattamento; l'aspetto informatico (di sicurezza "fisica") non è quindi il solo a doversi considerare ai fini di un'accurata gestione dei rischi, ciò richiedendo l'analisi integrata dei presidi tecnologici, degli assetti organizzativi e delle soluzioni giuridiche concorrenti a realizzare le condizioni di sicurezza dei dati. La definizione di tali misure sarebbe peraltro inefficiente – né potrebbe soddisfare il dettato normativo – ove si risolvesse nella fissità di parametri stabiliti una volta per tutte o sulla base di indici astratti: al contrario, essa presuppone valutazioni che, in senso dinamico e secondo ragionevolezza, tengano conto delle specifiche operazioni di trattamento, del contesto in cui queste sono compiute, dei rischi correlati, delle procedure probatorie dell'attività svolta, del mutevole stato dell'arte tecnologico e dei costi di attuazione implicati (art. 32).

Coerente con un'impostazione regolatoria di tipo precauzionale e proceduralizzato è altresì l'obbligo di effettuare la valutazione di impatto sulla protezione dei dati, posto sul titolare che si accinga a trattamenti di rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone (art. 35), assieme a quello di esperire la consultazione preventiva dell'Autorità di controllo qualora da tale valutazione risulti che il trattamento presenterebbe un rischio elevato in assenza di appropriate misure di mitigazione («prior checking» art. 36).

Il complesso delle misure – qui riassunto nelle linee essenziali – integra un sistema modulare che, accanto ad una serie di requisiti di base e vincolanti per tutti i titolari di trattamento, contempla un *numerus apertus* di criteri di natura volontaria o supplementare eccedenti gli obblighi legali minimi e finalizzati a preconstituire garanzie più elevate o di maggiore efficacia. Sicché il concetto della *accountability*, tradotto nell'individuazione e nell'adozione delle misure più appropriate ai mutevoli e specifici contesti del

trattamento di dati personali, ed ispirata ad un'attiva e responsabile condivisione degli obiettivi fissati dalla legge, presenta contorni più ampi o quanto meno più flessibili di quelli della *compliance*, qualora si intenda questa come semplice obbedienza alle prescrizioni normative (che talune strategie d'impresa potrebbero in astratto ritenere conveniente disattendere), e sebbene le rispettive nozioni siano talvolta considerate sovrapponibili.

La stessa complessità del sistema dei controlli, finalizzati a rilevare la costante adeguatezza e proporzionalità delle misure di sicurezza adottate, denota l'intrinseco carattere dinamico e adattativo della *accountability*, ove si consideri che queste sono successivamente sottoposte al monitoraggio indipendente di organismi terzi, appositamente accreditati, affinché ne sia certificata la costante adeguatezza ai rischi. La "responsività" del titolare e del responsabile può peraltro manifestarsi nell'adesione ad un codice di condotta approvato dall'Autorità indipendente di controllo, che costituisce un elemento probatorio *prima facie* circa la conformità delle loro attività al novero dei requisiti prescritti.

III. I diritti dell'interessato

I requisiti di correttezza e trasparenza del trattamento effettuato previo consenso dell'interessato o su altra base giuridica comportano obblighi corrispondenti in capo al titolare: egli è tenuto all'adozione di misure appropriate al fine di informare l'interessato circa il trattamento dei dati che lo riguardano, con modalità diversificate a seconda che i dati siano raccolti presso di lui o in via mediata (artt. 13, 14), ma in ogni caso «in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro», per iscritto o anche con mezzi elettronici (art. 12). Speculare all'obbligo così configurato è

quindi una posizione giuridica che, nella sua elementare struttura, può ritenersi anticipatrice *in nuce* del più complesso «diritto alla spiegazione» che ha di recente preso forma, con lo “*AI Act*” europeo²⁸, a proposito dell’elaborazione algoritmica di decisioni adottate con riguardo alle persone.

Il diritto dell’interessato ad essere informato circa l’uso dei propri dati ha specifica esplicazione nel diritto di accesso, invariato rispetto alla precedente normativa e consistente nella facoltà a questo riconosciuta di ottenere dal titolare del trattamento la conferma che le relative operazioni hanno ad oggetto suoi dati personali, e in tal caso di accedere ai dati medesimi e alle informazioni specifiche sul trattamento in atto (art. 15).

La panopia dei diritti dell’interessato che il GDPR ha raccolto senza significative modifiche della direttiva del 1995 – ma dei quali mutano evidentemente le condizioni materiali di esercizio nel diverso scenario tecnologico – comprende inoltre i diritti di rettifica, di cancellazione, di opposizione al trattamento e alla sua limitazione; i campi che essi delimitano, come si vedrà *infra*, presentano punti di intersezione sul piano della tutela che si condensa nel “diritto all’oblio”.

Sono dunque trasmigrati dalla vecchia alla nuova disciplina i diritti di rettifica e di cancellazione i quali, come ben noto, abilitano l’interessato ad ottenere la correzione o l’integrazione dei suoi dati personali quando siano incompleti od inesatti, e rispettivamente, a certe condizioni, la loro cancellazione quando i dati non siano più attuali²⁹.

²⁸ Regolamento 2024/1689, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024 («Regolamento sull’intelligenza artificiale», in *G.U.U.E.*, L. del 12 luglio 2024), “considerando” 58; art. 6, par. 2; All. III, art. 5, lett. b).

²⁹ In relazione al diritto di rettifica e al suo esercizio per la corretta rappresentazione informativa di qualità personali, la Corte di giustizia ha di recente stabilito che non osta a tale esercizio la

Se trattati illecitamente, i dati personali possono inoltre essere cancellati da un’Autorità di controllo anche d’ufficio e senza che l’interessato ne abbia fatto richiesta³⁰.

I diritti alla limitazione del trattamento e ad opporsi a che sia effettuato sono egualmente parte del retaggio della disciplina previgente, poiché esaltano il ruolo del consenso dell’interessato in relazione a determinate ipotesi di trattamento le quali, mancante il consenso e salve le deroghe stabilite nel superiore interesse pubblico o per il legittimo interesse del titolare o di terzi, incorrono in forme totali o parziali di interruzione. Nel mosaico delle facoltà riconosciute all’interessato e delle eccezioni che queste incontrano, il diritto di opposizione appare tuttavia aggiornato in virtù del riferimento alla profilazione, a cui l’interessato può opporsi per motivi connessi alla sua situazione particolare anche qualora il trattamento dei suoi dati si svolga negli ambiti eccettuati, nonché in applicazione della regola che gli consente di formulare in qualsiasi momento e gratuitamente (*opt out*) la propria contrarietà al trattamento dei dati per finalità di *direct marketing* (artt. 18, 21).

Da una diversa angolazione, il tema dell’accesso ai dati e dell’opposizione al trattamento è venuto in particolare risalto in relazione alle decisioni automatizzate, a cui l’interessato, a norma dell’art. 22, ha diritto di non essere sottoposto (salvo determinate eccezioni) ove queste abbiano base esclusiva in un trattamento automatizzato dei suoi dati, compresa la profilazione. In proposito la Corte di giustizia, in una delle decisioni rese nel caso

mancanza, nel diritto interno, di disposizioni che riconoscano l’identità di genere di una persona fisica; sentenza 13 marzo 2025, *VP c. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*, C-203/22.

³⁰ Corte di giustizia, sentenza 14 marzo 2024, *Újpesti Polgármesteri Hivatal*, C-46/23.

*Schufa*³¹ (in materia di valutazione del merito creditizio in ambito finanziario), ha fornito un'interpretazione del dettato normativo protesa ad ampliarne la tutela dinanzi al diffuso ricorso alle decisioni algoritmiche nei più diversi settori dell'economia e della vita sociale, precisando che l'interposizione di un soggetto terzo, investito di compiti tecnici, tra l'interessato e il soggetto che assume la decisione non vale di per sé a disinnescare le garanzie pur genericamente previste dall'art. 22. L'esigenza di un'interpretazione evolutiva o adeguatrice dei diritti tradizionalmente riconosciuti all'interessato si palesa qui pienamente, specie considerando i punti di intersezione del GDPR con lo "*AI Act*" le cui previsioni, non a caso, collocano i sistemi IA di *credit scoring* tra quelli ad alto rischio stante la possibilità che per loro tramite siano introdotte o perpetuate dinamiche di discriminazione nella valutazione dell'affidabilità creditizia delle persone.

Nel "catalogo" dei diritti dell'interessato è invece di nuovo conio il diritto alla «portabilità» dei dati, ovvero il diritto dell'interessato, eccettuati alcuni casi, di «ricevere in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico» i propri dati affinché senza impedimenti li possa trasferire da un sistema di trattamento automatizzato ad un altro (e ad un diverso titolare: art. 20, par.1)³².

Il diritto così configurato assume specifico risalto in relazione al rafforzamento che può derivarne alla posizione "negoziale" dei soggetti passivi del trattamento

nell'ambito della prestazione di servizi digitali, nonché per il suo nesso con il principio di neutralità tecnologica, alla cui stregua non rileva il mezzo tecnico con cui il trattamento sia effettuato; la pretesa ad un "agevole trasporto" dei propri dati ha inoltre valenza concorrenziale, ove ne risultino incentivate la collaborazione tra le imprese del settore e l'eliminazione delle barriere, fisiche e giuridiche, alla loro competizione. Tale diritto nondimeno si pone in linea con gli indirizzi di fondo della disciplina, rivolti a garantire, nel modo più ampio possibile e in ogni stadio del "ciclo vitale" dei dati personali, l'informazione dell'individuo la cui sfera sia incisa dal trattamento dei dati che lo riguardano.

L'esercizio dei diritti finora richiamati è da intendersi complessivamente finalizzato a limitare gli eventuali pregiudizi che per l'interessato possono venire da un trattamento illecito o non conforme, e lo abilita ad attivare meccanismi di tutela mediante reclamo all'Autorità di controllo o rivolgendosi all'Autorità giudiziaria. In proposito si registra l'elemento di novità introdotto dall'art. 80, che attribuisce all'interessato la facoltà di dare mandato ad un'entità collettiva – sia essa un organismo, un'associazione o un'organizzazione non lucrativa le cui attività statutarie riguardino la protezione dei dati – al fine della proposizione del reclamo per suo conto e dell'esercizio dei diritti connessi (artt. 77, 78, 79), nonché per ottenere il risarcimento del danno qualora il diritto interno lo consenta. Tali enti, ove previsto dalla legislazione degli Stati membri (e come in alcuni ordinamenti è consentito ad enti esponenziali degli interessi dei *data subjects* o generalmente ad organizzazioni di *advocacy*), possono inoltre proporre autonomo reclamo all'Autorità di controllo, e indipendentemente dal mandato ricevuto, impugnare le decisioni e agire dinanzi al giudice ordinario in caso di asserita violazione dei diritti dell'interessato a seguito di un trattamento.

³¹ Corte di giustizia, *OQ c. Land Hessen*, con l'intervento di *SCHUFA Holding AG*, 7 dicembre 2023, C-634/21 (ECLI:EU:C:2023:957); la Corte si è pronunciata nella medesima data anche nelle case riunite C-26/22 e C-64/22, *UF e AB c. Land Hessen* (ECLI:EU:C:2023:958).

³² In materia è intervenuto, pochi mesi dopo l'entrata in vigore del GDPR, il Gruppo di lavoro «Articolo 29» (istituito dalla direttiva 95/46) con l'adozione delle *Guidelines on the right to data portability* (13 dicembre 2016).

L'innovazione normativa appena accennata ha valenza peraltro non circoscritta al GDPR, e segnala l'interscambiarsi del diritto alla protezione dei dati con il diritto dei consumatori nell'odierna configurazione dei rapporti di consumo: la nota direttiva 2019/770 sulla fornitura di servizi e contenuti digitali, nel demandare agli Stati membri la predisposizione di strumenti adeguati a garantire la sua osservanza, tra questi contempla (all'art. 21) misure di diritto interno che permettano l'esercizio in forma collettiva dei diritti e dei rimedi spettanti al cittadino-consumatore, inclusi quelli inerenti alla protezione dei dati³³.

III.1. Il «diritto all'oblio»

Collegato alle nozioni di inesattezza e incompletezza dei dati è il concetto della cancellazione dei medesimi, quale può perseguirsi quando i dati medesimi conservino la loro carica lesiva nonostante le correzioni e gli aggiornamenti di cui essi possano essere oggetto; il diritto a cancellarli vale inoltre a concretare i principi di pertinenza, adeguatezza e non eccedenza dei dati, dei quali è parametro la finalità che ne giustifichi il trattamento. Su queste basi ha assunto autonomo rilievo la situazione giuridica soggettiva non inedita (risalendo la sua elaborazione già ai circuiti informativi *off line*) che rinnovatasi

nell'elaborazione della Corte di giustizia, – la quale l'ha declinata rispetto alla circolazione dei dati attraverso i motori di ricerca –, è stata infine positivizzata dal legislatore unionale come «diritto all'oblio», oggetto nel GDPR di un'apposita disposizione, l'art. 17 (che in rubrica lo mette però in equivalenza con il diritto alla cancellazione).

Detta disposizione riconosce il diritto dell'interessato ad ottenere la cancellazione dei propri dati personali se il trattamento non rientra nel lecito esercizio della libertà di espressione o manchino le altre cause giustificatrici riconducibili al pubblico interesse. In tale ipotesi, al «diritto all'oblio» dell'interessato può essere data prevalenza, tra l'altro, quando i dati personali non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti e trattati, oppure l'interessato medesimo ha revocato il consenso o si è opposto al trattamento. La regola, così posta in termini generali, si cala nella dimensione digitale allorché fa specifico obbligo al titolare del trattamento, che ha reso pubblici i dati per i quali si chiede la cancellazione, di informare di tale richiesta gli eventuali altri titolari impegnati nel trattamento dei medesimi dati, affinché essi a loro volta provvedano a cancellarne i collegamenti, le copie, le riproduzioni; operazione la cui complessità fa sì che essa debba compiersi, anche in questo caso, «tenendo conto della tecnologia disponibile e dei costi di attuazione».

Per delineare meno sommariamente la fisionomia del «diritto all'oblio» e il modo in cui esso è venuto ad innestarsi nel sistema di tutela, diventandone una delle valvole principali, è qui utile ricordare che la gestazione – e le problematiche applicative – del diritto così connotato hanno avuto origine nel contesto instauratosi con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (che ha incluso la protezione dei dati personali tra i diritti fondamentali dell'Unione), e in cui la Corte di giustizia è pervenuta

³³ Direttiva (UE) 2019/770, cit.: tra i «mezzi adeguati ed efficaci» che, ai sensi dell'art. 21, gli Stati membri devono adottare per «assicurare l'osservanza» della direttiva, sono previste le «disposizioni che, secondo il diritto nazionale, permettano a uno o più dei seguenti organismi di adire gli organi giurisdizionali o amministrativi competenti per fare applicare le disposizioni nazionali di recepimento»; tali soggetti sono individuati – tra gli altri - nelle «organizzazioni di consumatori aventi un interesse legittimo a proteggere i consumatori», e «organismi, organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro, attivi nel settore della protezione dei diritti e delle libertà degli interessati di cui all'articolo 80 del regolamento (UE) 2016/679».

ad una ponderazione tra questo diritto e la libertà di espressione, fondandosi su un'interpretazione restrittiva dell'esenzione giornalistica e del suo campo applicativo.

Nel *landmark* segnato con il caso *Google Spain*³⁴, la Corte ha dato precedenza al diritto della persona alla tutela dei propri dati rispetto all'interesse degli utenti di Internet a reperire sul suo conto informazioni non più attuali, né collegate ad un rilievo pubblico della medesima (perciò prive, nel caso di specie, del requisito del pubblico interesse che avrebbe potuto altrimenti comportare il sacrificio della *privacy*). La decisione, frutto di un'applicazione combinata degli artt. 7 e 8 CDFUE, ha riguardato l'attività di indicizzazione compiuta da un motore di ricerca in relazione ad informazioni concernenti un singolo interessato, e poiché ha riconosciuto meritevole di tutela l'identità, per così dire, "diacronica" della persona è considerata l'antecedente del "diritto all'oblio" successivamente normato.

Il punto focale di *Google Spain* è costituito dal giudizio di prevalenza a cui la Corte è pervenuta avendo anteposto, al diritto di accesso alle informazioni (ed anche alla libertà di iniziativa economica ex art. 16 CDFUE), l'interesse dell'individuo a non subire i possibili danni alla reputazione e all'onore conseguenti alla divulgazione di notizie non più attuali, benché in passato legittimamente pubblicate da terze parti. «Un trattamento inizialmente lecito di dati esatti», ha infatti chiarito la Corte, «può divenire, con il tempo, incompatibile con la direttiva [del 1995] qualora tali dati non siano più necessari in rapporto alle finalità per le quali sono stati raccolti o trattati»; e avendo qualificato i motori di

ricerca come titolari del trattamento, essa ha escluso l'applicabilità dell'esenzione giornalistica all'attività da questi posta in essere sebbene si concretasse nella diffusione di informazioni al pubblico.

Secondo alcune ricostruzioni la pronuncia avrebbe in tal modo composto i due diritti – alla protezione dei dati personali e all'informazione – in un «bilanciamento asimmetrico», alimentatosi di un'interpretazione come di un unico blocco degli artt. 7 e 8 CDFUE le cui previsioni conserverebbero invece tratti differenziali, da ricondurre da un lato ad un concetto "dignitario" della *privacy*, dall'altro ad una nozione di *data protection* la cui anima "proprietary" riecheggia nel controllo individuale sui propri dati. La decisione non ha segnato, in ogni caso, un equilibrio cristallizzato nel senso di una costante preminenza da attribuire alla protezione dei dati rispetto alla libertà di informazione, che di questi postula la circolazione. Benché il GDPR abbia incorporato il dispositivo di tutela messo a punto dalla Corte in *Google Spain*, tale trasposizione normativa non ha infatti precostituito un bilanciamento di valore assoluto, essendo espressamente previsto che il diritto alla cancellazione dei dati può non applicarsi quando il relativo trattamento sia necessario per l'esercizio della libertà di espressione e di informazione (art. 17, par. 3, lett. a).

Quel che vale sottolineare, ai fini della presente ricognizione, è la risposta normativa fornita dal diritto europeo all'interesse che fonda il "diritto all'oblio" e si accentua in relazione al trattamento di dati personali effettuato mediante i canali digitali. Se non è certo inedita la pretesa della persona a rientrare nell'anonimato dopo che, per i ruoli avuti o per le sue vicende passate, su di essa si sono accesi i fari della notorietà e dell'interesse pubblico alla conoscenza, sono invece nuove nell'era digitale le soluzioni tecniche con cui ciò può ottenersi, essendo queste inevitabilmente conformate dal *medium*

³⁴ Corte di giustizia (Grande Sezione), *Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, 13 maggio 2014, C-131/12 (ECLI:EU:C:2014:317).

tecnologico. Le misure mediante le quali può realizzarsi una «sfera di dimenticanza giuridicamente tutelata» nel bilanciamento con altri interessi vertono infatti sulla deindicizzazione, assurta a forma canonica dell'oblio al punto da potersi configurare, secondo la Corte di Strasburgo, come oggetto di specifici obblighi per i gestori tanto dei motori di ricerca che dei «siti sorgente»³⁵.

La circolazione dei dati personali su scala globale solleva altresì il problema di come possa garantirsi una effettiva tutela del diritto in discorso; al riguardo le soluzioni giuridiche scontano il limite costituito dal non poter essere universali, mentre anche la tecnologia offre talora rimedi parziali. La questione è venuta all'esame della Corte di giustizia nel caso *Google c. CNIL*³⁶, in cui i giudici di Lussemburgo hanno qualificato come un unico trattamento di dati personali la pubblicazione che di questi venga fatta attraverso le diverse estensioni locali (ossia nazionali) di un motore di ricerca accessibile in rete; sicché la deindicizzazione, per poter essere effettiva, deve contare su un'efficacia territoriale che si dirami verso tutte le estensioni locali del sito Internet implicato, rendendosi nondimeno necessario il bilanciamento con altri diritti fondamentali (*in primis* quello alla libertà di informazione) e la sua contestualizzazione rispetto alle tradizioni giuridiche nazionali.

³⁵ Corte EDU, *Biancardi c. Italia*, sentenza 25 novembre 2021 (ric. n. 77419/16). La Corte ha escluso la violazione dell'art. 10 CEDU (in materia di libertà di espressione) in conseguenza della pronuncia resa dall'Autorità giudiziaria italiana con cui il ricorrente, editore di un giornale *online*, è stato riconosciuto responsabile per aver violato il diritto di un terzo alla tutela della sua reputazione, avendo consentito la permanenza su Internet di un articolo di contenuto diffamatorio per un considerevole lasso di tempo e senza procedere alla sua deindicizzazione tempestiva.

³⁶ Corte di giustizia (Grande Sezione), *Google LLC c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, 24 settembre 2019, C-507/17 (ECLI:EU:C:2019:772).

III.2 Profili dell'uso secondario dei dati

Una questione di cruciale rilevanza per l'effettività del GDPR, talora apparsa in grado di mettere alla prova la solidità del suo impianto se non addirittura di incrinare gli stessi fondamenti di principio, riguarda le condizioni in cui può procedersi ad un uso secondario di dati personali. Un trattamento di tale natura riveste infatti posizione eccentrica nel perimetro del sistema di tutela, di cui è chiave di volta il principio di finalità con il corollario che, di norma e salvo circoscritte eccezioni, non è lecito un uso dei dati effettuato per scopi diversi da quello che ne abbia giustificato la raccolta e per il quale sia stato acquisito il consenso ove necessario. Sotto questo profilo si registrano tuttavia previsioni che oltre a sviluppare alcune aperture della direttiva abrogata hanno a loro volta posto le premesse di ulteriori evoluzioni.

Fermo il valore ordinante del principio sopra detto, una sua attenuazione è delineata nel testo normativo nel caso in cui, in mancanza del consenso dell'interessato o di altra causa giustificativa del trattamento dei suoi dati, fa obbligo al titolare di valutare se le relative operazioni siano coerenti e proporzionali agli scopi perseguiti mediante il trattamento primario, avuto riguardo alla natura dei dati e al contesto in cui sono stati raccolti, alle conseguenze del trattamento ulteriore e all'esistenza di garanzie adeguate.

Regole apposite sono inoltre dettate in materia di ricerca scientifica, in considerazione delle peculiarità metodologiche, del fabbisogno di dati personali e della rilevanza sociale caratterizzanti tale attività. Anzitutto, l'art. 89, secondo cui il trattamento avente questa finalità è soggetto a garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato; poi l'art. 5, par.1, *b*), che qualifica il trattamento dei dati personali ulteriore rispetto alle finalità iniziali, se

svolto per fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, non incompatibile con le finalità iniziali; l'art. 5, par. 1, *e*), secondo cui per fini di ricerca scientifica i dati personali possono essere conservati per periodi più lunghi, purché nel rispetto di adeguate misure tecniche e organizzative; l'art. 9, par. 2, *j*), che rende non applicabile il divieto di trattare dati sensibili se il trattamento è finalizzato alla ricerca scientifica, se è proporzionato a tale finalità, se rispetta l'essenza del diritto alla protezione dei dati (*ex* art. 52 CDFUE) e prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato; l'art. 14, par. 5, *b*), che permette un rilascio dell'informativa in forma non individuale quando il titolare – a fini di ricerca scientifica – raccoglie i dati personali presso terzi; gli articoli 17, par. 3, *d*) e 21, par. 6, che definiscono un regime speciale per l'esercizio, rispettivamente, del diritto di cancellazione e del diritto di opposizione, quando la finalità perseguita è di ricerca scientifica.

La cautela normativa verso il trattamento ulteriore dei dati ha però dovuto fare i conti con la crescente sollecitazione dei settori più innovativi dell'economia e della ricerca³⁷, e, in modo particolare, delle politiche europee rivolte alla digitalizzazione dei dati sanitari.

Tale esigenza si è da ultimo manifestata con l'istituzione dello «Spazio europeo dei dati sanitari» (EHDS nell'acronimo inglese) ovvero dell'ambito di applicazione materiale di disposizioni, norme e prassi

comuni, infrastrutture e regole di *governance* aventi a oggetto l'uso primario e secondario dei «dati sanitari elettronici personali»: ovvero di una categoria di dati che in quanto connotata dalla loro natura «sensibile» e, ad un tempo, dal formato elettronico e dai criteri standardizzati di trattamento, conservazione e circolazione, si configura come una *species*, od almeno una variante, dei «dati relativi alla salute» ricompresi nelle «categorie particolari di dati» di cui all'art. 9 GDPR.

Primo degli spazi comuni europei creati per implementare la «strategia europea dei dati», finalizzata alla circolazione e alla condivisione di informazioni in una pluralità di ambiti rilevanti per il mercato interno e per la tutela dei diritti fondamentali, lo EHDS è istituito e disciplinato dal recente regolamento 2025/327³⁸, che vi regola l'uso primario dei dati suddetti e il loro uso secondario per le finalità attinenti alla promozione, allo sviluppo e alla gestione dei servizi sanitari, incluse le attività di ricerca. La rilevanza dell'intervento normativo, tale da meritare qui una sommaria ricognizione del suo contenuto, si ravvisa anche nella specificazione e contestualizzazione che vi è compiuta dei principi generali sul trattamento e sulla circolazione dei dati personali, al fine di trasporli in un settore applicativo caratterizzato dall'interferenza di interessi «sensibili» e dalla complessità dei relativi bilanciamenti. In tale ambito l'interesse soggettivo al controllo sui propri dati difatti si interseca con l'interesse a condividerli ai fini del progresso della ricerca medico-scientifica, del perfezionamento dei mezzi di cura e della loro gestione, e il diritto fondamentale alla salute convive con lo sviluppo del mercato dei servizi

³⁷ Rileva in tale prospettiva la recente modifica, in Italia, dell'art. 110 del Codice per la protezione dei dati personali, che ha eliminato l'obbligo per i titolari del trattamento di consultare preliminarmente l'Autorità di controllo (il Garante per la protezione dei dati personali), in conformità all'art. 36 GDPR, quando il consenso degli interessati non può essere ottenuto per ragioni specifiche, come l'impossibilità di raggiungerli o l'eccessiva onerosità di tale operazione.

³⁸ Regolamento (UE) 2025/327, del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2025 sullo spazio europeo dei dati sanitari e che modifica la direttiva 2011/24/UE e il regolamento (UE) 2024/2847, in *G.U.U.E.* del 5 marzo 2025.

sanitari (come attesta anche la duplice base giuridica del regolamento istitutivo, individuata negli artt. 16 e 114 TFUE).

Nell'impianto della nuova disciplina, i diritti di accesso e di informazione delle persone interessate relativamente al trattamento dei propri dati sanitari elettronici personali si declinano diversamente a seconda dell'uso primario o secondario dei dati medesimi. Nel primo caso è riconosciuto agli interessati, tra le altre previsioni, il diritto di accedere in modo immediato, gratuito e in un formato facilmente leggibile a tali dati (trattati per la finalità primaria), e di ricevere una copia elettronica, nel formato europeo di scambio delle cartelle cliniche elettroniche, almeno di quelli ricompresi in determinate «categorie prioritarie» (individuate all'art. 14 del regolamento EHDS). Il controllo dell'interessato sui propri dati è altresì garantito dalla facoltà che gli è riconosciuta di limitarne l'accesso integralmente o in misura parziale, di abilitarvi un destinatario di propria scelta nell'ambito sanitario o della sicurezza sociale, ed eventualmente di ottenere da questo la successiva trasmissione dei dati; la natura peculiare delle informazioni trattate rende ragione della previsione che, conforme all'art. 23 GDPR in materia di limitazioni, stabilisce la possibilità che gli Stati membri prevedano il differimento dell'accesso da parte dell'interessato, qualora tali informazioni possano avere impatto significativo sulla salute della persona e finché un professionista sanitario provveda a rendergli una adeguata comunicazione del loro contenuto.

In relazione all'uso secondario dei dati personali – di carattere sanitario e in formato elettronico come qualificati dalla normativa –, il regolamento EHDS ne definisce le categorie minime in relazione all'obbligo posto sui titolari del trattamento di metterli a disposizione: vi sono compresi, tra gli altri, le cartelle cliniche elettroniche, i dati con un'incidenza sulla

salute, compresi i «determinanti comportamentali, sociali e ambientali della salute», i dati genomici sugli agenti patogeni che incidono sulla salute umana, i dati genetici, genomici e proteomici umani, e più generalmente le informazioni di natura amministrativa, assicurativa, gestionale e statistica inerenti alla sanità.

L'accesso a questi dati è consentito solo quando sia perseguita dal richiedente una delle finalità individuate nel testo normativo: tra queste, lo svolgimento di attività per motivi di pubblico interesse nell'ambito della sanità pubblica e della medicina del lavoro (quali la protezione da rischi epidemici, la sorveglianza della sanità pubblica o la garanzia di elevati livelli di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria, di medicinali e dispositivi medici); la produzione di statistiche ufficiali a livello nazionale, multinazionale e dell'Unione relative al settore sanitario o dell'assistenza; le attività di istruzione ed insegnamento nel settore sanitario o dell'assistenza; le attività di ricerca scientifica nel settore sanitario o dell'assistenza; le attività di sviluppo e innovazione di prodotti o servizi destinati alla sanità pubblica o alla sicurezza sociale; la prestazione di forme di assistenza sanitaria personalizzata; ed infine – da notarsi per la loro connessione con il campo disciplinato dallo “*AI Act*” – le attività di addestramento, prova e valutazione degli algoritmi anche nell'ambito di dispositivi medici, sistemi di intelligenza artificiale e applicazioni di sanità digitale.

Anche in questo caso l'accesso ai dati sanitari elettronici è sottoposto a rigorose limitazioni, e sono individuate (all'art. 54 del testo normativo) le finalità per le quali è espressamente lo si vieta: l'adozione di decisioni pregiudizievoli per una persona fisica sulla base dei suoi dati sanitari elettronici, o che escludano una singola persona o gruppi di individui da benefici derivanti da un contratto di assicurazione o ne modifichino la posizione contributiva

od assicurativa; lo svolgimento di attività pubblicitarie o di *marketing* rivolte a professionisti sanitari, organizzazioni sanitarie o persone fisiche; l'accesso ai dati sanitari elettronici fornito a terzi esclusi dalle autorizzazioni; lo sviluppo di prodotti o servizi in grado di danneggiare le persone e la società in generale.

La tendenza del diritto dell'Unione a costituire «silos» normativi, in cui i principi generali ricevono la specificazione necessaria alla loro applicazione settoriale, si manifesta anche negli assetti istituzionali che per tali settori vengono configurati; non fa eccezione l'EHDS, che per la propria *governance* affida all'integrazione normativa degli Stati membri l'istituzione di uno o più organismi competenti a regolare l'accesso ai dati in questione.

IV. Le Autorità nazionali di controllo e la loro cooperazione

Poste a «organo di chiusura» del sistema di tutela, le Autorità di controllo indipendenti conservano nella nuova disciplina (all'art. 51, par. 1) il compito fondamentale di dare concreta attuazione e di garantire l'applicazione delle norme di protezione dei dati personali che ad esse affidava la direttiva del 1995. Ciò le avvalorava come elemento chiave dell'architettura della *data protection*, da considerare anzi dirimente affinché possa postularsi l'esistenza di un regime effettivo di protezione dei dati, tanto che l'istituzione e l'operatività di omologhi organismi in un Paese terzo sono assunti a primi indicatori dell'adequatezza delle tutele che vi sono assicurate.

La conferma normativa del modello finora sperimentato non cade tuttavia nel solco della mera continuità: essa trova ora formulazione nel mutato quadro di riferimento giuridico che contempla tali

organismi – previsti dall'art. 8 CDFUE e dall'art. 16 TFUE – e ne consolida il ruolo al livello del diritto primario dell'Unione. Il presidio che essi costituiscono per l'effettività delle regole in materia di protezione dei dati è posto quindi al grado più elevato nella gerarchia delle fonti giuridiche europee, e la loro indipendenza si assume coesistente alla funzione di garanzia di diritti e di libertà fondamentali il cui esercizio non potrebbe tollerare compressioni o condizionamenti *ab externo*, se non ai fini del loro contemperamento con altre situazioni giuridiche tutelate³⁹.

D'altra parte, anche la «missione» attribuita alle Autorità si rimodula nella rinnovata impostazione del GDPR, essendo la loro attività indirizzata non soltanto alla vigilanza sull'applicazione della normativa bensì a perseguire, attraverso le regole sul trattamento, la duplice finalità della tutela dei «diritti e delle libertà delle persone» e di «agevolare la libera circolazione dei dati». Ad esse spetta perciò garantire l'effettivo dispiegamento degli interessi coinvolti, sia quelli facenti capo alla persona a cui si riferiscono le informazioni, sia quelli della persona fisica o giuridica che tali informazioni intenda lecitamente utilizzare. La complessità del compito è peraltro accentuata da un quadro regolatorio caratterizzato dalla formale parità delle posizioni sostanziali e dalla

³⁹ L'indipendenza delle Autorità nazionali è venuta più volte all'esame della Corte di giustizia, fornendo ai giudici l'occasione di precisare che essa in tanto può ritenersi sussistente in quanto (e solo se) garantisca all'organismo la possibilità di agire «in assenza di qualsivoglia istruzione o pressione», e sia a questo attribuito un «potere decisionale alieno da qualsiasi influenza esterna», «sia essa diretta o indiretta»: *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, 9 marzo 2020, C-518/07 (ECLI:EU:C:2010:125). La Corte ha confermato tale orientamento nella decisione *Commissione c. Repubblica d'Austria*, 16 ottobre 2012, C-614/10 (ECLI:EU:C:2012:631), e lo ha declinato in relazione allo *status* dei componenti delle Autorità: *Commissione c. Ungheria*, 8 aprile 2012, C-288/12 (ECLI:EU:C:2014:237).

manca di un soggetto debole come tale individuato *ex ante*, e la cui applicazione deve assicurarsi in un contesto connotato dall'attitudine performativa dei dispositivi tecnologici e da posizioni dominanti su scala planetaria. Ne risulta di conseguenza accresciuta la componente discrezionale dei poteri attribuiti alle Autorità, orientati non solo ad accertare la conformità dei trattamenti di dati personali alle regole di tutela, ma ad effettuare un bilanciamento sostanziale delle posizioni coinvolte in linea con il valore che il diritto alla protezione dei dati riveste sul piano costituzionale e presso i consociati. In questa prospettiva le *authorities* del settore, sebbene variamente connotate negli ordinamenti nazionali, tendono a differenziarsi da altri analoghi organismi, in quanto il nucleo qualificante dei loro compiti esorbita dalla mera funzione tecnica di regolazione riconducibile alla garanzia dell'effettivo funzionamento del mercato, e si rivolge piuttosto al contemperamento sostanziale di diritti fondamentali.

La previsione delle Autorità di controllo nel GDPR è dunque non semplicemente reiterativa di scelte effettuate in precedenza, ma si collega all'evoluzione del quadro costituzionale e al ventennale patrimonio di esperienza formatosi attraverso l'attività interpretativa e le prassi applicative di tali organismi, dei quali la giurisprudenza europea ha affinato il ruolo e le prerogative.

Tali sviluppi hanno avuto riflesso sia sulla posizione che essi rivestono nell'ambito degli ordinamenti nazionali in quanto articolazioni del sistema europeo di protezione dei dati, sia sul piano della loro cooperazione transfrontaliera, diversa nelle forme e nei fini dalle previsioni della direttiva del 1995 che la limitavano perlopiù alle attività necessarie allo svolgimento dei rispettivi compiti e allo scambio di informazioni (ora oggetto dell'art. 61 in materia di assistenza reciproca, che riconduce le correlate attività alla cooperazione obbligatoria tra le Autorità).

A questo riguardo, un mutamento di prospettiva è determinato dalla stessa collocazione della disciplina di tutela dei dati personali al livello della fonte regolamentare, ciò comportando che in luogo dello schema di competenze "distribuite" prima vigente si affermasse l'esigenza del loro accentramento, essenziale all'obiettivo della sua coerente applicazione, e che lo strumento principe della perseguita uniformità si individuasse appunto nelle Autorità istituite negli Stati membri (la cui funzione può esservi ripartita tra più soggetti pubblici ove ciò sia conforme alla struttura dell'amministrazione statale⁴⁰) (art. 51, par. 1).

Da questo versante, la regolazione uniforme è delineata nel testo normativo come l'esito di una strategia integrata: al livello della «cooperazione» tra le Autorità nazionali si affianca il livello di «coerenza» risultante dalle procedure coordinate dal Comitato europeo, da questo poste in essere mediante attività consultive oppure con provvedimenti di carattere generale e di valenza normativa adottati nella forma di linee-guida o di *best practices*, che si aggiungono al novero delle fonti secondarie componendo l'articolato "ecosistema" normativo della protezione dei dati.

La cooperazione tra le Autorità si instaura attraverso l'addentellarsi dei rispettivi ambiti di competenza nazionale, in cui ciascuna esercita le proprie funzioni in relazione ai trattamenti effettuati da un titolare o da un responsabile stabiliti nel territorio dello Stato membro, inteso lo stabilimento – secondo la consolidata giurisprudenza – non necessariamente la sede legale ma qualsiasi organizzazione che

⁴⁰ Come ben noto l'ordinamento italiano è tra quelli che contempla un'unica amministrazione di regolazione in materia, identificata dal Codice in materia di protezione dei dati personali (novellato dal d. lgs. n. 101/2018) nell'Autorità di controllo nel Garante per la protezione dei dati personali (art. 2-bis del Codice).

indipendentemente dalla forma giuridica svolga un'attività concreta ed anche minima. Il legislatore europeo, come già ricordato, ha inoltre esteso l'ambito di applicazione della disciplina ai medesimi soggetti anche non stabiliti nell'Unione, quando le loro attività attengono all'offerta (non importa se gratuita) di beni e servizi nei confronti di interessati presenti nel territorio unionale (in quanto vi risiedano abitualmente e, si ritiene, senza necessità di un titolo di residenza formale)⁴¹.

A fronte del policentrismo delle competenze articolate su base nazionale, il meccanismo fondamentale della cooperazione fa leva sulla designazione di un'Autorità capofila (art. 56), deputata a coordinare le attività degli organismi omologhi degli altri Stati membri (ad eccezione dei casi in cui il trattamento è effettuato da soggetti pubblici o da soggetti privati nell'interesse pubblico) e a garantire un'applicazione omogenea della normativa, nonché a porsi come interlocutore unitario per i soggetti che effettuano trattamenti di dati di carattere transfrontaliero in quanto posti in essere mediante operazioni svolte in più Stati membri⁴².

⁴¹ Ciò argomentando ex art. 77 GDPR, che riconosce il diritto dell'interessato a proporre reclamo all'Autorità di controllo dello Stato membro in cui risiede abitualmente, svolge la propria attività lavorativa oppure in quanto in tale territorio abbia avuto luogo la violazione.

⁴² È utile rammentare che per trattamento transfrontaliero si intende, alternativamente, quello che ha luogo nell'ambito delle attività di stabilimento nell'Unione di un titolare o di un responsabile quando l'uno o l'altro sia stabilito in più di uno Stato membro; oppure il trattamento effettuato nel quadro dello stabilimento unico del titolare o del responsabile nell'Unione, che abbia o possa avere incidenza «sostanziale» su interessati in più di uno Stato membro ("considerando" 124; art. 4, punto 23). Al riguardo, il «Gruppo articolo 29» ha chiarito che un trattamento non produttivo di effetti «sostanziali» su una persona fisica è escluso dalla definizione di trasferimento transfrontaliero; vi rientra invece il trattamento che, pur non producendo tali effetti

Alla figura dell'Autorità capofila si correla il funzionamento del cosiddetto "sportello unico" (*one stop shop*) ovvero del criterio di competenza che a partire dallo stabilimento principale dei soggetti che effettuano trattamenti transnazionali individua l'Autorità a cui deve imputarsi il coordinamento delle procedure applicabili (art. 60). Il principio di territorialità che sovrintende all'azione delle Autorità nazionali preposte alla protezione dei dati conosce in questo caso un significativo temperamento, facendo spazio ad un modello di concertazione decisoria che garantisce l'effettività della disciplina allorché impedisca il cosiddetto *forum shopping*, ossia la possibilità per le imprese di collocare i propri stabilimenti in uno o in un altro Stato membro al fine di sottoporsi ai controlli di un'Autorità competente piuttosto che di un'altra.

In tale modello potrebbero altresì cogliersi, in una prospettiva più ampia, i segni del riconfigurarsi della sovranità statale in cui generalmente si riconosce il portato dell'espansione della tutela multilivello dei diritti fondamentali, e della reazione dei sistemi giuridici nazionali ai limiti che essi incontrano nell'affrontare, "*uti singuli*", fenomeni che non si arrestano ai loro confini, com'è il caso dei trattamenti transnazionali dei dati personali e dei flussi informativi di cui questi alimentano i canali digitali. Da un diverso angolo visuale, la cooperazione tra le Autorità nazionali di controllo, sviluppata orizzontalmente e tale da lasciarne intatta l'indipendenza (salvo il caso in cui sulla loro autonomia debbano prevalere decisioni adottate dal Comitato

sostanziali su interessati dislocati in diversi Stati membri (ma deve valutarsene anche la mera probabilità), è posto in essere nell'ambito delle attività svolte da un titolare o da un responsabile stabiliti in più Stati membri (*Linee guida per l'individuazione dell'Autorità di controllo capofila in relazione a uno specifico titolare del trattamento o responsabile del trattamento*, WP244 rev.01, aggiornate dal Comitato (EDPB) con le *Linee guida* 8/2022 adottate il 28 marzo 2023).

europeo per la risoluzione di conflitti tra di esse insorti), riflette la tendenza all'instaurarsi di un "federalismo esecutivo" in aree in cui l'integrazione europea non ha raggiunto livelli paragonabili a quello legislativo.

IV.1 Il «meccanismo di coerenza»

La coesione strutturale del sistema di protezione dei dati è perseguita attraverso il «meccanismo di coerenza» disciplinato dall'art. 63, che pone sulle Autorità nazionali l'obbligo generale di cooperazione reciproca e con la Commissione al fine di adottare criteri uniformi di interpretazione e di applicazione della normativa. Sotto questo profilo, le singole Autorità costituiscono i poli di un'architettura reticolare che, a suo tempo coordinata dal «Gruppo articolo 29» previsto dalla direttiva 95/46, nell'impianto del GDPR ha il suo caposaldo nel Comitato europeo sulla protezione dei dati personali (*European Data Protection Board*, EDPB), istituito quale organismo dell'Unione europea e disciplinato agli artt. 68 e 69 quanto alla sua composizione e alla sua indipendenza.

Il funzionamento di tale meccanismo, da non intendersi alternativo o residuale rispetto alle altre forme di cooperazione, ha risvolti sostanziali oltre che di mera procedura. Esso è posto a presidio del diritto alla protezione dei dati personali in quanto la «coerenza» del sistema valga a garantirlo e a renderne effettiva la tutela; ed è a tale scopo che la normativa instaura procedure tra le Autorità nazionali, la Commissione e il Comitato, le quali non si esauriscono nella leale cooperazione reciproca ma implicano, da parte degli Stati membri e in relazione alla materia disciplinata, una cessione di sovranità a favore di quest'ultimo.

Nell'ambito delle sue attribuzioni, il Comitato è abilitato ad emanare pareri obbligatori e vincolanti su questioni di

interesse generale in cui non potrebbe prescindere da indirizzi sovranazionali (caso tipico, ma non esclusivo, il trasferimento di dati personali verso Paesi terzi od organizzazioni internazionali), oppure pareri facoltativi emessi su richiesta di un'Autorità nazionale, dalla Commissione o del presidente dello stesso Comitato relativamente ad aspetti di applicazione generale o destinati a produrre effetti in più d'uno Stato membro, od ancora, di linee-guida, raccomandazioni e buone pratiche che assumono rilievo sostanziale nell'indirizzare gli orientamenti applicativi della normativa (art. 70). Ad esso è attribuito un potere decisorio relativamente alla composizione delle controversie insorte tra le Autorità di controllo, il cui fondamento evidentemente si correla alla natura del GDPR, atto legislativo direttamente applicabile in tutti gli Stati membri, e all'esigenza di assicurarne l'applicazione uniforme mediante l'intervento "nomofilattico" di tale organismo (art. 65).

Del meccanismo preordinato ad assicurare l'uniformità della disciplina il Comitato costituisce quindi l'ingranaggio principale, benché ciò risulti all'interpretazione sistematica delle disposizioni più che dalla loro formula; può presumersi che, in sede di elaborazione della normativa e per ragioni di prudenza politica, l'accento posto sugli aspetti procedurali sia servito a lasciarne sullo sfondo altri di natura sostanziale, i quali ciò nonostante potrebbero rivelarsi nell'esperienza applicativa di incidenza sostanziale e in grado di assumere nell'insieme il valore di principio generale dell'azione europea.

IV.2. Le competenze regolatorie e i poteri

Le competenze attribuite alle Autorità nazionali di controllo possono qui riassumersi con riferimento agli ambiti omogenei di attività ricavabili dall'elencazione dei loro «compiti» all'art. 57. In disparte

l'approvazione di codici di condotta e le connesse procedure di co-regolazione a cui è di seguito dedicato un autonomo paragrafo, meritano particolare considerazione, qui riunite in una schematica tassonomia, l'integrazione dei "contratti di trattamento" tra il responsabile e il titolare, la valutazione di impatto del trattamento e la certificazione dei trattamenti.

In relazione agli interventi integrativi delle pattuizioni aventi a oggetto il trattamento di dati personali, le Autorità sono abilitate ad elaborare clausole tipo utilizzabili negli accordi che, a norma dell'art. 28, il titolare stipula con il responsabile della cui attività si avvale, allo scopo di individuarvi, unitamente alla natura e agli scopi del trattamento, le modalità di utilizzazione dei dati conformi alle regole di tutela. Se di tali clausole può predicarsi il valore di indirizzi o di linee-guida, di maggiore incisività è invece dotata l'integrazione contrattuale che si esplica nell'elaborazione di *standard contract clauses* (che la precedente normativa attribuiva alla competenza della Commissione), destinate all'adozione da parte dei soggetti partecipi di attività di trasferimento di dati da, oppure verso, Paesi terzi. Al medesimo fine, di assicurare il rispetto della normativa di tutela in relazione ad attività che potrebbero altrimenti fuoriuscire dal suo ambito applicativo territoriale, è previsto che spetti alle Autorità approvare le norme vincolanti di impresa (*binding corporate rules*) adottate da gruppi imprenditoriali che al loro interno effettuano trattamenti di dati personali dislocati anche in Paesi terzi. Qualora, diversamente, l'Autorità non provveda ad elaborare le clausole integrative di simili accordi, essa è comunque competente ad autorizzare le previsioni contrattuali inserite nei contratti il cui oggetto riguardi un trasferimento di dati che coinvolge Paesi terzi od organizzazioni internazionali, anche quando una od entrambe le parti contraenti siano organismi pubblici.

La diversa modulazione del potere di integrazione contrattuale ha pertanto il suo punto di caduta nella definizione di canoni di validità degli accordi, i quali a garanzia del pubblico interesse sono imposti ai soggetti coinvolti nella gestione di flussi di dati personali che a vario titolo possono valicare i confini territoriali dell'Unione.

Quanto alla valutazione di impatto (DPIA nell'acronimo inglese), le competenze delle predette Autorità si risolvono principalmente nell'individuazione dei trattamenti che il titolare deve sottoporre a valutazione, in aggiunta a quelli per i quali ciò è espressamente previsto (ai sensi dell'art. 35); e si concretano altresì nell'autorizzazione degli altri trattamenti che, sebbene esclusi dall'obbligo di valutazione, risultano connotati da rischi specifici ad esito dell'autonoma valutazione compiuta dal titolare in ossequio al principio di *accountability*. La determinazione dei casi in cui deve applicarsi la DPIA pertanto delimita lo spazio di un apprezzamento discrezionale dell'Autorità, chiamata ad isolare (nei limiti stabiliti a livello europeo⁴³) i casi in cui attività di trattamento che sarebbero astrattamente lecite possono invece, in presenza di rischi particolari, violare i canoni di liceità e comprimere più o meno gravemente i diritti degli interessati. In questo senso, l'*impact assessment* pone le premesse per il successivo bilanciamento che l'Autorità medesima ritenga esperibile tra le posizioni sostanziali implicate dal

⁴³ Detta discrezionalità incontra i limiti posti dallo stesso sistema europeo di protezione dei dati, nel cui ambito sono state adottate, dal «Gruppo articolo 29», le *Linee guida in materia di valutazione d'impatto sulla protezione dei dati e determinazione della possibilità che il trattamento "possa presentare un rischio elevato" ai fini del regolamento (UE) 2016/679*, del 4 aprile 2017 (WP 248 rev.01). A norma dell'art. 35, par. 6, l'elenco dei trattamenti ad alto rischio redatto dalle Autorità è inoltre sottoposto al meccanismo di coerenza, ed è quindi oggetto del previo parere del Comitato per la protezione dei dati personali.

trattamento, eventualmente imponendo al titolare, con un atto provvedimentale il cui procedimento riserva spazio anche alla partecipazione di interessati, l'adozione di misure idonee a neutralizzare il pericolo di cui sia stata constatata la sussistenza.

Ambito ulteriore di competenza delle Autorità nazionali di controllo è quello delle certificazioni, oggetto di attività non limitate ad incoraggiarne la diffusione bensì concernenti l'intero spettro dei relativi meccanismi (art. 57). Esse infatti definiscono e approvano i criteri per la certificazione, e provvedono al loro rilascio potendo sottoporle a riesame e nel caso disporre la revoca. In modo analogo, le Autorità definiscono i criteri di accreditamento degli organismi di certificazione (previsti dall'art. 43) e possono direttamente accreditarli qualora il compito non sia delegato ad un organismo nazionale a ciò abilitato⁴⁴. La certificazione così rilasciata pone il destinatario in condizione di avvalersi di una presunzione di conformità alla normativa (in modo analogo all'adesione ad un codice di condotta); ciò nonostante tali effetti di rilevanza probatoria non riducono «la responsabilità del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento riguardo alla conformità al presente regolamento» (art. 42, par. 4).

Ai «compiti» enumerati all'art. 57 si correlano i «poteri» enumerati alla disposizione successiva, i quali in larga parte riproducono le attribuzioni che alle Autorità conferiva la normativa abrogata. Le funzioni disciplinate dall'art. 58 si riconducono infatti allo schema consueto delle attività di indagine, di autorizzazione, consultive e di tipo correttivo e sanzionatorio, accomunate dal carattere strumentale rispetto all'obiettivo di dare attuazione al GDPR.

⁴⁴ Come noto, in Italia tale compito è stato conferito all'Ente unico nazionale di accreditamento – identificato in Accredia – in esecuzione della convenzione conclusa nel 2019 con il Garante per la protezione dei dati personali.

L'esercizio di poteri di indagine da parte delle Autorità dà luogo ad «attività di revisione della protezione dei dati» nonché di «riesame delle certificazioni rilasciate»; a queste si aggiungono le attività di natura ispettiva consistenti nell'acquisizione di dati ed informazioni e nell'accesso ai luoghi dove si detengono, operazioni che possono essere intraprese attraverso un procedimento avviato d'ufficio o ad iniziativa di parte (a seguito di reclami o di segnalazioni di soggetti interessati).

L'accertamento di violazioni che ne sia risultato è propedeutico al procedimento diretto a contestarle e se del caso ad adottare provvedimenti di carattere sanzionatorio, che possono colpire comportamenti eventualmente (ma non necessariamente, secondo la lettera dell'art. 58) già oggetto dell'esercizio di altre misure correttive.

Nel disegno del GDPR, i poteri correttivi delle Autorità nazionali di controllo replicano caratteri generalmente tipici delle attribuzioni paragiurisdizionali delle autorità indipendenti e, come per queste ultime, la legittimità del loro esercizio riposa sul rispetto delle essenziali regole procedurali fondate sul principio del contraddittorio⁴⁵. Nella loro tipologia tali poteri tuttavia aderiscono alla particolare materia che ne è oggetto, esplicandosi in provvedimenti di valenza conformativa delle condotte dei soggetti titolari o responsabili di trattamenti di dati qualora queste si traducano o possano in futuro tradursi in infrazioni della normativa di protezione dei dati, oppure in misure dirette a

⁴⁵ I requisiti inderogabili della disciplina procedimentale per l'esercizio di poteri correttivi e sanzionatori sono individuati dal Codice in materia di protezione dei dati personali, che di essa afferma la necessaria conformità «ai principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione, nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione» (art. 166, c. 9, del Codice come novellato dal d. lgs. n. 101/2018).

garantire i diritti degli interessati mediante ammonimenti od ordinanze con i quali sia sollecitato o ingiunto l'adempimento dei soggetti anzidetti.

Oltre ai poteri consultivi e autorizzativi, la cui previsione è speculare alle attività istruttorie e regolatorie già disciplinate in via sostanziale dall'art. 57, va richiamato l'ulteriore potere attribuito alle Autorità di agire in via giudiziale od anche stragiudiziale (quest'ultimo è il punto di novità rispetto alla direttiva del 1995) per ottenere il rispetto delle regole poste dal GDPR. Nel contesto in cui ne è fatta previsione, il potere di azione appare peraltro vocato a perseguire un *quid pluris* rispetto all'applicazione delle norme e alla reintegrazione dei diritti che l'Autorità può autonomamente conseguire in via provvedimentale e attraverso l'esercizio degli altri suoi poteri: ciò consiste – come si è osservato – nell'interesse a che su questioni rilevanti o controverse si pronunci l'autorità giurisdizionale, e si formi in tal modo un'interpretazione delle norme dotata di maggiore forza rispetto a quella propria di un provvedimento amministrativo, come tale superabile da successive decisioni e perciò meno stabile della cosa giudicata⁴⁶.

V. Le sanzioni

Lo scrupolo di assicurare l'effettività delle regole poste e delle relative tutele è presente nelle disposizioni in tema di competenza giurisdizionale, dirette ad agevolare la proposizione di azioni e ricorsi mediante

la previsione di fori alternativi (art. 79, par. 2), nonché nella previsione del diritto al risarcimento per il danno patrimoniale o non patrimoniale eventualmente cagionato dal trattamento effettuato in violazione delle prescrizioni regolamentari (art. 82). In relazione a quest'ultimo profilo, è affermato un principio di corresponsabilità tra il titolare e il responsabile (secondo la ripartizione dei relativi compiti normativamente delineata) nonché di responsabilità in solido nel caso di una pluralità di soggetti titolari o responsabili di un medesimo illecito trattamento.

A presidio dell'efficace *enforcement* della disciplina è altresì definito un apparato sanzionatorio non limitato alle sanzioni propriamente penali (art. 84), ma fondato su sanzioni amministrative le quali, dovendo risultare – secondo la formula rituale⁴⁷ – «in ogni singolo caso effettive, proporzionali e dissuasive» (art. 83, par. 1), si risolvono nell'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie il cui importo è determinabile in misura anche assai elevata da parte delle Autorità di controllo, e si configurano pertanto come uno strumento deterrente rispetto a violazioni che potrebbero altrimenti rispondere a criteri di efficienza economica nella prospettiva di chi volesse compierle. Le Autorità sono infatti abilitate a stabilire il *quantum* della sanzione alla luce non soltanto della oggettiva gravità della violazione, da valutarsi in base ai parametri enumerati all'art. 83 (assieme ai fattori aggravanti e alle eventuali esimenti) e alla quale si commisura l'ammontare sanzionato (fino ad una soglia massima variabile da 10 a 20 milioni di euro per le maggiori infrazioni), ma anche in relazione alle dimensioni dell'impresa

⁴⁶ Al riguardo può segnalarsi che, mentre il Garante per la protezione dei dati personali è normalmente considerato litisconsorte necessario nei giudizi di opposizione nei confronti di un suo provvedimento, l'art. 152, c. 9 del Codice in materia di protezione dei dati personali consente al Garante, che non sia parte del giudizio, di presentare osservazioni e di realizzare in tal modo un sostanziale intervento.

⁴⁷ Il sintagma che qualifica le sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive» risale notoriamente alla sentenza sul «mais greco» della Corte di giustizia (*Commissione c. Grecia*, 21 settembre 1989, C-68/88) e ricorre – in senso ora prescrittivo, ora ottativo – negli atti legislativi e nei documenti dell'Unione.

che ne sia responsabile: cosicché l'importo della sanzione è determinato in misura percentuale (a seconda dei casi, del 2% o del 4 %) del suo fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, ove questo sia superiore alle soglie edittali massime.

Le pene pecuniarie dunque rappresentano il fulcro del sistema sanzionatorio introdotto dal GDPR, da questo direttamente attribuito alle Autorità di controllo e fondato su sanzioni formalmente amministrative, ma sostanzialmente penali stante il loro tenore afflittivo e deterrente. Ciò comporta che nei relativi procedimenti debbano trovare applicazione le garanzie individuate dalla giurisprudenza della Corte EDU per le misure sanzionatorie che, in base alla natura della violazione o della severità della sanzione e caratterizzandosi per la funzione preventiva, repressiva e punitiva, afferiscono alla materia penale indipendentemente dalla qualificazione degli illeciti sanzionati resa dagli ordinamenti nazionali⁴⁸. Alle garanzie procedurali radicate nella CEDU si affiancano quelle scolpite dalla CDFUE in materia di giustizia (agli artt. 47 e ss. della Carta) e recepite dalla Corte di Lussemburgo, tra cui il diritto ad un ricorso effettivo, la presunzione di innocenza e i diritti della difesa, i principi di legalità e proporzionalità dei reati e delle pene, il principio del *ne bis in idem*⁴⁹.

L'esercizio di tale potere sanzionatorio, mentre ha segnato una significativa differenza rispetto alla previsioni dell'abrogata

direttiva 95/46⁵⁰, ha dato origine ad una cospicua mole di precedenti la cui varietà è indicativa dell'ampia casistica finora affrontata dalle Autorità di controllo, nonché del diverso tono che la loro discrezionalità, per quanto sottoposta alle garanzie procedurali contemplate dal diritto dell'Unione e degli Stati membri, tende ad assumere negli ordinamenti nazionali (potendo finanche risolversi nella decisione di non comminare sanzioni in tutti i casi nei quali esse riscontrino una violazione dei dati personali⁵¹); ciò, con possibili riflessi sul grado di prevedibilità delle misure sanzionatorie, che hanno reso opportuna la formulazione di criteri uniformi da parte del Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB)⁵².

Profili di incertezza hanno d'altronde riguardato i presupposti dell'irrogazione delle sanzioni per la violazione di norme sul trattamento di dati personali, ambito in cui solo di recente la Corte di giustizia ha fissato punti fermi pronunciandosi sulla necessaria sussistenza dell'elemento soggettivo nella violazione e sui criteri di imputazione degli illeciti amministrativi. Con due recenti decisioni, la Corte ha statuito che l'art. 83 GDPR deve interpretarsi nel senso che una sanzione amministrativa pecuniaria può essere irrogata, ai sensi

⁴⁸ V., e *multis*, Corte EDU, sentenza 8 giugno 1976, *Engels e altri c. Paesi Bassi*, caso n. 5100/71; sentenza 10 giugno 1996, *Benham c. Regno Unito*, caso n. 19380/92; sentenza 1° febbraio 2005, *Ziliberg c. Moldavia*, n. 61821/03.

⁴⁹ Merita al riguardo segnalare che, allo stato, una revisione ed integrazione delle norme procedurali è materia della Proposta di regolamento, del Parlamento europeo e del Consiglio, che stabilisce norme procedurali aggiuntive all'applicazione del regolamento (UE) 2016/678, COM(2023) 348 final.

⁵⁰ La direttiva 95/46 si limitava a stabilire, all'art. 24, che gli Stati membri dovessero prevedere «misure sanzionatorie appropriate» applicabili in caso di violazione delle norme di sua attuazione; nella sua genericità il riferimento era dunque meramente riproduttivo del dovere previsto all'art. 10 TCE (ora confluito nell'art. 4, par. 3, TUE) di adottare tutte le misure di carattere generale e particolare che assicurino l'esecuzione degli obblighi derivanti dall'ordinamento comunitario.

⁵¹ Corte di giustizia, sentenza 26 settembre 2024, *TRc. Land Hessen*, C-768/21 (ECLI:EU:C:2024:785).

⁵² Sui criteri di calcolo, «statici» e «dinamici», delle sanzioni amministrative pecuniarie e sulla conformità delle relative decisioni alle previsioni regolamentari, l'EDPB ha adottato il 24 maggio 2023 le apposite *Guidelines 04/2022 on the calculation of administrative fines under GDPR*.

di tale disposizione, solo qualora venga accertato che la violazione prevista da tale disposizione è stata commessa dal titolare con dolo o colpa. La Corte ha inoltre chiarito che, ai medesimi fini, non occorre che la violazione sia preventivamente imputata ad una persona fisica identificata⁵³. Ne risulta il principio per cui gli Stati membri non dispongono di alcun margine di discrezionalità quanto alla definizione della struttura degli illeciti, né possono prevedere nelle loro legislazioni la sanzionabilità di una violazione a titolo di responsabilità oggettiva, essendo l'elemento soggettivo un requisito dell'illecito stabilito dal GDPR.

VI. I codici di condotta

Un'importante fonte di integrazione della disciplina dettata dal GDPR è costituita dai codici di condotta, atti il cui consolidarsi nel diritto dell'Unione non ha fatto venire meno la problematicità dell'inquadramento, stante la loro natura non assimilabile agli schemi consueti del *soft law* e degli strumenti autodisciplinari, e tendente all'ibridazione di modelli di matrice privatistica con caratteri tipici degli atti normativi a valenza generale.

La positiva valutazione del legislatore europeo circa il "rendimento" di questi strumenti, previsti in origine dalla direttiva del 1995 (all'art. 27), è attestata dalla loro trasposizione nel GDPR (all'art. 40) e dalla articolata fisionomia che essi vi ricevono, a seconda che il corrispondente ambito di applicazione sia limitato ad un singolo Stato membro oppure – come è da attendersi nel contesto dei mercati dei

servizi digitali – riguardare più Stati membri, e in tal caso acquisire validità generale all'interno dell'Unione con il suggello di un apposito atto di esecuzione adottato dalla Commissione. Il comune presupposto è che i codici di condotta contribuiscano all'effettività della disciplina, in quanto capaci di apportarvi, con la flessibilità e la duttilità che sono loro proprie, le specificazioni e le integrazioni necessarie a farla penetrare nei diversi settori applicativi e a modularla in relazione alle varie tipologie di trattamento.

A tale scopo l'elaborazione dei codici di condotta è incentivata dalle Autorità di controllo, le quali danno impulso al relativo *iter* di formazione in virtù del ruolo promozionale e di incoraggiamento che loro compete (e che si presume da queste assolto in modo prioritario, benché il medesimo compito sia condiviso dagli Stati membri, dal comitato europeo per la protezione dei dati e dalla Commissione⁵⁴). Peraltro, un contributo risolutivo può venire dalle Autorità predette già in una fase introduttiva e preparatoria all'elaborazione dei codici, al momento di provvedere, nella veste di amministrazioni procedenti, a verificare la rappresentatività degli organismi proponenti nonché all'individuazione e alla designazione delle parti controinteressate, la cui consultazione da parte degli "autori" dei codici è prevista affinché questi ultimi possano riceverne le osservazioni e tenerle presenti (come si prospetta nel "considerando" n. 99). Ancora alle Autorità di controllo spetta provvedere al vaglio di conformità e alla finale approvazione dei codici, in esercizio di una discrezionalità che trova argine, anche in questo caso, negli indirizzi generali definiti al livello dell'Unione e dalla cui osservanza dipende la legittimità degli atti di approvazione⁵⁵. Una volta approvati, i

⁵³ Corte di giustizia, sentenza 5 dicembre 2023, *Nacionalinis visuomenės sveikatos centras prie Sveikatos apsaugos ministerijos v. Valstybinė duomenų apsaugos inspekcija*, C-683/21 (per semplicità di lettura richiamata dai commentatori come sentenza *Karantinas*); Corte di giustizia, sentenza 5 dicembre 2023, *Deutsche Wohnen SE c. Staatsanwaltschaft Berlin*, C-807/21.

⁵⁴ Art. 40, 1° par.; art. 57, 1° co., lett. m).

⁵⁵ Si veda EDPB, *Guidelines 1/2019 on Codes of Conduct and Monitoring Bodies under Regulation 2016/679*, 4 giugno 2019 (seconda versione).

codici dispiegano un'efficacia normativa di rilievo pubblicistico, in quanto la loro adozione e il rispetto delle relative previsioni costituiscono «condizione essenziale per la liceità e la correttezza del trattamento di dati personali»⁵⁶.

Malgrado l'ascendenza autoregolamentare del modello, la «scrittura» dei codici è perciò avviata verso esiti predeterminati, se non in relazione allo specifico contenuto delle regole – di cui il GDPR enumera a titolo esemplificativo le possibili materie⁵⁷ –, certamente quanto al loro

⁵⁶ Così nella prosa dell'art. 2 *quater*, c. 4, del vigente Codice in materia di protezione dei dati personali.

⁵⁷ In relazione al contenuto dei codici di condotta, l'art. 40, par. 2 enumera a titolo esemplificativo le materie che essi possono disciplinare mediante previsioni di dettaglio o comunque riferite ad aspetti puntuali delle attività di trattamento implicate. L'elenco comprende, in particolare, i profili inerenti ai requisiti fondamentali di correttezza e trasparenza del trattamento; l'individuazione del legittimo interesse perseguito dal titolare nei contesti specifici, e dunque in relazione a determinate categorie di trattamento (così da poterlo enunciare nel codice a fondamento della liceità delle relative operazioni); la raccolta dei dati personali (con riguardo alle relative modalità, *ex artt.* 13 e 14, lett. *d*); il ricorso alla pseudonimizzazione dei dati (di cui all'art. 32, par. 1, lett. *a*); gli obblighi di informazione (verso il pubblico in generale oltre che i singoli interessati); l'informazione e le modalità di acquisizione del consenso in relazione specifica alla tutela dei minori; l'esercizio dei diritti da parte degli interessati (di cui agli artt. 12-21) comprese le procedure stragiudiziali per comporre le eventuali controversie (salvo il diritto dei medesimi di proporre reclamo all'Autorità di controllo e di titolare e del responsabile del trattamento, ai sensi degli artt. 77 e 79); il trasferimento dei dati verso Paesi terzi od organizzazioni internazionali (art. 46, par. 2, lett. *e*); le procedure di notifica delle violazioni dei dati personali all'Autorità di controllo, e la relativa comunicazione da rendere all'interessato (*ex artt.* 33, 34); l'adozione di misure tecniche e organizzative adeguate, anche relativamente alla *privacy by design* e *by default* (artt. 24, 25), e le misure predisposte per la sicurezza del trattamento e dei sistemi (il riferimento è agli artt. 24, 25 e 32, e alle ipotesi per le quali l'adesione a un codice di condotta può utilizzarsi quale elemento di prova della conformità).

procedimento di formazione, improntato al modello della co-regolazione. Si aggiunga che, per poter essere considerati conformi alla disciplina regolamentare, i codici – quali ne siano i contenuti di dettaglio in relazione ai variabili contesti delle attività di trattamento – devono contenere tra le proprie clausole i «meccanismi», ossia i modelli procedurali, mediante i quali l'«organismo di controllo» (di cui all'art. 41, par. 1) pone in essere la propria vigilanza sul rispetto dei codici medesimi da parte dei soggetti che vi sono obbligati, fatti salvi i poteri e i compiti dell'Autorità di controllo (competente anche all'accreditamento di tali *monitoring bodies* e a provvedere alla definizione dei relativi criteri). La distanza di tali codici dal «puro» modello autodisciplinare si misura pertanto in relazione all'efficacia da questi conseguita attraverso le verifiche di conformità compiute prima della loro adozione e per effetto degli atti approvativi delle Autorità di controllo, e conservata in virtù dell'operatività (e in base agli esiti) di controlli compiuti *ex post* attraverso il «monitoraggio» di cui sono oggetto da parte di organismi accreditati e mediante sistemi di certificazione (artt. 42, 43).

Una ulteriore caratteristica dei codici in questione (tutt'altro che residuale se considerata nella prospettiva della circolazione dei modelli giuridici od anche limitatamente alle dinamiche del cosiddetto «*Bruxelles effect*»), è la loro attitudine a farsi veicolo del diritto dell'Unione attraverso una diffusione non limitata ai Paesi membri in cui sono stati stipulati. È infatti previsto che i titolari e i responsabili del trattamento i quali, non stabiliti nell'Unione Europea né autori di trattamenti di dati di interessati che si trovano nell'Unione, sono perciò estranei alla portata applicativa del GDPR e non obbligati al suo rispetto, possono comunque aderire ai codici e in tal modo sottoporsi volontariamente ad oneri di garanzia conformi alla disciplina europea in relazione al trasferimento di dati

all'estero, con il corredo di un impegno giuridicamente vincolante ed azionabile dotato dell'efficacia tipica del contratto (art. 40, par. 3). In una simile ipotesi, contestualmente al trasferimento di dati personali in un Paese terzo può avere luogo l'esportazione del modello europeo di tutela od almeno di suoi canoni fondamentali; la loro vocazione a propagarsi è del resto consona al principio di effettività della disciplina dovendo questo perseguirsi nella scala globale connaturata alla ultraterritorialità dei mercati digitali.

VII. Il trasferimento dei dati verso Paesi terzi

All'indomani dell'entrata in vigore del GDPR è emerso quale aspetto cruciale della disciplina, in termini di complessità applicativa e anche sul piano dei rapporti tra l'Unione Europea e altri quadranti geopolitici, quello del trasferimento dei dati personali verso Paesi non appartenenti allo Spazio Economico Europeo. Relativamente a tale aspetto, l'applicazione del regolamento è valsa a mettere in luce una componente specifica del suo contenuto se non la presenza di un sotto-sistema normativo: mentre il principio della libera circolazione dei dati governa i flussi tra soggetti stabiliti all'interno dell'Unione nel presupposto che vi sia garantito un uniforme livello di tutela, il trasferimento dei dati fuori dell'Unione attiva tutele e limitazioni particolari sull'assunto che i diritti degli interessati possano mancare delle fondamentali garanzie una volta trasferiti i loro dati là dove il diritto europeo non può applicarsi.

Ciò rende ragione delle apposite prescrizioni che, con antecedenti nella direttiva 95/46, sono dettate dal GDPR e formano all'interno del testo normativo una *lex specialis* applicabile al solo fine di

disciplinare detti trasferimenti, compresi quelli successivi ai primi e che si svolgono in un circuito interamente esterno all'Unione, in quanto hanno luogo «da un Paese terzo o un'altra organizzazione internazionale verso un altro Paese terzo o un'altra organizzazione internazionale» (art. 44).

In conformità a queste regole, il titolare e il responsabile del trattamento possono dare corso a simili trasferimenti soltanto in presenza di alcune condizioni. Prima fra queste, la decisione di adeguatezza con cui la Commissione abbia stabilito, mediante proprio atto di esecuzione, che nel Paese terzo (o in un territorio che ne fa parte) oppure presso l'organizzazione internazionale meta di destinazione del trasferimento dei dati è garantito un livello di protezione adeguata. La sussistenza di tali garanzie è valutata dalla Commissione in base ad uno scrutinio che abbraccia gli istituti dello «stato di diritto, il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali» e ne considera il merito con riguardo alla legislazione che vi è vigente e alla prassi attuativa, per sottoporre ad esame le «norme in materia di protezione dei dati, le norme professionali e le norme di sicurezza, comprese le norme per il trasferimento successivo» verso altri paesi od organizzazioni. La serie delle condizioni qualificanti l'adeguatezza annovera inoltre l'esistenza e l'effettivo funzionamento di una o più Autorità di controllo indipendenti – a cui si correla la possibilità di un ricorso effettivo in sede amministrativa e giudiziaria – e gli impegni internazionali eventualmente assunti dal Paese o dall'organizzazione verso cui è diretto il trasferimento (art. 45, “considerando” 104).

Nella definizione di tale nucleo normativo all'interno del GDPR il legislatore europeo ha recepito l'esperienza interpretativa maturata in relazione alla complessa vicenda che ha riguardato gli accordi conclusi tra l'UE e gli USA per il trasferimento di dati personali venuti all'esame

della Corte di giustizia a seguito dei ricorsi presentati da Maximilian Schrems nella vigenza della direttiva del 1995. Nella prima delle sentenze pronunciate, con cui la Corte ha invalidato l'accordo cosiddetto "Safe Harbor", il collegio ha stabilito che condizione essenziale di una decisione di adeguatezza è il previo accertamento da parte della Commissione dell'esistenza, nel Paese terzo interessato, di un livello di protezione dei dati personali «sostanzialmente equivalente» a quello garantito nell'Unione in virtù della sua normativa, da interpretarsi alla luce della Carta dei diritti fondamentali⁵⁸.

Sorte non diversa ha avuto la decisione con cui la Commissione aveva convalidato il successivo accordo bilaterale (cosiddetto *Privacy Shield*): essa egualmente non ha superato il vaglio della Corte di Lussemburgo intervenuta ad esaminarla a seguito di un'azione in giudizio esperita dal medesimo ricorrente, avendovi i giudici rilevato la carente considerazione dei rischi per i diritti degli interessati, determinati dalla possibile sottoposizione dei loro dati personali, una volta trasferiti negli Stati Uniti (e nonostante l'utilizzazione di clausole contrattuali tipo approvate dalla Commissione ma non vincolanti per le autorità pubbliche di un Paese terzo), alle ingerenze determinate da programmi di sorveglianza (in applicazione specialmente della *section 702 del Foreign Intelligence*

Surveillance Act) senza che fossero previste misure idonee a garantire, nel rispetto del principio di proporzionalità, un livello di protezione nella sostanza equivalente al «contenuto essenziale» del diritto alla protezione dei dati garantito dall'art. 52, par. 1, CDFUE⁵⁹.

Non sfugge come l'impostazione normativa derivata dai richiamati arresti giurisprudenziali, orientata non alla mera conformità a parametri normativi assimilabili a quelli europei ma ad indicatori di ordine sostanziale, sia tributaria del già noto concetto della *accountability*, tanto più la Commissione è ora tenuta a verificare periodicamente la sussistenza delle condizioni di fatto e di diritto sulla cui base essa ha rilasciato la decisione di adeguatezza (art. 45, par. 4), e a disporre di questa la modifica o la revoca qualora dette condizioni risultino mutate oppure siano venute meno (art. 45, par. 5)⁶⁰.

Da tali premesse discende il nuovo accordo-quadro per il trasferimento di dati personali tra Unione europea e USA – cosiddetto *Data Privacy Framework* –, approvato nel vigore del GDPR e validato dalla Commissione con la decisione adottata il 10 luglio 2023⁶¹. Nella ricerca dell'equilibrio tra le ragioni della circolazione dei dati necessaria allo sviluppo dell'economia digitale e quelle della loro

⁵⁸ Corte di giustizia (Grande Sezione), *Schrems c. Data Protection Commissioner*, 6 ottobre 2015, C-362/14 (ECLI:EU:C:2015:650). La decisione della Corte è stata resa su questione pregiudiziale della *High Court of Ireland* nel caso che ha riguardato il rigetto da parte dell'Autorità di controllo irlandese della denuncia presentata da Maximilian Schrems, cittadino austriaco, in relazione all'inadeguatezza del diritto e della prassi statunitense a garantire in modo effettivo il diritto alla protezione dei dati personali di residenti dell'Unione, trasferiti e conservati negli Stati Uniti da una nota piattaforma digitale accessibile anche in Irlanda e sottoposti a programmi pubblici di sorveglianza nel Paese terzo di destinazione.

⁵⁹ Corte di giustizia (Grande Sezione), *Data Protection Commissioner c. Facebook Ireland Ltd, Maximilian Schrems*, intervenienti: *The United States of America, EPIC, BSA, Digitaleurope*, 16 luglio 2020, C-311/18 (ECLI:EU:C:2020:559).

⁶⁰ Anche in questo ambito il «Gruppo articolo 29» ha adottato linee-guida, costituite dai *Criteri di riferimento per l'adeguatezza*, WP254 rev.01, 6 febbraio 2018.

⁶¹ Decisione di esecuzione (UE) 2023/1795 della Commissione del 10 luglio 2023 a norma del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio sul livello di protezione adeguato dei dati personali nell'ambito del quadro UE-USA per la protezione dei dati personali, in *G.U.U.E.* L231 del 20 settembre 2023.

tutela rispetto a controlli esterni, la cui pervasività si è in precedenza manifestata in misura inversamente proporzionale all'effettività delle garanzie, l'accordo contempla, tra l'altro, obblighi di protezione in capo alle imprese dell'Unione che trasferiscono dati personali, e guarentigie in materia di accesso ai dati da parte delle Istituzioni statunitensi per finalità di sicurezza pubblica e di *law enforcement*. È inoltre prevista l'attivazione di strumenti di tutela per gli interessati, quali il ricorso gratuito ad organismi indipendenti abilitati alla risoluzione delle controversie o, a determinate condizioni, alle Autorità di *data protection* degli Stati membri dell'Unione (anche in relazione ad aspetti rilevanti per la sicurezza nazionale).

Ad ispirare l'accordo, in altre parole, è la ricerca sintonia tra i criteri fondanti l'adeguatezza alla luce della normativa europea ed aspetti inerenti all'ordine globale del mercato: ciò in coerenza con la natura "bicipite" della normativa medesima e secondo una considerazione pragmatica delle relazioni commerciali, in atto o potenziali, dell'Unione con Paesi terzi e del ruolo assunto dai flussi di dati personali, non ultima l'aspirazione dell'Unione a diffondere il proprio "catechismo" in materia di protezione dei dati.

Il *favor* per la circolazione dei dati, o quanto meno l'esigenza di non sottoporla a sproporzionate limitazioni, emerge, d'altra parte, in relazione ai casi in cui manchi la decisione di adeguatezza della Commissione. È previsto in tale ipotesi che il trasferimento verso un Paese terzo possa avere luogo ove il titolare o il responsabile del trattamento forniscano garanzie adeguate, la cui tipologia varia, nella dettagliata previsione dell'art. 46, a seconda che l'Autorità di controllo abbia o meno rilasciato la sua autorizzazione, e comprende strumenti sia di diritto pubblico che privatistici. In presenza di tale autorizzazione, le garanzie possono essere costituite dalle disposizioni di accordi amministrativi tra autorità od organismi

pubblici che prevedano «diritti effettivi e azionabili per gli interessati», od altrimenti da clausole contrattuali appositamente pattuite tra i soggetti che effettuano il trattamento ed estese alle operazioni da compiere nel Paese terzo; nell'altro caso, esse si sostanziano nell'adozione di uno strumento connotato da vincolatività giuridica e «avente efficacia esecutiva tra autorità pubbliche o organismi pubblici», o in alternativa (senza che una soluzione escluda l'altra) di norme vincolanti d'impresa (previste all'art. 47), di clausole tipo approvate dalla Commissione (secondo la procedura di cui all'art. 93), di codici di condotta (*ex art.* 40) o di meccanismi di certificazione (previsti all'art. 42).

In assenza di ogni altro presupposto e in via derogatoria, è inoltre possibile trasferire i dati personali in specifiche situazioni che fanno leva sulla volontà della persona interessata e sulle sue consapevoli scelte, oppure sulla protezione di suoi fondamentali diritti. Il trasferimento dei suoi dati è ammesso – tra le altre ipotesi – quando l'interessato vi abbia acconsentito dopo essere stato informato dei relativi rischi dovuti alla mancanza di una decisione di adeguatezza e di garanzie adeguate, e il trasferimento sia necessario per l'esecuzione di un contratto o di accordi precontrattuali di cui l'interessato è parte o che devono eseguirsi in suo favore, oppure per «importanti motivi pubblici», per la difesa giudiziale o l'accertamento di un diritto o per la tutela di interessi vitali del medesimo interessato o di altre persone quando egli si trovi nell'incapacità fisica o giuridica di prestare il consenso (art. 49)⁶². Dalla trama delle previsioni derogatorie e in assenza delle tutele tipizzate dalle decisioni di adeguatezza e dall'adozione di

⁶² Sui requisiti del consenso dell'interessato (esplicito e informato) e sul *necessity test* da applicare relativamente al trasferimento dei suoi dati personali motivato dall'esecuzione di un contratto o dalla difesa in giudizio di un diritto, ai sensi dell'art. 49, v., dell'EDPB, le *Linee-guida 2/2018 sulle deroghe di cui all'articolo 49 del regolamento 2016/679*, 25 maggio 2018.

garanzie adeguate, affiorano i contorni del bilanciamento che di volta in volta deve assicurarsi tra il perseguimento di interessi legittimi e i rischi a cui si espongono i diritti e le libertà dell'interessato.

VIII. Una recente proposta della Commissione di modifica del GDPR

Le esigenze connesse alla competitività delle imprese e allo sviluppo del mercato unico sono il *leitmotiv* che ha accompagnato la disciplina europea di protezione dei dati fin dal suo esordio e in ogni stadio del suo sviluppo, talora suggerendo l'adozione di misure intese ad ottenere effetti di ulteriore semplificazione degli adempimenti che ne derivano od anche a perseguire la rimozione di ostacoli ravvisati nella vigenza di talune previsioni.

Principali strumenti di monitoraggio dello stato di implementazione e del complessivo rendimento del GDPR sono le relazioni della Commissione previste dall'art. 97, presentate al Parlamento europeo e al Consiglio a cadenza periodica (la prima entro il 25 maggio 2020 e le successive ogni quadriennio) e propedeutiche ad eventuali modifiche della normativa⁶³. Sebbene la disposizione identifichi gli argomenti principali della relazione nella dimensione internazionale del GDPR (trasferimento dei dati personali verso Paesi terzi) e in quella interna all'Unione (relativamente alla coerenza della sua applicazione), essa non preclude valutazioni ulteriori e d'insieme.

Ciò ha consentito alla Commissione, nella prima relazione presentata nel 2020⁶⁴,

⁶³ Analoghe relazioni presenta, su base annuale, il Comitato europeo per la protezione dei dati personali.

⁶⁴ Comunicazione della Commissione europea, *La protezione dei dati come pilastro dell'au-*

di formulare un giudizio sostanzialmente positivo sull'efficienza della disciplina complessivamente considerata, e di individuare aspetti – di natura perlopiù procedurale – che avrebbero dovuto stabilizzarsi nell'applicazione; in ragione del suo approccio “conservativo”, essa nondimeno si attirava critiche sia di merito per avere mancato l'occasione di prevederne semplificazioni che soprattutto agevolassero le PMI, sia di metodo, per essersi distaccata dai canoni generali che presiedono alla valutazione *ex post* della legislazione dell'Unione⁶⁵. Dell'opinione in precedenza formulata la Commissione ha nondimeno dato conferma nella seconda relazione presentata nel 2024, sostenendovi, in particolare, che il GDPR abbia «creato condizioni di parità per le imprese che operano nel mercato interno», e che «il suo approccio tecnologicamente neutro e favorevole all'innovazione consente alle imprese di ridurre la burocrazia e di godere di una maggiore fiducia da parte dei consumatori»⁶⁶.

Come facilmente si constata, i profili problematici della onerosità della norme sulla protezione dei dati e dell'ostacolo che queste si ritiene rappresentino per la competitività delle imprese europee costituiscono una costante dell'intero arco evolutivo della disciplina.

tonomia dei cittadini e dell'approccio dell'UE alla transizione digitale: due anni di applicazione del regolamento generale sulla protezione dei dati, 26 aprile 2020, COM(2020) 264 def.

⁶⁵ Il riferimento è all'«Agenda UE» inaugurata dalla Comunicazione della Commissione *Legiferare meglio per ottenere risultati migliori*, 19 maggio 2015, COM(2015) 115 def., seguita da un poderoso corpus di linee-guida e di documenti d'indirizzo.

⁶⁶ Comunicazione della Commissione europea, *Seconda Relazione sull'applicazione del regolamento generale di protezione dei dati*, 25 luglio 2024, COM(2024) 357 def.

Il tema si è dibattuto anche in occasione della recente proposta di modifica del GDPR (e di normative correlate) presentata dalla Commissione⁶⁷ allo scopo di estendere alcune misure di mitigazione, già previste a favore di piccole e medie imprese (PMI), alle cosiddette *small mid-cap enterprises* (SMC). L'intento è di applicare anche a questa categoria di imprese, di dimensione intermedia e individuate in base a determinati requisiti di capitalizzazione, le previsioni vigenti che mirano «ad alleggerire gli oneri amministrativi, a ridurre o eliminare le barriere all'ingresso nel mercato, a facilitare la conformità, a considerare la situazione specifica delle PMI nell'attuazione degli obblighi e nella valutazione dell'impatto economico e sociale di tali obblighi, a fornire orientamenti, sostegno e assistenza specifici alle PMI». La semplificazione normativa, torna perciò ad essere considerata come uno degli strumenti per conseguire la «prosperità e competitività» delle imprese, sebbene dai più scettici essa venga presentata come un obiettivo che ha in sé la propria giustificazione.

L'iniziativa in questione non si prefigge una sistematica revisione del GDPR ma contempla una serie di interventi puntuali. In primo luogo, la figura della SMC verrebbe aggiunta al quadro delle definizioni di cui all'art. 4, e individuata *per relationem* mediante il rimando alla Raccomandazione della Commissione europea⁶⁸ che di tali

imprese riporta i caratteri distintivi (individuati in base al numero dei dipendenti e alla soglia del fatturato o del bilancio annuo): soluzione che appare discutibile sul piano della tecnica normativa, poiché prevede che un atto normativo situato al livello più elevato della gerarchia delle fonti del diritto dell'Unione, ed immediatamente precettivo, sia integrato dal rinvio ad una fonte priva di efficacia vincolante, che intervenendo sulle sue definizioni concorrerebbe a delimitarne l'ambito di applicazione materiale.

Nel merito, la proposta di regolamento intende ampliare le deroghe previste dal GDPR relativamente all'obbligo di tenuta del registro delle attività di trattamento (posto all'art. 30 del regolamento), ovvero del documento che censisce e descrive i trattamenti effettuati dal titolare o dal responsabile, ed è quindi idoneo a rappresentare il «diario di bordo» della singola organizzazione relativamente alle attività di trattamento di dati che ad essa fanno capo. La regola vigente esonera da tale obbligo, a determinate condizioni, le imprese e le organizzazioni con meno di 250 dipendenti, soglia che le nuove norme, se approvate, innalzerebbero a 750, fermo il limite della natura «sensibile» dei dati o del rischio elevato che il trattamento dei dati dovesse comunque comportare per i diritti e le libertà delle persone fisiche.

La gestione del registro dei trattamenti può in effetti rappresentare un impegno gravoso per le imprese di piccole dimensioni, specie quando le relative operazioni non

⁶⁷ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica i regolamenti (UE) 2016/679, (UE) 2016/1036, (UE) 2016/1037, (UE) 2017/1129, (UE) 2023/1542 e (UE) 2024/573 per quanto riguarda l'estensione alle piccole imprese a media capitalizzazione di determinate misure di attenuazione disponibili per le piccole e medie imprese e ulteriori misure di semplificazione, 26 maggio 2025, COM(2025) 501final. La proposta ha le premesse nel «Rapporto Draghi» sulla competitività europea presentato alla Commissione il 9 settembre 2024.

⁶⁸ Commission Recommendation on the definition of small mid-cap enterprises, 21 maggio

2025, COM(2025) 3500 final. Vi si fanno rientrare nella categoria delle SMC le imprese che occupano meno di 750 persone e hanno un fatturato annuo non superiore a 150 milioni di euro oppure un bilancio annuo totale non superiore a 129 milioni di euro; ciò, nel presupposto che tali caratteristiche non rendano le imprese considerate assimilabili alle PMI, e nemmeno riconducibili alla categoria delle imprese di maggiori dimensioni.

abbiano carattere occasionale e non possono quindi beneficiare della prevista esenzione. È anche vero che sulla tenuta di tale registro s'imperniano diversi obblighi previsti dal GDPR, tra cui la garanzia dei diritti informativi (artt. 12 e ss) e la valutazione d'impatto sulla protezione dei dati (art. 35); sicché l'esenzione dall'obbligo di registrare i trattamenti comporterebbe un alleggerimento dei compiti, e con ciò anche un'oggettiva contrazione della sfera della *accountability*, che nelle sue varie forme di esplicazione conta quella consistente nella puntuale e aggiornata documentazione del proprio operato.

Di mero aggiornamento del testo normativo è infine la previsione che include le SMC tra i soggetti i quali nella veste di parti interessate possono essere consultati, a norma degli artt. 42 e 43, durante l'elaborazione di codici di condotta o di meccanismi di certificazione.

Le modifiche che si prospettano sono dunque contenute (per tale motivo si sono da più parti già criticate), e nel complesso appaiono risentire della cautela verso iniziative i cui esiti si teme possano indebolire la saldezza dei principi fondamentali in materia di protezione dei dati personali. Certo è che l'allentamento di alcune maglie in ambiti "strategici", forse da individuare più in relazione a settori di attività e a rami dell'innovazione che in base alle caratteristiche dei soggetti e a parametri dimensionali, avrebbe potuto avvantaggiare lo sviluppo di settori trainanti – come quello della ricerca – prima che quello, generale e indistinto, del mercato. Ancora una volta, il pendolo della protezione dei dati oscilla tra il «costo» e la «risorsa» che essa rappresenta nelle diverse impostazioni.

Nuovi equilibri, al riguardo, si prospettano in relazione al "pacchetto" di intervento sull'*acquis* digitale europeo di cui alle più recenti proposte della Commissione – riunite nel cosiddetto *Digital Omnibus*

–, intese a perseguire la semplificazione e la razionalizzazione del plesso normativo imperniato sulla circolazione dei dati.

ROBERTO D'ORAZIO

Bibliografia

F. Balducci Romano, *Le tutele dinanzi al Garante della privacy*, Pisa, 2022; A. Barba – S. Pagliantini (a cura di), «Delle persone. Leggi collegate», vol. II, in *Commentario del codice civile*, dir. da E. Gabrielli, Milano, p. 3 ss.; C. Barlag – A. Roßnagel, *Europäische Datenschutz-Grundverordnung: Vorrang des Unionsrechts – Anwendbarkeit des nationalen Rechts*, Baden-Baden, 2017; F. Bieker, *The right to data protection: individual and structural dimensions of data protection in EU law*, The Hague, 2022; L. Bolognini (a cura di), *Privacy e libero mercato digitale*, Milano, 2021; L. Bolognini (a cura di), *Il regolamento privacy europeo: commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2026; A. Bradford, *The Bruxelles Effect. How the European Union Rules the World*, Oxford, 2021; S. Brettauer, «Extended powers for other supervisory authorities concerned in the case of cross-border data processing: Facebook Ireland», in *Common Market Law Review*, 2022, p. 1543 ss.; F. Bravo, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Milano, 2018; L. Califano – C. Colapietro (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona: il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2027; S. Calzolaio, «Protezione dei dati personali», in *Digesto delle Discipline pubblicistiche, Aggiornamento*, Torino, 2017, p. 594 ss.; C. Colapietro (a cura di), *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello: il regolamento UE 2026/679 parametro di legittimità della*

complessiva normativa italiana sulla privacy, Napoli, 2028; V. Cuffaro – R. D'Orazio – V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019; G. De Gregorio – P. Dunn, «The European risk-based approaches: Connecting constitutional dots in the digital age», in *Common Market Law Review*, 2022, p. 473 ss.; R. D'Orazio – G. Finocchiaro – O. Pollicino – G. Resta, *Codice della privacy e data protection*, Milano, 2021; E. Ehmann – M. Selmayr (hrsg), *DS-GVO: Datenschutz-Grundverordnung. Kommentar*, München, 20187; F. Fabbrini – E. Celeste, J. Quinn (eds.), *Data protection beyond borders: transatlantic perspectives on extraterritoriality and sovereignty*, Oxford-New York, 2021; E. Fahey, *The EU as a global digital actor: institutionalising global data protection, trade and cybersecurity*, Oxford-New York, 2022; G. Finocchiaro (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia: Regolamento UE n. 2016/679 e d. lgs. 2018, n. 101*, Bologna, 2019; A.M. Gambino – A. Stazi, *La circolazione dei dati. Titolarità, strumenti negoziali, diritti e tutele*, Pisa, 2020; P. Gola (hrsg), *Datenschutz-Grundverordnung. VO (EU) 2016/679. Kommentar*, München, 2017; G. González Fuster, *The emergence of personal data protection as a fundamental right of the EU Law*, Cham, 2014; M. Krzysztofek, *Post-reform personal data protection in the European Union: General Data Protection Regulation (EU) 2016/679*, Alphen aan den Rijn, 2017; C. Kuner – L. A. Bygrave – C. Docksey, *The EU General Data Protection Regulation: A Commentary*, Oxford, 2020; O. Lynskey, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford, 2015; B.P. Paal – D.A. Pauly (hrsg), *Datenschutz-Grundverordnung*, München, 2017; F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, II, Torino, 2016; O. Pollicino, «Il “senso” della Corte di giustizia per la tutela dei dati personali», in Aa.Vv., *Liber amicorum Antonio Tizzano: de la Cour CECA à la Cour de l'Union: le*

long parcours de la justice européenne, Torino, 2018, p. 751 ss.; G. Resta – V. Zencovich, *La protezione transnazionale dei dati personali dai «safe harbour principles» al «privacy schield»*, Roma, 2016; G. Resta, «I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679», in A.M. Gambino – A. Stazi (a cura di), *La circolazione dei dati*, Pisa, 2020, p. 55 ss.; G.M. Riccio – G. Scorza – E. Belisario (a cura di), *GDPR e normativa privacy* (2a ed.), Milano, 2022; V. Ricciuto, *L'equivoco della privacy. Persona vs dato personale*, Napoli, 2022; S. Sica – V. D'Antonio – G.M. Riccio, *La nuova disciplina della privacy*, Milano, 2016; P. Stanzione (a cura di), *I “poteri privati” delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Torino, 2022; E. Tosi (a cura di), *Privacy digitale: riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo codice privacy*, Milano, 2019; V. Zencovich, «La “datasfera”. Regole giuridiche per il mondo digitale», in L. Scaffardi, *I “profili” del diritto. Regole, rischi e opportunità nell'era digitale*, Torino, 2018, p. 99 ss.

Il *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza italiano e dell'Unione Europea* si articola in tre volumi, ciascuno dedicato a un ambito specifico: antitrust, disciplina degli aiuti di Stato e regolamentazione.

Nei primi due volumi, ogni materia è approfondita attraverso voci distinte, dedicate sia ai principi fondamentali sia ai meccanismi di applicazione del diritto. Il terzo volume esamina invece i principali quadri regolamentari adottati a livello dell'Unione Europea (DMA, DSA, AI Act, Data Act, GDPR, ecc.), nonché i profili di politica industriale europea, il rapporto tra regolamentazione e diritto antitrust, la disciplina delle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno, il sistema di controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, la normativa sulla "golden power" in Italia e l'applicazione del diritto antitrust al settore delle telecomunicazioni.

LORENZO F. PACE è professore di diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi del Molise e avvocato in Roma. Tra le sue recenti pubblicazioni, oltre alla terza edizione del *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza italiano e dell'Unione europea*, si citano *Introduzione al diritto dell'Unione europea – natura e ordinamento giuridico*, 2ed., Milano, 2025; *Quo vadis Europa? Le sfide dell'Unione Europea nel tempo delle crisi - una riflessione multidisciplinare*, Roma, 2023.