



3

QUADERNO AISDUE

SERIE SPECIALE

Atti del Convegno
*“Ambiente, digitale, economia:
l’Unione europea verso il 2030”*
Bari 3-4 novembre 2022

QUADERNO AISDUE - SERIE SPECIALE

ES

Editoriale Scientifica

euro 20,00



ASSOCIAZIONE ITALIANA DEGLI STUDIOSI DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Organi dell'Associazione

Presidente: Antonio Tizzano

Segretario generale: Patrizia De Pasquale

Consiglio direttivo:

Antonio Tizzano (presidente), Patrizia De Pasquale (segretario generale),
Pietro Manzini, Paola Mori, Francesco Rossi Dal Pozzo,
Lorenzo Schiano di Pepe, Fabio Spitaleri

Collegio dei garanti:

Giandonato Caggiano, Paolo Mengozzi,
Bruno Nascimbene, Ennio Triggiani

QUADERNO AISDUE
SERIE SPECIALE

Comitato scientifico:

Antonio Tizzano, Patrizia De Pasquale,
Pietro Manzini, Paola Mori, Francesco Rossi Dal Pozzo,
Lorenzo Schiano di Pepe, Fabio Spitaleri

Comitato editoriale Quaderni AISDUE:

Patrizia De Pasquale e Fabio Spitaleri (coordinatori),
Andrea Circolo, Angela Correra, Giulia D'Agnone, Benedetta Minucci

Comitato editoriale BlogDUE:

Patrizia De Pasquale e Fabio Spitaleri (coordinatori),
Mario Barbano, Andrea Circolo, Erika Colombo, Angela Correra,
Giulia D'Agnone, Alessandra Favi, Rosario Federico, Federica Ferrari,
Federico Ferri, Elena Gualco, Sarah Lattanzi, Claudia Massa,
Benedetta Minucci, Emmanuel Pagano, Martina Previatello,
Enrico Tinti, Alessia Voinich, Laura Zoboli

Quaderno AISDUE serie speciale

Ambiente, digitale, economia: l'Unione europea verso il 2030

Bari, 3 e 4 novembre 2022

Editoriale Scientifica
Napoli

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2023 Editoriale Scientifica srl
via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISBN 979-12-5976-647-2

INDICE

<i>Presentazione del Volume</i> di Antonio Tizzano	9
<i>Presentazione del Convegno</i> di Antonietta Damato	11

Sessione introduttiva, 3 novembre 2022

TIZZANO A., <i>Saluti introduttivi</i>	15
--	----

Sessione I

Le azioni in materia ambientale, 3 novembre 2022

LANG A., <i>Assistenza finanziaria dell'Unione ai Paesi terzi e obiettivi ambientali della UE</i>	19
MONTINI M., <i>La sfida della transizione energetica e l'emergere dei conflitti intra-ambientali: quali possibili soluzioni?</i>	41
MUNARI F., <i>Public e Private enforcement del diritto ambientale dell'Unione</i>	59

Sessione II

La trasformazione digitale, 3 novembre 2022

ADINOLFI A., <i>Evoluzione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali: qualche considerazione sulle attuali strategie normative dell'Unione</i>	97
CONTALDI G., <i>Il regolamento 2022/1925 e la tutela della privacy online</i>	119
SALAZAR L., <i>Digitalizzazione della giustizia</i>	141

Sessione III
Gli strumenti economici, 4 novembre 2022

<i>PISTOIA E., Lo stato di salute dell'integrazione differenziata nell'Unione economica e monetaria in epoca post-pandemica</i>	151
<i>CISOTTA R., La custodia della credibilità nel Patto di stabilità e crescita e le prospettive di riforma</i>	181

Conclusioni

<i>MASTROIANNI R., Conclusioni generali</i>	219
---	-----

Tavola rotonda
“La cooperazione giudiziaria e giuridica in materia civile e penale”
4 novembre 2022

<i>BUCCARELLA M., Il Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione di Budapest e le nuove frontiere della cooperazione internazionale in ambito digitale. Quali rischi per la protezione dei dati personali nell'Unione europea?</i>	227
<i>CIPRANDI A., L'indipendenza della magistratura requirente, dalle procure nazionali a EPPO: quale modello europeo di pubblico ministero?</i>	247
<i>CIRCOLO A., La certezza del diritto cede il passo all'effettività della tutela giurisdizionale. Note a margine della sentenza London Steam-Ship</i>	283
<i>GROSSIO L., Da una fiducia reciproca essenziale al riconoscimento à la carte: nuove prospettive nell'ambito del mandato d'arresto UE-Regno Unito</i>	313
<i>LANOTTE M., La proporzionalità della sanzione: un principio ritrovato? Note a margine della sentenza NE</i>	341
<i>MAOLI F., La proposta di direttiva UE sulle SLAPPs e le criticità relative alla base giuridica: possibili sviluppi per la tutela di giornalisti e attivisti a livello europeo</i>	371

<i>Indice</i>	7
MARCHIORO I., <i>Quali prospettive per il legislatore europeo dopo Coman e Pancharevo?</i>	385

Forum IFA, 2 novembre 2022
La politica di immigrazione dell'UE verso il 2030:
tendenze evolutive ricavabili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia

MORGESE G., <i>Introduzione al seminario "La politica di immigrazione dell'UE verso il 2030: tendenze evolutive ricavabili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia" - Bari, 2 novembre 2022</i>	421
FRATEA C., <i>L'accertamento della minore età del migrante e il diritto all'unità familiare: una lettura evolutiva della giurisprudenza della Corte di giustizia a tutela dei beneficiari di protezione internazionale</i>	423
PALLADINO R., <i>Il trattenimento ai fini dell'allontanamento: evoluzioni giurisprudenziali e normative a confronto</i>	441
VITIELLO D., <i>Poteri operativi, accountability e accesso alla giustizia nella gestione integrata delle frontiere esterne dell'Unione europea. Una prospettiva sistemica</i>	459

IL REGOLAMENTO 2022/1925
E LA TUTELA DELLA *PRIVACY ONLINE*

Gianluca Contaldi*

SOMMARIO: 1. Il regolamento 2022/1925 e i mercati digitali. – 2. Le difficoltà di applicazione delle norme *antitrust* alle piattaforme online. – 3. Gli obblighi incombenti alle piattaforme dominanti secondo il *Digital Markets Act*. – 4. Il confronto del regolamento europeo con il progetto di *American Innovation and Choice Online Act* statunitense, in punto di tutela della *privacy* degli utenti online. – 5. La protezione dei dati personali e della vita privata online è all'altezza delle aspettative? Il confronto del *Digital Markets Act* con le corrispondenti disposizioni del GDPR.

1. In data 1° novembre 2022, è entrato in vigore il regolamento 2022/1925 relativo a mercati equi e contendibili, abitualmente 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 diversi mercati digitali.

L'oggetto del *DMA* è, infatti, identificabile nella finalità di contenere la posizione dominante delle grandi piattaforme *online* e favorire un sistema economico nel quale anche le imprese europee, normalmente di dimensioni minori rispetto a quelle operanti oltreoceano, possono partecipare al mercato dei dati².

I mercati digitali, infatti, presentano una particolare struttura, che ne ha,

* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Macerata.

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 Ovvero, secondo un'affermazione un po' ridondante, di creare un sistema nel quale possa prosperare una sorta di "sovranità digitale europea". V., anche per ulteriori riferimenti, S. POLI, E. FAHEY, *The Strengthening of the European Technological Sovereignty and its Legal Bases in the Treaties*, in *rivista.eurojus.it*, 2022, p. 147 ss.

finora, reso problematica una loro regolamentazione attraverso i tradizionali strumenti di controllo degli operatori commerciali. Innanzitutto vi è, da un lato, l'esigenza di garantire una certa libertà di manifestazione del pensiero e di uso del *web*³. Dall'altra vi è chiaramente la necessità di contenere il potere di mercato delle industrie operanti in tale settore tecnologico⁴.

Il fondamento dell'economia digitale è, infatti, apparentemente semplice e consiste nello sfruttamento dei dati degli utenti al fine di indirizzare con la maggiore precisione possibile le offerte di servizi e prodotti commerciali⁵. Più esattamente, il punto focale è rappresentato dall'elaborazione dei dati forniti dagli utenti attraverso sistemi algoritmici. Ciò che rileva dal punto di vista economico, infatti, sono non tanto i dati personali singolarmente considerati, quanto la loro accumulazione e la successiva elaborazione attraverso meccanismi di intelligenza artificiale⁶. Una volta compiuto questo processo, le masse di dati vengono normalmente cedute a operatori commerciali, società di *marketing*⁷, partiti politici, gruppi di influenza, i quali vi fanno ricor-

³ Problema reso particolarmente evidente laddove si attribuisce ad una singola piattaforma il potere di decidere unilateralmente chi può intervenire in determinati *social network*, in tal modo precludendo anche la libertà di espressione e di manifestazione del pensiero (v. R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolazione: note ricostruttive*, in G. DI COSIMO (a cura di), *Processi democratici e democrazie digitali*, Torino, 2023, p. 245 ss.).

⁴ I profitti delle cinque maggiori società operanti nel settore sarebbero aumentati del 43% nel corso dell'ultimo trimestre del 2020 ed i ricavi complessivi nel corso dell'anno della pandemia supererebbero i mille miliardi di euro (così E. LIVINI, *I cinque giganti dell'hi-tech sono la terza potenza mondiale*, in *La Repubblica*, del 4 febbraio 2021, p. 24). Anche se, al momento, il settore sembra soffrire per un ritorno all'abituale vita di relazione sociale (v. i dati riportati da B. SIMONETTA, *L'anno nero delle Big Tech. Nel 2022 persi 3mila miliardi*, in *ilSole24ore*, 30 ottobre 2022, p. 11).

⁵ H. THOMÉ, *Data: the Fuel of the Third Industrial Revolution*, in *Fondation Robert Schuman, European Issues*, February 2020, reperibile online al sito www.robert-schuman.eu.

⁶ V. C. GRIECO, *Intelligenza artificiale e diritti umani nel diritto internazionale e dell'Unione europea. Alla ricerca di un delicato equilibrio*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, p. 782 ss.

⁷ In concreto gli spazi pubblicitari vengono venduti all'asta, tramite sistemi informatici con effetto immediato (c.d. *Real Time Bidding*, RTB) tra i potenziali inserzionisti, in funzione dell'interesse suscitato dalle caratteristiche del singolo utente. V. G. PROIETTI, *La pubblicità nell'era delle nuove tecnologie*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, p. 161 ss.

so per indirizzare proposte mirate in funzione dei gusti e delle preferenze degli utenti⁸.

Le caratteristiche dei mercati digitali vengono abitualmente riassunte in tre elementi: l'esistenza di forti effetti di *network* e di *lock-in*; l'importanza di realizzare economie di scala; la conseguente esistenza di barriere all'entrata⁹. La prima caratteristica discende dal fatto che più persone usano una determinata piattaforma, più aumenta l'attrattiva per coloro che ivi offrono determinati servizi commerciali¹⁰. Al contempo, l'incremento del numero degli iscritti determina un aumento del "costo" per gli utenti di spostarsi su una piattaforma diversa¹¹.

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

⁸ D'altro canto, i sistemi di intelligenza artificiale sono ormai divenuti così sofisticati che consentono non solo di individuare le preferenze dei consumatori, ma finanche di anticiparle e, in qualche modo, di indirizzarle. V., in generale, S. QUINTARELLI, *Capitalismo immateriale. Le tecnologie digitali e il nuovo conflitto sociale*, Torino, 2019; A. VESPIGNANI, *L'algoritmo e l'oracolo. Come la scienza predice il futuro e ci aiuta a cambiarlo*, Milano, 2019.

⁹ Le caratteristiche dei mercati digitali sono accuratamente descritte in vari rapporti e indagini da parte delle autorità *antitrust* e delle commissioni legislative competenti: per l'Unione europea, v. J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era, Final Report*, Luxembourg, 2019, reperibile *online* al sito ec.europa.eu; per la Francia e la Germania, v. *Autorité de la Concurrence, Bundeskartellamt, Competition Law and Data*, 2016, reperibile *online* al sito: www.bundeskartellamt.de; per l'Italia, v. AGCM, AGCOM, Garante protezione dati personali, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, Roma, 2019, reperibile *online* al sito: www.garanteprivacy.it; per il Regno Unito, v. J. FURMAN ET AL., *Unlocking Digital Competition - Report of the Digital Competition Expert Panel*, London, 2019, reperibile al sito www.assets.publishing.service.gov.uk; negli Stati Uniti, v. il rapporto della *Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, Investigation of Competition in Digital Markets*, reperibile al sito www.judiciary.house.gov.

¹⁰ 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 (v. A. MANGANELLI, *Il regolamento EU per i mercati digitali: ratio, criticità e prospettive di evoluzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, p. 473 ss., spec. p. 475).

¹¹ 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*).

volta costituita l'infrastruttura, il numero degli utenti può aumentare potenzialmente all'infinito, senza che questo determini, a propria volta, incrementi rilevanti 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 tutti 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"¹², 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, i quali offrono ai medesimi utenti determinati servizi commerciali potenzialmente personalizzati. La peculiarità è, pertanto, rappresentata dal fatto che dette piattaforme funzionano sia come piazze di mercato per 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 considerevoli ai consumatori in termini di personalizzazione dei servizi, dall'altro, ha causato, seppure indirettamente, una serie di problemi.

Il primo è quello di una minore diffusione dell'innovazione tecnologica. Vi è, infatti, la diffusa sensazione da parte 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 che lo stesso produca qualche frutto¹³.

¹² V. A. CANEPA, *I mercanti dell'era digitale. Un contributo allo studio delle piattaforme*, Torino, 2020, p. 39 ss.

¹³ In questo particolare settore commerciale, sono infatti frequenti le acquisizioni di *start-up*. Queste acquisizioni sfuggono al controllo delle autorità competenti, perché, di norma, la

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, quali, ad esempio, quelli della piccola distribuzione o della pubblicità sui media tradizionali (giornali, radio, televisione), che risulta evidentemente meno efficace, non potendo essa raggiungere in tempo reale i potenziali interessati. In questo contesto, non solo l'esistenza delle piattaforme ecosistema ha anche indotto gli operatori economici a rivedere le proprie strategie di mercato e a ridurre gli investimenti nei settori non digitali¹⁴.

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 sulla prossimità conduce, infatti, ad immettere sul mercato persone che, per età ed esperienza professionale, difficilmente possono sperare di trovare un lavoro in impieghi soddisfacenti¹⁵. Anche la reperibilità di alloggi, normalmente, risente della diffusione delle piattaforme informatiche. È infatti agevole constatare come la destinazione ad un'utenza turistica di un gran numero di alloggi, abbia causato un incremento dei costi degli affitti nei grandi centri urbani, specie di quelle mete del turismo di massa, nonché una maggiore difficoltà nel reperimento di locazioni abitative¹⁶.

Da ultimo, taluni autori hanno posto in luce come l'economia delle attività *online* non sia poi così favorevole per l'ambiente come si potrebbe astrattamente pensare. Taluni studi hanno, infatti, posto in rilievo come

quota di mercato ed il valore economico della società oggetto di incorporazione non è tale da determinare il superamento della soglia di attenzione da parte delle autorità *antitrust* (v. J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *op. cit.*, p. 110 ss.).

¹⁴ V. il rapporto *Investigation of Competition in Digital Markets*, cit., p. 57 ss.

¹⁵ D'altro canto, lo sviluppo impetuoso dell'economia digitale determina al contrario un aumento di richiesta di personale dotato di competenze digitali particolarmente elevate (v. il rapporto del *World Economic Forum, The Future of Jobs, Report*, 2020, consultabile al sito www3.weforum.org/).

¹⁶ V. G. MENEGUS, *La regolazione della sharing economy: oltre la self-regulation*, in G. DI COSIMO (a cura di), *op. cit.*, p. 153 ss., spec. p. 169 ss.

istruire un sistema di intelligenza artificiale e, successivamente, gestire un numero rilevante di utenti *online* su base quotidiana o settimanale presupponga un elevatissimo consumo di energia elettrica¹⁷.

Come si vede, pertanto, diversi problemi, estremamente complessi, che non possono essere certo affrontati con l'adozione di un singolo atto normativo. La matrice del problema, se vogliamo, è dovuto al possesso di miliardi di dati (personali e non) che spesso rappresentano il fondamento del potere di mercato delle *Big Tech*. Per questa ragione, allorché si approccia il problema, si è soliti fare riferimento alla disciplina della concorrenza quale strumento potenzialmente idoneo a contrastare gli oligopoli in tale settore commerciale.

2. Il *Digital Markets Act* si propone di sopperire alla difficoltà di applicare i rimedi strutturali, ed in particolare le disposizioni *antitrust* ai mercati digitali.

Ciò si verifica per una pluralità di circostanze. Innanzitutto per il fatto che le disposizioni *antitrust*, essendo state concepite in passato, non sono generalmente strutturate per affrontare il funzionamento della *digital economy*. Un primo evidente ostacolo discende dalla circostanza che i servizi, nell'economia digitale, sono spesso offerti con modalità gratuite. Gli utenti delle piattaforme, per accedere ad un determinato *social network* o per effettuare determinate ricerche sui motori appositi, utilizzano, quale moneta di scambio, i propri dati personali¹⁸. D'altro canto, secondo le rilevazioni effettuate dalla Commissione europea, gli utenti non sarebbero affatto disposti a pagare un prezzo per potere usufruire di un motore di ricerca efficiente ov-

¹⁷ V., al riguardo, il noto studio di S. LANGE, J. POHL, T. SANTARIUS, *Digitalization and Energy Consumption. Does ICT Reduce Energy Demand?*, in *Ecological Economics*, 2020, p. 1 ss., secondo i quali: "Instead of saving energy, digitalization has brought additional energy consumption".

¹⁸ Tale assimilazione (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". In dottrina v. C. BERGONZINI, "Prova a prendermi". *Ecosistema digitale e consapevolezza degli utenti: uno spazio per la regolazione nazionale*, in G. DI COSIMO (a cura di), *op. cit.*, p. 91 ss., spec. p. 102 ss.

vero per aprire un sito personale su un determinato *social network*, anche a costo di un parziale sacrificio della propria *privacy*¹⁹.

La concorrenza tra le imprese operanti nel settore non avviene pertanto sui prezzi, come si verifica generalmente 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 utenti²⁰. In questo contesto, viene necessariamente meno uno degli abituali strumenti di misurazione della concorrenza, quale è il prezzo del prodotto o del servizio. È infatti evidente come taluni meccanismi di calcolo abitualmente impiegati per rilevare l'esistenza di un illecito anticoncorrenziale, non possano funzionare adeguatamente²¹.

D'altro canto, neppure nelle ipotesi nelle quali il prezzo diventa un elemento del rapporto contrattuale nel commercio *online* (si pensi a diverse piattaforme che vendono i medesimi servizi alberghieri nella stessa località), 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 del prezzo di offerta è sovente frutto di un'operazione algoritmica, priva, in quanto tale, dell'elemento di concertazione che necessariamente contraddistingue le intese restrittive della concorrenza²².

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: il mercato rilevante, rispetto alle piattaforme più diffuse, finisce spesso per coincidere con il mon-

¹⁹ Fenomeno noto con la perifrasi di *privacy paradox*: v. H. BRIAN HOLLAND, *Privacy Paradox 2.0*, in *Widener Law Journal*, 2010, p. 893 ss.

²⁰ V. 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.

²¹ V. M. E. STUCKE, A. P. GRUNES, *Big Data and Competition Policy*, Oxford, 2016, p. 122 ss.; S. MANNONI, G. STAZI, *Is Competition a click away? Sfida al monopolio nell'era digitale*, Napoli, 2018, p. 32 ss.

²² V. M. MAGGIOLINO, *Big Data e prezzi personalizzati*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, p. 95 ss.; ID., *I big data e il diritto antitrust*, Milano, 2018, p. 281 ss.; V. AGCM, AGCOM, *Garante protezione dati personali, Indagine conoscitiva sui Big Data*, cit., p. 113.

do intero²³. Tale difficoltà definatoria è poi incrementata per il fatto che, sovente, le piattaforme dominanti sono imprese che operano su più mercati²⁴. In questo contesto, anche la definizione del mercato del prodotto finisce per essere un'operazione problematica²⁵

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 determina una difficoltà di posizionamento in termini oggettivi²⁶. A ciò si aggiunga che un determinato posizionamento potrebbe non presentare quell'elemento di stabilità nel tempo necessario per consolidare la posizione dominante. Dal momento che i mercati digitali sono fortemente dinamici, una certa quota di mercato potrebbe non essere effettivamente rappresentativa di un'effettiva posizione preminente, nel caso in cui un'altra impresa inventi un algoritmo che sia in condizione di svolgere le stesse operazioni in maniera più efficiente²⁷.

In questo contesto i tradizionali rimedi del diritto *antitrust*, della nullità delle intese o della sanzione dell'abuso di posizione dominante, che intervengono *ex post*, allorché appaiono per molti versi inadatti. Sia perché essi non consentono di risolvere il problema dell'esistenza di posizioni oligopoli-

²³ V. F. VESSIA, *Big data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2018, p. 1064 ss.

²⁴ Abitualmente definite piattaforme multiversante o ecosistema. In via esemplificativa, Amazon 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. Sulla base di un'indagine, sembra che il mercato dei prodotti offerti sulla piattaforma, da *core business* dell'azienda di Bezos, rappresenti ormai solo un'attività marginale rispetto al volume di affari ricavabile dagli altri settori commerciali.

²⁵ V., in questo senso, V. BAGNOLI, *The Big Data Relevant Market*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, p. 73 ss.

²⁶ V. A. MANGANELLI, *op. cit.*, p. 478.

²⁷ Nota è l'affermazione, che viene correntemente addebitata al Ceo di Google, Eric Schmidt: "Competition is just one click away", in audizione davanti al Senato statunitense, Subcommittee on *Antitrust*, Competition and Consumer Rights, riferendosi al fatto che Google non era l'unico motore di ricerca disponibile.

stiche in un determinato momento, sia perché i rimedi intervengono in maniera tardiva: solo una volta che l'algoritmo ha già determinato il prezzo o nel momento in cui una determinata piattaforma dominante ha già utilizzato i dati degli utenti per promuovere i propri prodotti a scapito di quelli dei concorrenti. 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 autonomamente 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*²⁸. 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 alternative. E comunque un siffatto rimedio strutturale si rivelerebbe nella maggior parte dei casi scarsamente efficiente perché, nel momento in cui dovesse intervenire l'ordine dell'autorità, i dati stessi sarebbero ormai inattuali, perché superati dall'attività *online* sopravvenuta²⁹.

In altri termini, i dati sono 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 a nuovi operatori.

3. Il legislatore europeo, consapevole della scarsa efficacia dei tradizionali rimedi *antitrust* in questo specifico settore produttivo, con il regolamento

²⁸ V., in questo senso, N. DESSARD, *EU Competition Policy in the Big Data Industry. Merger Review and Application of the essential Facility Doctrine*, Beau Bassin, 2018, p. 35 ss. Diversamente, T. RAMGE, V. MAYER.SCHÖNBERGER, *Fuori I dati! Rompere i monopoli sulle informazioni per rilanciare il progresso*, Milano, 2021, p. 109 ss., propongono l'istituzione di grandi depositi di open data liberamente accessibili.

²⁹ V. F. VESSIA, *op. cit.*, note 61-62 e testo relativo.

2022/1925, mira ad anticipare l'effetto delle misure restrittive, predisponendo un'apposita regolamentazione applicabile *ex-ante*³⁰. L'idea di fondo del legislatore sembra quindi individuabile nella *ratio* di porre taluni obblighi aggiuntivi, in modo da prevenire, fin dall'origine, l'insorgenza di situazioni anticoncorrenziali.

Le disposizioni principali del DMA sono, infatti, rappresentate dagli articoli 5 e 6, che impongono talune obbligazioni supplementari a quelle piattaforme particolarmente rilevanti nel rispettivo settore economico, denominate, appunto, “*gatekeepers*”. Esse vengono individuate – 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 piattaforma³¹.

Le previsioni principali sembrano stabilire una serie alquanto eterogenea di obblighi (circa una ventina, a seconda dello specifico ambito di operatività), rispetto ai quali non 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).

³⁰ Già in una lettera datata 4 febbraio 2020, i Governi tedesco, francese, italiano e polacco chiedevano alla Commissaria europea alla concorrenza di predisporre una regolamentazione specifica per le piattaforme di grandi dimensioni (la lettera è tuttora consultabile sul sito: www.politico.eu).

³¹ Art. 3, reg. 2022/1925, cit.: “1. Un fornitore di servizi di piattaforma di base è designato 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; c) detiene una posizione consolidata e duratura, nell'ambito delle proprie attività, o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro. 2. Si presume che un fornitore di servizi di piattaforma di base soddisfi: a) il requisito di cui al paragrafo 1, lettera a), se l'impresa cui appartiene raggiunge un fatturato annuo nell'Unione europea pari o superiore a 7,5 miliardi di EUR in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari, o se la capitalizzazione di mercato media o il valore equo di mercato equivalente dell'impresa cui appartiene era quanto meno pari a 75 miliardi di EUR nell'ultimo esercizio finanziario, e se esso fornisce un servizio di piattaforma di base in almeno tre Stati membri; b) il requisito di cui al paragrafo 1, lettera b), se fornisce un servizio di piattaforma di base che annovera nell'ultimo esercizio finanziario più di 45 milioni di utenti finali attivi mensilmente, stabiliti o situati nell'Unione, e oltre 10.000 utenti commerciali attivi annualmente stabiliti nell'Unione (...); c) il requisito di cui al paragrafo 1, lettera c), se le soglie di cui alla lettera b) sono state raggiunte in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari”.

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 distinti³². 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 cc.dd. 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 previste dalla prima disposizione, 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 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 (prassi abitualmente denominata *data grabbing*); ovvero di astenersi dal garantire un trattamento più

³² V. P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali*, cit., p. 107.

favorevole in termini di posizionamento ai servizi e prodotti offerti dalla medesima piattaforma rispetto ad analoghi servizi o prodotti offerti da terzi³³.

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

Tale connessione è particolarmente evidente allorché si tratta di obblighi evidentemente desunti da precedenti desumibili dalla giurisprudenza ovvero dalla prassi della Commissione europea. 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 soggetto³⁴; *ii*) l'obbligo di consentire ai terzi di offrire gli stessi prodotti a condizioni diverse da quelle previste dal *gatekeeper*³⁵; *iii*) il divieto di creare dei legami tra i vari servizi offerti dall'operatore³⁶; *iv*) l'obbligo del *gatekee-*

³³ Pratica abitualmente denominata del *self preferencing* (art. 6, par. 5). Detta previsione trae verosimilmente 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. La decisione della Commissione è stata impugnata: il Tribunale ha parzialmente annullato la decisione (ma solo in relazione a taluni mercati nazionali); la causa è ancora pendente (causa C-48/22 P, *Google e Alphabet c. Commissione*).

³⁴ Art. 5, par. 2, reg. 2022/1925, cit. Questa previsione presenta evidenti analogie con il caso *Facebook – Whatsapp*, del quale riferiremo *infra*, nota 48.

³⁵ Cfr. art. 5, par. 3. Detta disposizione 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 www.autoritedelaconurrence.fr. Sul tema, v. S. MAKRIS, *Antitrust Governance in an Era of Rapid Change*, in B. LUNDQVIST, M. S. GAL (eds.), *Competition Law for the Digital Economy*, Cheltenham, 2019, p. 325 ss., spec. p. 353 ss.; P. MANZINI, *Le restrizioni verticali al tempo di internet*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2018, p. 289 ss., par. 7).

³⁶ Cfr. art. 5, par. 8. Tale divieto è evidentemente ricavabile dagli articoli dall'art. 101, lett. *e*) e 102, lett. *d*), TFEU (c.d. divieto di clausole leganti).

per di permettere agli utenti finali di disinstallare il software preinstallato per accedere alla piattaforma³⁷.

Insomma, ad un'analisi superficiale, sembra quasi che nel regolamento n. 2022/1925 consista essenzialmente in un'applicazione anticipata delle norme *antitrust*³⁸. Se questo è in parte vero, a nostro sommo avviso, nel *Digital Markets Act*, c'è qualcosa di più. Ci sembrerebbe, infatti, che vi sia il tentativo, da parte del legislatore europeo, di contrastare i giganti del web proprio là dove risiede la fonte primaria del loro potere di mercato: ovvero proprio nella disponibilità di grandi masse di dati.

In questo modo, tuttavia, il legislatore sovranazionale finisce per perseguire anche un obiettivo ulteriore, di importanza fondamentale per la tutela dell'ordinamento dell'Unione europea, ovvero quello della tutela dei dati personali e della vita privata *online*. Obiettivo già risultante dal regolamento del 2016 e da svariati atti di diritto derivato; ed ora espressamente incorporato nella Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali³⁹.

³⁷ La disposizione di cui all'art. 6, par. 3, reg. 2022/1925, cit., 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 prerequisito 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. Sul caso v. P. MANZINI, *Prime riflessioni sulla decisione Google Android*, in *rivista.eurojus.it*, 11 settembre 2018.

³⁸ Altra questione, che non può essere affrontata nell'ambito di questo lavoro, è stabilire quale rapporto intercorra tra le norme del *DMA* e le disposizioni regolatrici della concorrenza. Se da un lato l'oggetto del regolamento è identificabile nella finalità di rendere i mercati digitali equi e contendibili, dall'altro sarebbe necessario accertare se tale scopo sia realmente estraneo a quello proprio della normativa *antitrust* (A. MANGANELLI, *op. cit.*, p. 488 ss.).

³⁹ V. il par. 17 della dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale, (2023/C 23/01). In dottrina v. A. ADINOLFI, *Evoluzione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali: qualche considerazione sulle attuali strategie*, in *I Post di AISDUE*, n. 5, 2023; P. DE PASQUALE, *Verso una Carta dei diritti digitali (fondamentali) dell'Unione europea?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, Osservatorio europeo, 17 marzo 2022; F. ZORZI GIUSTINIANI, *La Dichiarazione europea sui diritti e principi digitali, il Trans-Atlantic Data Privacy Framework e l'Unione Federale dei consumatori tedeschi contro Meta Platforms Ireland*, in *Nomos-le attualità del diritto*, 2022.

4. Dalla lettura complessiva dello strumento, si ricava infatti l'impressione, che il regolamento in esame adotti una nozione di "efficienza economica" che, per certi versi, risulta parzialmente diversa da quella tradizionale⁴⁰. E che questa sia stata introdotta nel diritto derivato proprio per cercare di adattarsi in maniera più efficace alle caratteristiche dei mercati digitali.

Sembrerebbe, infatti, che la finalità del regolamento sia anche quella di proteggere ulteriori beni, quali – per quanto interessa ai fini del nostro discorso – i dati personali degli utenti. In altri termini, il legislatore identifica un proprio livello di tutela della *privacy* che, a suo modo di vedere, risulta confacente ad una struttura ordinata dei mercati digitali.

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*⁴¹.

Questa disposizione poi trova 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 *online*⁴².

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

⁴⁰ "Lo scopo centrale degli artt. 101 e 102 appare costituito: i) dal miglioramento dell'efficienza produttiva delle imprese; tuttavia il raggiungimento di questa finalità è condizionata dal contestuale rispetto di altri tre obiettivi, vale a dire: ii) la difesa o l'accrescimento del benessere degli utilizzatori interessati dalle pratiche imprenditoriali, iii) la tutela della struttura concorrenziale del mercato, nonché, iv) l'integrazione dei mercati nazionali in un unico mercato europeo" (P. MANZINI, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Torino, 2023, p. 29 ss.).

⁴¹ Considerando n. 12 del regolamento 2022/1925, cit., "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. GDPR⁴¹] ...nonché le direttive 2002/58/CE [concernente la tutela della vita privata nelle comunicazioni online]".

⁴² V., in via esemplificativa, l'art. 8, par. 1: "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".

un po' per caratterizzare stessa *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*⁴³.

In altri termini, è come se la “speciale responsabilità” che il *DMA* attribuisce ai *gatekeeper* comprendesse anche il rispetto delle norme poste a presidio della *privacy* degli utenti⁴⁴.

Che così stiano le cose, a nostro sommo avviso, discende anche dal confronto con il sistema statunitense. Negli Stati Uniti, da quando Biden è assunto alla Presidenza, si discute animatamente di introdurre una disciplina ricalcata sulla falsariga degli atti europei, tra i quali rientra anche il citato *DMA*⁴⁵. Per quanto concerne più specificamente il funzionamento dei merca-

⁴³ Un'idea analoga è stata espressa dall'Avvocato generale Rantos nelle proprie conclusioni, del 20 settembre 2022, nel caso *Meta (Facebook)-Whatsapp c. Bundeskartellamt*, causa C-252/21, punto 18: “mi sembra che il Bundeskartellamt, nella decisione controversa, non abbia sanzionato una violazione del RGPD da parte di Meta Platforms, ma abbia proceduto, al solo fine dell'applicazione delle regole di concorrenza, all'esame di una presunta violazione del divieto di abuso di posizione dominante da parte di Meta Platforms, tenendo conto, *inter alia*, della non conformità del comportamento di tale impresa alle disposizioni del RGPD”.

⁴⁴ Il criterio della “speciale responsabilità” è stato introdotto dalla Corte di giustizia per valutare la responsabilità dell'impresa dominante, la quale, proprio per la posizione, si troverebbe investita dall'obbligo di preservare una concorrenza efficiente sul mercato rilevante e di non porre in essere comportamenti suscettibili di nuocere alla struttura stessa del mercato (sentenza della Corte del 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin*, punto 57). In altri termini, l'idea di fondo è che esista una concorrenza “normale”, che è ovviamente ammessa; ed una competizione che è, al contrario, basata su mezzi anticoncorrenziali (sentenza della Corte del 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffman-La Roche*, punto 91). La concorrenza normale sarebbe quella fondata solo sui meriti. In altri termini, se la condotta tenuta dall'operatore dominante è espressione di strumenti che ogni impresa generalmente utilizza per guadagnare potere di mercato, quindi di una maggiore efficienza organizzativa, di una qualità superiore del servizio offerto, di una più proficua capacità di innovazione e, in generale, ogni altra migliore prestazione dovuta ai meriti commerciali dell'impresa, tale condotta deve ritenersi pienamente compatibile con il mantenimento di un sistema concorrenziale di mercato e, di conseguenza, lecita. Viceversa, la condotta è abusiva - e quindi vietata - se essa ha quale unico effetto di impedire l'accesso al mercato o di produrre l'estromissione dei concorrenti dal medesimo, senza tradursi in una migliore *performance* dell'offerta dell'impresa dominante (v. sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2012, causa C-457/10 P, *AstraZeneca AB*, punti 75 e 76).

⁴⁵ Si tratta, verosimilmente, di una conseguenza del noto effetto Bruxelles, per effetto del

ti digitali, il Congresso statunitense sta discutendo, da quasi due anni, della proposta di introduzione di una normativa per regolamentare le attività *online* delle piattaforme di grandi dimensioni⁴⁶.

Ove si raffronti il progetto legislativo statunitense con quello europeo emerge con chiarezza che, mentre il primo si focalizza sulla tutela della concorrenza, il secondo prende in considerazione anche in maniera autonoma taluni diritti digitali degli utenti, prescindendo dall'impatto che la loro violazione determina sul funzionamento della concorrenza.

Che così stiano le cose emerge anche dalla stessa formulazione del progetto normativo nordamericano. L'art. 3 del progetto prende, infatti, in considerazione comportamenti analoghi a quelli sanzionati dall'art. 5 del regolamento europeo, ma è chiaro che, nel primo caso, la valutazione non è astratta, ma la stessa viene sempre rapportata ai tradizionali parametri concorrenziali. Così, in via esemplificativa, il progetto di atto normativo statunitense, identifica talune condotte abusive, astrattamente corrispondenti a quelle previste dal *Digital Markets Act* (quali il *self-preferencing*, ovvero il fatto di introdurre condizioni differenti per i diversi operatori commerciali), ma chiaramente subordina l'irrogazione della sanzione alla valutazione dell'impatto che queste condotte determinano sul funzionamento del mercato⁴⁷.

quale, gli standard normativi europei, che generalmente fissano livelli di tutela più elevati di quelli mondiali, tendono ad imporsi anche all'esterno (v. A. BRADFORD, *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World*, Oxford, 2020).

⁴⁶ Si tratta del progetto denominato *American Innovation and Choice Online Act*, contraddistinto con il numero HR3816 alla Camera e con il numero S2992 al Senato. La proposta è stata presentata, nelle due camere, in data 23 giugno 2021, dal deputato David C. Cicilline alla Camera e, in data 18 ottobre 2021, da Amy Jean Klobuchar, al Senato. Il progetto, presentato da esponenti democratici, è ora abitualmente considerato bipartisan (per un esponente repubblicano che si è già pronunciato a favore di una rigorosa regolamentazione del settore v. J. HAWLEY, *The Tyranny of Big Tech*, Washington D.C., 2021, p. 146 ss.). Il progetto è tuttora in discussione e i tempi per la conclusione dell'*iter* legislativo non sono al momento prevedibili; tanto più che sembra che verrà data preferenza al progetto di riforma della Sec. 230, concernente la responsabilità delle piattaforme per i contenuti che vengono postati dagli utenti (v. R. KLAR, *Biden Urges Bipartisan Action to Rein in Big Tech*, reperibile online: www.thehill.com, January 2023).

⁴⁷ Cfr. art. 3 del progetto statunitense: "It shall be unlawful for a person operating a covered platform in or affecting commerce to engage in conduct... that would: (1) preference the

In sintesi, il cuore del progetto statunitense è, evidentemente, solo la concorrenza nei mercati digitali. Al contrario, nessuna autonoma considerazione riceve la *privacy* degli utenti; se non nella misura, in cui la violazione della stessa pregiudica la parità nell'accesso al mercato delle imprese. Si può pertanto affermare che, se la legge statunitense verrà promulgata nella forma corrispondente al progetto, questa non determinerà un cambiamento significativo nella valutazione che la Federal Trade Commission statunitense è tenuta a svolgere, dal momento che taluni comportamenti abusivi, anche se determinano una lesione dei dati personali, assumeranno rilevanza solo nella misura in cui questi arrecano un pregiudizio all'assetto concorrenziale del mercato.

Al contrario, tutto questo non si verifica nell'ordinamento europeo. Taluni comportamenti, quali quelli di non utilizzare i dati degli utenti al di fuori del loro consenso o di non confondere i dati dell'impresa dominante con quelli derivanti dalle attività degli operatori commerciali sulla medesima piattaforma, vengono imposti a prescindere da qualunque valutazione circa il loro impatto anticoncorrenziale. La violazione dei predetti diritti degli utenti, ai sensi del regolamento 2022/1925, determina infatti l'irrogazione di una sanzione a prescindere dall'impatto che la predetta violazione produce sul funzionamento del mercato. In altri termini, è solo nel contesto europeo, per effetto delle modifiche introdotte nell'ordinamento sovranazionale dal *Digital Markets Act*, che la *privacy* diviene un elemento autonomo di valutazione della correttezza del comportamento delle piattaforme di maggiori dimensioni.

5. Per chiarire quanto affermato in termini astratti nel precedente paragrafo occorre analizzare le disposizioni che, nel regolamento 2022/1925, sono dedicate alla protezione dei dati personali e della vita privata *online*. Le disposizioni principali sono essenzialmente tre: la prima riguarda il divieto di

products, services, or lines of business of the covered platform operator over those of another business user on the covered platform *in a manner that would materially harm competition*; (2) limit the ability of the products, services, or lines of business of another business user to compete on the covered platform relative to the products, services, or lines of business of the covered platform operator *in a manner that would materially harm competition*; (3) discriminate in the application or enforcement of the terms of service of the covered platform among similarly situated business users *in a manner that would materially harm competition*" (corsivi aggiunti).

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 dati. Al riguardo, in relazione ad ognuna delle tre 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.

Innanzitutto, l'art. 5, par. 2, stabilisce a carico del *gatekeeper* l'obbligo di non combinare i dati⁴⁸.

La disposizione regolamentare è stata, opportunamente, modificata nel corso dell'*iter* legislativo⁴⁹. Il testo normativo è stato infatti ampliato, rispetto al progetto diffuso dalla Commissione⁵⁰, per includervi talune fattispecie ini-

⁴⁸ 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 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 giugno 2020, reperibile *online* al sito 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, dove il caso è tuttora pendente. Per una più completa esposizione del caso v. M. MIDIRI, *Le piattaforme e il potere dei dati (Facebook non passa il Reno)*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2021, p. 111 ss.; F. M. SCOTT MORTON, D. C. DINIELLI, *Roadmap for an Antitrust Case against Facebook*, in *Stanford Journal of Law*, 2022, p. 268 ss.

⁴⁹ V. F. BATTAGLIA, *Consumatore digitale*, Napoli, 2023 (in corso di pubblicazione), p. 353.

⁵⁰ 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) 842final, 2020/0374(COD): il *gatekeeper* "si astiene dal combinare dati personali ricavati da tali servizi di piattaforma di base

zialmente 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 base⁵¹.

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.

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

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".

⁵¹ Art. 5, par. 2, reg. 2022/1925, cit.: 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".

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”.

In effetti i dubbi circa l'effettività di detta disposizione non sembrano del tutto peregrini. Diverse perplessità discendono dal fatto che la stessa è collocata solo in un considerando e per il fatto che risulta formulata in termini estremamente flessibili ed essenzialmente esortativi⁵². A ciò si aggiunga che il testo normativo sembra parzialmente contraddire proprio il considerando n. 37, dal momento che, sul punto, il citato art. 5, par. 2, si limita sostanzialmente a rinviare al GDPR, quasi a sminuirne la portata normativa del considerando.

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.

Pertanto è verosimilmente la combinazione delle due previsioni che consente di affermare che la tutela della *privacy* degli utenti ne risulta in definitiva 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). In definitiva questa previ-

⁵² Cfr. in particolare, i seguenti passaggi: “il consenso dovrebbe essere prestato mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile”, “l'utente finale dovrebbe essere informato del fatto che non prestare il consenso può determinare un'offerta meno personalizzata”, corsivi aggiunti)

sione completa quanto già stabilito dall'art. 20, GDPR⁵³, 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 personali⁵⁴. 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 sostenute⁵⁵.

Il reg. 2022/1925, a differenza del GDPR, estende poi il diritto alla portabilità anche agli utenti commerciali⁵⁶. 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, 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 tali 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 peraltro contenere anche un incremento di tutela rispetto al GDPR. È infatti noto che il problema della portabilità dei dati è che lo stesso non ha senso quale mera prerogativa astratta. I dati (nonché il loro specifico valore economico) dipendono dallo

⁵³ 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).

⁵⁴ L'art. 6, par. 9, del regolamento 2022/1925, cit., 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”. V. in questo senso F. BATTAGLIA, *op. cit.*, p. 360.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ V. F. BATTAGLIA, *op. cit.*, p. 361.

specifico contesto nel quale sono generati. Come è stato notato, infatti, “rimuovendoli dal contesto di origine perdono valore dal momento che decadono le funzionalità che potevano alimentare, incluse le possibilità di profilazione e benchmarking. Inoltre, i dati perdono valore nel tempo se non alimentati da un flusso continuo di aggiornamenti”⁵⁷.

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 profilazione⁵⁸.

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 (“forrendo un accesso continuo e in tempo reale a tali dati”).

In sintesi, il *DMA* è chiaramente maggiormente ispirato ad una tutela della *privacy* e della vita privata *online*, in maniera chiaramente diversa dall’omologo progetto statunitense, che al contrario presenta una matrice esclusivamente concorrenziale. Tuttavia, sotto molti profili, la tutela dei dati personali risultante dalla combinazione delle previsioni del *DMA* e di quelle del GDPR sembra tuttora non pienamente efficace e, in definitiva, non del tutto adeguata rispetto all’evoluzione tecnologica.

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.

⁵⁷ M. POLO, A. SASSANO, *DMA: Digital Markets Act o Digital Markets Armistice?*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, p. 501 ss., spec. p. 521.

⁵⁸ M. W. VAN ALSTYNE, G. PETROPOULOS, G. PARKER, B. MARTENS, *In-situ Data Rights*, in *Communications of the ACM*, n. 12, 2021, p. 34 ss.