

AIDA

Annali italiani del diritto d'autore,
della cultura e dello spettacolo

fondati da
Luigi Carlo Ubertazzi

XXXII - 2023

Sezione non inclusa

Acquista
qui

PARTE PRIMA

Acquista
qui

Acquista
qui

**La disciplina della concorrenza e della proprietà intellettuale
nei mercati digitali**

Acquista
qui

Termine estratto capitolo

GIUSEPPE COLANGELO

Regolazione dei mercati digitali e neutralità dei *gatekeepers*: il tramonto dell'antitrust? Il caso della dottrina dell'*essential facility* e della dipendenza economica (*)

INDICE SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. DMA e diritto della concorrenza. – 3. DMA, accesso alla piattaforma e dottrina dell'*essential facility*. – 4. DMA, trattamento *fair* sulla piattaforma e abuso di dipendenza economica. – 5. Conclusioni.

1. Nello scenario internazionale l'Unione europea si è, negli ultimi anni, caratterizzata per numerose iniziative legislative tese a regolamentare i mercati digitali, efficacemente sintetizzate nel cosiddetto *Brussels effect* che testimonierebbe la leadership regolatoria conquistata a livello globale (1). In questo scenario, il Digital Markets Act (DMA) recentemente entrato in vigore ha un ruolo preminente (2).

Il Regolamento, sin dalla sua genesi, ha alimentato un vivace dibattito soprattutto per il suo controverso rapporto con il diritto della concorrenza (3). In particolare, ad essere oggetto di numerose critiche non è soltanto la scelta di privilegiare un intervento regolatorio settoriale in luogo della naturale applicazione delle regole antitrust, ma anche i profili che dovrebbero caratterizzare il suddetto intervento rispetto appunto alla disciplina della concorrenza. Si è, infatti, obiettato che, in ragione degli interessi giuridici protetti e delle obbligazioni introdotte, il DMA si sovrappone pericolosamente al tradizionale ambito di applicazione della disciplina antitrust, trovando la sua vera giustificazione non tanto in un presunto fallimento di mercato, quanto nell'esigenza di fornire alla Commissione europea una agevole scorciatoia per l'*enforcement* di alcune regole che, sebbene ispirate dalla casistica antitrust, verrebbero imposte *ex ante* senza dover ricorrere alla onerosa analisi economica richiesta dalla disciplina della concorrenza.

È opportuno ad ogni modo ricordare come il dibattito sul ruolo della regolazione nei mercati digitali abbia coinvolto e continui ad interessare tutte le giurisdizioni muovendo dalla preoccupazione che le attuali regole concorrenziali possano risultare inadeguate a fronteggiare l'avvento dei cd. *gatekeeper*, un esiguo numero di piattaforme capaci sia di disciplinare l'accesso dei terzi ai mercati digitali sia di

(*) Questo scritto ha ricevuto un giudizio positivo di un referee.

(1) A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, New York, 2020.

(2) Regolamento (EU) 2022/1925 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (Digital Markets Act), (2022) GUUE L 265/1.

(3) Per un'analisi del DMA nonché del rapporto tra quest'ultimo e la disciplina della concorrenza sia consentito rinviare a G. COLANGELO, *DMA Begins*, in *Journal of Antitrust Enforcement* 2023, 116; M. CAPPAL e G. COLANGELO, *Applying ne bis in idem in the aftermath of bpost and Nordzucker: the case of EU competition policy in digital markets*, in *Common Market Law Review* 2023, 431; G. COLANGELO, *The European Digital Markets Act and antitrust enforcement: a liaison dangereuse*, in *European Law Review* 2022, 597; M. CAPPAL e G. COLANGELO, *Taming digital gatekeepers: the more regulatory approach to antitrust law*, in *Computer Law & Security Review* 2021, 105559.

imporre loro termini e condizioni per lo svolgimento delle attività nei mercati digitali. A fronte delle peculiarità dei mercati digitali che favorirebbero la concentrazione del potere di mercato in capo a pochi *gatekeeper*, legislatori e *policy maker* hanno reagito a livello internazionale in modo diverso, dividendosi tra quanti reputano sufficiente procedere con un aggiornamento di alcune norme antitrust e quanti, invece, considerano necessario abbracciare un approccio regolatorio introducendo obblighi e divieti *ex ante*. Più in generale, sul banco degli imputati si trova il cd. *more economic approach* al diritto della concorrenza, ossia l'influenza esercitata dalle teorie economiche orientate ad analizzare le condotte sul mercato in una pura prospettiva di efficienza e, in particolare, di *consumer welfare*, accusati di aver favorito un sostanziale *underenforcement* delle regole antitrust.

Nell'analizzare il delicato rapporto tra DMA e disciplina della concorrenza, il presente contributo mira ad indagare se l'entrata in vigore del Regolamento relativo ai mercati digitali determinerà di fatto il progressivo ed inesorabile tramonto dell'antitrust o se, invece, favorirà una frammentazione regolamentare all'interno dell'Unione europea alimentando il conflitto e la competizione tra i diversi strumenti giuridici a disposizione delle autorità antitrust europee e nazionali. Particolare attenzione sarà dedicata a verificare come l'introduzione della nuova figura del *gatekeeper* e la previsione di specifici obblighi di neutralità a carico delle imprese designate come tali si relazionino con alcune norme antitrust apparentemente simili e riguardanti il rifiuto di contrarre e la dipendenza economica.

2. L'ambito di applicazione del DMA ruota principalmente attorno alla designazione delle piattaforme *gatekeeper*. Secondo il Regolamento, infatti, le caratteristiche dei mercati digitali (barriere molto alte all'ingresso o all'uscita; economie di scala estreme, derivanti spesso da costi marginali pari pressoché a zero per l'aggiunta di utenti commerciali o utenti finali; effetti di rete molto forti; grado significativo di dipendenza sia degli utenti commerciali sia degli utenti finali; effetti di *lock-in*; indisponibilità per gli utenti finali del *multihoming*; integrazione verticale e vantaggi basati sui dati) conferiscono un considerevole potere economico ad un numero ridotto di imprese che vantano una capacità di connettere, attraverso i loro servizi, molti utenti commerciali con un numero elevato di utenti finali e che talvolta esercitano un controllo su interi ecosistemi (4). La combinazione di tali elementi rende la posizione di tali operatori difficilmente contendibile, indipendentemente dal livello di innovazione o efficienza degli stessi, e determina in molti casi squilibri gravi in termini di potere contrattuale e, dunque, l'imposizione di condizioni inique tanto per gli utenti commerciali quanto per gli utenti finali (5).

Pertanto, le finalità del DMA vengono indicate nella necessità di garantire la contendibilità e l'equità (*fairness*) per i mercati nel settore digitale in generale e per gli utenti commerciali e gli utenti finali dei servizi forniti dai *gatekeeper* in particolare (6).

In tale prospettiva, il Regolamento afferma che, sebbene le regole antitrust si

(4) Regolamento 2022/1925, cit., considerando 2 e 3.

(5) Ivi, considerando 3 e 4.

(6) Ivi, considerando 7.

applichino al comportamento dei *gatekeeper*, “l’ambito di applicazione di tali disposizioni è limitato a talune tipologie di potere di mercato, per esempio una posizione dominante in mercati specifici e di comportamento anticoncorrenziale, e la loro applicazione avviene *ex post* e richiede un’indagine approfondita, caso per caso, di fatti spesso molto complessi” (7). Inoltre, tali disposizioni non affrontano i problemi imputabili al comportamento dei *gatekeeper* “che non dispongono necessariamente di una posizione dominante in termini di diritto della concorrenza” (8). Ne consegue che, secondo quanto dichiarato nel DMA, il Regolamento in questione mira a proteggere “un interesse giuridico diverso” rispetto a quello protetto dalle norme antitrust e persegue “un obiettivo complementare, ma diverso, alla protezione della concorrenza non falsata su un dato mercato, quale definita in termini di diritto della concorrenza”, ossia garantire che i mercati in cui sono presenti *gatekeeper* siano e rimangano equi e contendibili, “indipendentemente dagli effetti reali, potenziali o presunti sulla concorrenza in un dato mercato” derivanti dal comportamento di un dato *gatekeeper* (9).

Di conseguenza, la base giuridica dell’intervento è individuata nell’art. 114 TFUE, piuttosto che dall’art. 103 TFUE destinato all’attuazione delle disposizioni antitrust ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE. Inoltre, dal punto di vista del disegno istituzionale, il DMA opta per la centralizzazione dell’attuazione e dell’applicazione a livello europeo rispetto alla tradizionale applicazione antitrust decentrata o parallela a livello nazionale. Alla luce della presunta complementarità, le norme antitrust tradizionali rimangono applicabili (10). Tuttavia, la loro applicazione non deve pregiudicare gli obblighi imposti ai *gatekeeper* dal Regolamento e la loro applicazione uniforme ed efficace (11).

La proclamata giustificazione economica del DMA è, in realtà, parsa ai più poco convincente. Il DMA condivide, infatti, gli stessi obiettivi e tutela gli stessi interessi giuridici della legge sulla concorrenza. Inoltre, la lista di obblighi e divieti posti a carico dei *gatekeeper* è chiaramente ispirata da procedimenti antitrust presentandosi come una mera sinossi di casi passati e in corso. Pertanto, anziché di una vera e propria regolazione, il DMA può essere più propriamente descritto come una legge sulla concorrenza specifica per il settore digitale o come un segnale di cambiamento verso un *more regulatory approach* alla legge sulla concorrenza, essenzialmente volto a rendere l’indagine antitrust più rapida e semplice.

In altre parole, si avverte la chiara sensazione che la ragione ispiratrice dell’intervento legislativo sia rappresentata non tanto dall’esistenza di un fallimento di mercato, quanto di un avvertito fallimento nell’*enforcement* delle regole concorrenziali. Del resto, come ammesso nello stesso DMA al Considerando 5, l’analisi antitrust richiede un’indagine approfondita, caso per caso, di fatti spesso molto complessi. Sotto questo punto di vista, il DMA si presenta come una conveniente scorciatoia. La sua applicazione, infatti, prescinde dalla definizione del mercato rilevante, dall’accertamento di una posizione dominante nonché degli effetti anticom-

(7) Ivi, considerando 5.

(8) Ibid.

(9) Ivi, considerando 11.

(10) Ivi, art. 1(6).

(11) Ivi, art. 1(5).

petitivi delle condotte indagate e priva le imprese designate come *gatekeeper* per il rischio di limitare la possibilità di addurre giustificazioni procompetitive. In altre parole, l'applicazione del DMA prescinde da alcuna analisi economica.

La confusione tra DMA e diritto della concorrenza non è priva di importanti conseguenze pratiche. Dal momento che il DMA non è formalmente riconducibile al diritto della concorrenza e quest'ultimo continua ad essere applicato in parallelo al nuovo Regolamento, i Paesi membri sono liberi di aggiornare le proprie normative antitrust nazionali per renderle più efficaci rispetto alle presunte peculiarità dei mercati digitali. L'esempio più eloquente in tal senso è rappresentato dalla Germania che ha deciso di dotare la propria autorità antitrust nazionale di poteri aggiuntivi per fronteggiare condotte abusive che sono simili e funzionalmente equivalenti a quelle vietate dal DMA (12). Allo stesso modo, nuove disposizioni in tema di dipendenza economica introdotte in alcuni Stati membri (Belgio (13), Germania (14) e Italia (15)) si collocano in una prospettiva di rafforzamento delle regole antitrust motivate proprio dall'emergere di piattaforme *gatekeeper*.

Come risultato, a seguito dell'applicazione parallela del DMA, delle norme antitrust (nazionali ed europee) e delle leggi nazionali sulla dipendenza economica, una piattaforma digitale potrà essere potenzialmente soggetta a procedimenti cumulativi per la stessa condotta, rischiando di incorrere nel rischio di *ne bis idem*. O persino di *ne ter o quater in idem*.

Tali ipotesi di sovrapposizione e doppia applicazione del DMA e delle disposizioni antitrust nazionali mostrano che, nel mondo post-DMA, il panorama normativo europeo potrebbe essere più frammentato di quello preesistente, il che mette ulteriormente in discussione gli obiettivi e la base giuridica del DMA. La logica e la giustificazione dell'armonizzazione a livello europeo ai sensi dell'art. 114 del TFUE sono rappresentate dalla natura transfrontaliera dei servizi forniti dalle piattaforme digitali, che spesso dispiegano i loro modelli di business a livello globale, rendendo così impossibile per gli Stati membri, che agiscono da soli, affrontare efficacemente i problemi di concorrenza individuati. Nel DMA si afferma, infatti, che l'applicazione di norme nazionali comprometta il funzionamento del mercato unico dei servizi digitali e il funzionamento dei mercati digitali in generale (16).

In conclusione, a dispetto della proclamata complementarità tra diritto della concorrenza e DMA, quest'ultimo sembra sovrapporsi (e potenzialmente confliggere) con il primo (17). Questo esito appare confermato dal campo di applicazione

(12) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), 18 gennaio 2021, § 19a.

(13) Koninklijk Besluit, 31 luglio 2020, Art. 4.

(14) GWB, cit., §20.

(15) L. 5 agosto 2022, n. 118, art. 33.

(16) Regolamento 2022/1925, cit., considerando 6.

(17) Una conferma dei dubbi sulla presunta diversità degli obiettivi perseguiti da diritto della concorrenza e DMA giunge dalla recente decisione del Bunderskartellamt, 5 Ottobre 2023, Caso B7-70/21, *Alphabet*. Nell'accogliere gli impegni di Google, l'autorità tedesca conferma che la fattispecie indagata ai sensi della nuova sezione 19a del GWB (e relativa alla combinazione dei dati da diverse fonti) corrisponde sostanzialmente alla medesima fattispecie catturata dall'Articolo 5(2) del DMA, sicché: a) per evitare sovrapposizioni, gli impegni sottoscritti dinanzi all'autorità tedesca si applicheranno a tutti i mercati ad eccezione dei *core platform services* per i quali Google è stata designata come *gatekeeper* ai sensi del DMA; b) in ca-

SILVIA SCALZINI

Digital Markets Act e tutela della concorrenza (*)

INDICE SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il discusso inquadramento sistematico del Regolamento europeo sui mercati digitali (Digital Markets Act): funzioni ed interessi tutelati. L'interpretazione della "complementarietà" tra obiettivi e strumenti ex ante ed ex post del DMA e della tutela della concorrenza. – 3. Le "interferenze" con le norme in materia di concorrenza. – 4. L'applicazione "parallela" del DMA e del diritto (europeo e nazionale) della concorrenza e la questione del cumulo di norme. Il principio di ne bis in idem alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea. – 5. Le questioni relative al private enforcement del DMA in relazione all'applicazione del diritto della concorrenza. – 6. La questione delle "altre" norme nazionali in materia di concorrenza che disciplinano le piattaforme digitali. L'interferenza tra la fattispecie nazionale di abuso di dipendenza economica e il DMA.

1. Nell'ambito di un più ampio sforzo europeo di disciplinare i servizi digitali, e le piattaforme *online* in particolare, la finalità dichiarata del Regolamento (UE) 2022/1925 (1) (Regolamento sui mercati digitali o *Digital Markets Act*, di seguito "DMA") è di "contribuire al corretto funzionamento del mercato interno" (2), garantendo "la contendibilità e l'equità per i mercati nel settore digitale" (3). L'assunto da cui origina il Regolamento (4) è che l'applicazione del solo diritto della concorrenza non sia sufficiente per arginare i rischi sistemici originati dalle caratteristiche dei mercati digitali, specialmente dove sono presenti imprese che offrono servizi di piattaforma di base (definite "*gatekeepers*" o controllori dell'accesso (5)). Tali imprese, infatti, grazie al considerevole potere economico acquisito, sarebbero in grado di porre in essere pratiche sleali o inique nell'ambito dei rapporti "asimmetrici" con i propri utenti commerciali, finanche esercitando "un controllo su interi ecosistemi di piattaforme nell'economia digitale" (6) tale da ridurre in modo considerevole la contendibilità dei relativi mercati. L'assetto risultante dall'evoluzione di alcuni mercati dell'economia digitale mostra come la combinazione di caratteristiche quali "le economie di scala estreme" (7), gli "effetti di rete molto forti" (8), l'integrazione verticale e la multilateralità dei servizi offerti dai *gatekeepers*, le relative capacità di raccolta ed elaborazione dei dati, oltre ad alte barriere all'ingresso o all'uscita, effetti di *lock-in* e "un grado significativo di dipendenza sia degli utenti commerciali sia

(*) Questo scritto ha ricevuto un giudizio positivo di un referee.

(1) 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.

(2) Cfr. cons. n. 7 DMA.

(3) Cfr. cons. n. 7 DMA.

(4) Cfr. cons. nn. 1-6 DMA.

(5) Cfr. Art. 1, comma 1 DMA.

(6) Cfr. cons. n. 3 DMA.

(7) Cfr. cons. n. 2 DMA che specifica come le economie di scala siano "derivanti spesso da costi marginali pari pressoché a zero per l'aggiunta di utenti commerciali o utenti finali".

(8) Cfr. cons. n. 2 DMA.

degli utenti finali” (9), consentono forti squilibri di potere negoziale tra imprese che può essere sfruttato dai *gatekeepers* “a discapito dei prezzi, della qualità, della concorrenza leale, della scelta e dell’innovazione nel settore digitale” (10).

I divergenti approcci regolatori adottati da alcuni Stati membri per arginare le ripercussioni a livello economico e sociale rispetto al consolidamento di tali (eccessivi) poteri privati (11), inoltre, potrebbero comportare una frammentazione del mercato interno e complicare la *compliance* di imprese che operano in mercati di dimensioni transnazionali. Pertanto, il DMA stabilisce una serie di divieti ed obblighi giuridici armonizzati destinati alle imprese designate come “*gatekeepers*”, volti ad integrare l’applicazione *ex post* del diritto della concorrenza, per garantire mercati digitali equi e contendibili. Un carattere distintivo del Regolamento, inoltre, consiste nell’accentramento delle competenze di *enforcement* in capo alla Commissione europea, attraverso l’attribuzione di incisivi poteri di indagine, esecuzione e monitoraggio (12), con un ruolo ancillare di cooperazione e coordinamento delle autorità e delle corti nazionali (13).

L’introduzione di un tale strumento, innovativo rispetto al panorama normativo vigente circa l’intervento pubblico nei mercati (14), solleva una serie di rilevanti

(9) Cfr. cons. n. 2 DMA.

(10) Cfr. cons. n. 4 DMA. Sulle caratteristiche dei mercati digitali si vedano, in particolare, OECD, *An Introduction to online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*, OECD Publishing, Paris, 2019; CRÉMER, DE MONTJOYE, SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era: final report*, Publications Office of the European Union, Lussemburgo, 2019; AGCM, AGCOM, Garante per la Protezione dei dati personali, *Indagine Conoscitiva Congiunta sui Big Data*, 2019; SCHALLBRUCH, SCHWEITZER, WAMBACH, *A new competition framework for the digital economy: Report by the Commission «Competition law 4.0»*, 2019, su www.bmwk.de, da ultimo consultato il 16 febbraio 2024; SCOTT MORTON et al., *Report of the Committee for the study of digital platforms*, Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019, su <https://www.chicagobooth.edu/research/stigler/news-and-media/committee-on-digital-platforms-final-report>, da ultimo consultato il 16 febbraio 2024; FURMAN, COYLE, FLETCHER, MCAULEY, MARSDEN, *Unlocking digital competition*, 2019, su <https://www.gov.uk/government/collections/digital-competition-expert-panel>, da ultimo consultato il 16 febbraio 2024; KRAMER, SCHNURR, MICOVA, *The role of data for digital market contestability: case studies and data access remedies*, CERRE (Centre of Regulation in Europe), 2020, su <https://cerre.eu/publications/data-digital-markets-contestability-case-studies-and-data-access-remedies/>, da ultimo consultato il 16 febbraio 2024.

(11) Cfr. cons. n. 6 DMA. Riflettono sull’influenza del superpotere dei giganti del web, capace di trascendere i profili di natura puramente economica, e che solleva istanze di “efficienza democratica”, GHIDINI, ARMIENTO, *What’s past is prologue? L’antitrust europeo alla prova della/e necessità*, in *Merc. Conc. Reg.*, 1/2022, 85 ss.

(12) Cfr. Capo V DMA.

(13) Si vedano, in particolare, gli articoli 38 e 39 DMA, di cui *infra*.

(14) In dottrina, per alcuni primi commenti circa l’inquadramento sistematico del Regolamento, con posizioni anche critiche in termini di opportunità politica della relativa adozione, contenuti e natura dello strumento e interessi tutelati, cfr. *ex multis*, SCHWEITZER, *The art to make gatekeeper positions contestable and to know what is fair: A discussion of the Digital Markets Act proposal*, in *ZEUP*, 2021, 29, 503-544; PODSZUN, BONGARTZ, LANGENSTEIN, *The Digital Markets Act: Moving from Competition Law to Regulation for Large Gatekeepers*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2, 2021, 60 ss.; MANGANELLI, *Il regolamento Eu per i mercati digitali: ratio, criticità e prospettive di evoluzione*, in *Merc. Conc. Regole*, 3/2021, 473 ss.; BRUZZONE, *Verso il Digital Markets Act: obiettivi, strumenti e architet-*

questioni interpretative ed applicative, di diritto positivo, per quanto riguarda i rapporti e le interferenze con le (altre) norme europee e nazionali a tutela della concorrenza.

Nonostante la dichiarata “complementarietà” (15) tra i rispettivi obiettivi, i confini dell’ambito di applicazione del DMA e delle norme euro-unitarie e nazionali in materia di concorrenza non sono tracciati con sufficiente chiarezza nel testo del Regolamento, con riflessi sulla certezza giuridica per le imprese coinvolte e sull’effettivo ed efficace perseguimento degli interessi sottesi al quadro giuridico di riferimento. Oltre ai rischi di decisioni confliggenti, ed agli scenari che si prospettano in relazione al funzionamento concreto del (parallelo) *enforcement* amministrativo e privato, ulteriori preoccupazioni riguardano l’impatto del DMA sulle norme nazionali volte ad incidere sui rapporti tra piattaforme digitali ed altre imprese che fanno ricorso ai relativi servizi (16).

Al fine di affrontare tali problemi, dopo una ricostruzione della natura e delle funzioni del DMA, l’articolo esplora la questione preliminare, e fondamentale, della collocazione sistematica del nuovo Regolamento e degli interessi che mira a proteggere in relazione, in particolare, agli interessi tutelati dalle norme generali in materia di concorrenza, tentando di fornire anzitutto una interpretazione alla nozione di “complementarietà” evocata dal Regolamento.

L’articolo si sofferma poi sulle interferenze concrete tra l’applicazione del DMA e l’applicazione parallela delle norme di concorrenza (europee e nazionali), affrontando il problema del cumulo di norme e dell’applicazione del principio del *ne bis in idem* alla luce della più recente giurisprudenza euro-unitaria, e discutendo altresì alcuni nodi irrisolti relativi al *private enforcement* di fronte alle Corti nazionali, capaci di indebolire la evocata determinazione verso l’ applicazione uniforme ed accentrata del Regolamento.

tura istituzionale, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2021, 323 ss.; DONATI, *Verso una nuova regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2021, 258 ss.; FALCE, FARAONE, *Digital Markets Act: Profili Istituzionali*, in CAGGIANO, CONTALDI, MANZINI (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Cacucci, Bari, 2021, 143 ss.; ALPA, *La legge sui servizi digitali e la legge sui mercati digitali*, in *Contr. impr.*, 2022, 1 ss.; POLO, SASSANO, *Digital Markets Act or Digital Markets Armistice?*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2021, 3 ss.; BELLOSO, PETIT, *The EU Digital Markets Act (DMA): a Competition Hand in a Regulatory Glove*, in *European law review*, 2023, Vol. 48(4), 391-421; DE STREEL, ALEXIADIS, *The European Way to Regulate Big Tech: The EU’s Digital Markets Act*, in MOURA VICENTE ET AL. (a cura di), *The Legal Challenges of the Fourth Industrial Revolution*, Springer, Cham, 2023, 91 ss.

(15) *Cfr.* cons. n. 11 DMA.

(16) Le discussioni sulla coesistenza tra DMA e norme di concorrenza sono particolarmente vivaci in dottrina, nell’ambito della quale vi sono spesso visioni non convergenti sull’approccio interpretativo da prediligere, specialmente con riferimento al rapporto tra DMA e normative nazionali. In tema *cfr.* in particolare LIBERTINI, *Il Regolamento europeo sui mercati digitali e le norme generali in materia di concorrenza*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 4/2022, 1069 ss.; COLANGELO, *The European digital markets act and antitrust enforcement: A ‘liaison dangereuse’*, in *European law review*, 2022, Vol. 47(5), 597-621; DREXL, CONDE GALLEGÓ, GONZÁLEZ OTERO, HERRMANN, HOFFMANN, JOHANNSEN, KESTLER, MATARAZZI, *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 2 May 2023 on the Implementation of the Digital Markets Act (DMA)*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research, Paper No. 23-11.

L'articolo approfondisce, infine, le questioni derivanti dai confini applicativi e divieti nazionali di comportamenti unilaterali in materia di concorrenza che intervengono sulle condotte delle piattaforme digitali, come – nell'ordinamento interno – la fattispecie dell'abuso di dipendenza economica, alla luce della comparazione con le soluzioni interpretative adottate dal *Bundeskartellamt* nell'ordinamento tedesco (17).

In ragione della ricostruzione dell'inquadramento sistematico del nuovo Regolamento, l'articolo propone alcune soluzioni volte ad una interpretazione teleologica delle disposizioni del DMA che disciplinano il rapporto tra il nuovo Regolamento e la tutela della concorrenza (nei mercati digitali) al fine di prevenire ed allentare le tensioni che possono derivare dalla parziale sovrapposibilità tra strumenti e rimedi.

2. Il preambolo del DMA giustifica l'emanazione del Regolamento in risposta ai fallimenti di mercato che si manifestano nelle dinamiche concorrenziali che riguardano i servizi di piattaforma di base (18) e ad alcuni limiti applicativi del diritto della concorrenza, con particolare riferimento agli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), consistenti nel limitato ambito di applicazione a talune tipologie di potere di mercato, come l'abuso di posizione dominante, ed il necessario intervento *ex post* a valle di indagini approfondite, caso per caso, di fatti spesso molto complessi (19).

Pertanto, come chiarito dai cons. nn. 10 e 11, il Regolamento “mira a integrare l'applicazione del diritto della concorrenza” (20), seppur attraverso il perseguimento di “un obiettivo complementare, ma diverso rispetto alla protezione della concorrenza non falsata su un dato mercato quale definita in termini di diritto della con-

(17) Si fa in particolare riferimento alla decisione B7-70/21 nei confronti di Alphabet Inc., Google Ireland Limited, Google Germany GmbH. Si veda *infra*, § 6.

(18) Il considerando n. 5 esplicita, infatti, che “spesso i processi di mercato non sono in grado di garantire risultati economici equi per quanto riguarda i servizi di piattaforma di base”. Tali servizi sono definiti dall'Art. 2 DMA attraverso un elenco, da considerarsi esaustivo, che comprende “a) servizi di intermediazione online; b) motori di ricerca online; c) servizi di social network online; d) servizi di piattaforma per la condivisione di video; e) servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero; f) sistemi operativi; g) browser web; h) assistenti virtuali; i) servizi di cloud computing; j) servizi pubblicitari online, compresi reti pubblicitarie, scambi di inserzioni pubblicitarie e qualsiasi altro servizio di intermediazione pubblicitaria, erogati da un'impresa che fornisce uno dei servizi di piattaforma di base elencati alle lettere da a) a i)”. L'elencazione di tali servizi è di notevole rilevanza per la designazione, da parte della Commissione, dei soggetti individuati come *gatekeepers*. Ne discende che gli stessi soggetti potrebbero essere “*gatekeepers*” ai sensi del Regolamento solo in relazione ai suddetti servizi (o ad alcuni di essi), mentre per mercati in cui offrano servizi diversi non sarebbero assoggettabili al DMA. Inoltre, ai sensi dell'Art 3, comma 9, “in relazione a ciascuna impresa designata come *gatekeeper* [...] la Commissione elenca nella decisione di designazione i pertinenti servizi di piattaforma di base forniti nell'ambito di tale impresa e che costituiscono singolarmente un punto di accesso importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali, conformemente al paragrafo 1, lettera b)”. Tale profilo è estremamente rilevante anche per l'analisi che occupa in relazione ai confini applicativi tra normative interferenti, come si vedrà meglio nel § 6.

(19) *Cfr.* cons. n. 5 DMA.

(20) *Cfr.* cons. n. 5 DMA.

FRANCESCO SPORTA CAPUTI

Gatekeeper, abuso di posizione dominante ed efficacia preventiva dei presidi comportamentali e organizzativi introdotti dal Digital Market Act e dal Digital Service Act (*)

INDICE SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I big data e l'inadeguatezza del sistema tradizionale di regolazione antitrust: il Caso Google Shop e il caso Amazon FBA. – 3. Il tentativo di argine introdotto nella fattispecie di abuso di dipendenza economica: cenni. – 4. Il Reg.to DMA ed il Reg.to DSA: pluralità e polifunzionalità delle fonti di diritto unionale nell'ottica antitrust. – 5. Il mutamento del paradigma regolamentare antitrust nel Reg.to DMA. – 6. I presidi comportamentali del Reg.to DMA e la loro efficacia nella prevenzione del rischio di abuso di posizione dominante. – 7. Il mutamento del paradigma regolamentare antitrust nel Reg.to DSA. – 8. I presidi organizzativi del Reg.to DSA e la loro efficacia nella prevenzione del rischio di abuso di posizione dominante. – 9. Tracce ricostruttive per una *governance* degli operatori dei mercati digitali e dei gestori di piattaforme digitali o di motori di ricerca online.

1. L'economia digitale del terzo millennio è basata sulla raccolta di dati e sulla loro elaborazione mediante una gestione algoritmica, anche con strumenti dell'intelligenza artificiale (1), che ha trasformato i dati da «merce» di scambio su un determinato mercato a «sistema economico complesso» che ingloba in sé diversi

(*) Questo scritto ha ricevuto un giudizio positivo di un referee.

(1) L'espressione "artificial intelligence" è stata coniata nel 1956 dal matematico statunitense John McCarthy; tra le molteplici definizioni che si sono da allora prospettate, una delle più accreditate è quella contenuta nel documento della Stanford University, *Artificial intelligence and life in 2030. One hundred year study on Artificial Intelligence*, 2016, https://ai100.stanford.edu/sites/g/files/sbiybj9861/f/ai_100_report_0831fnl.pdf, 5, che la identifica in «un insieme di tecniche computazionali che vengono ispirate – pur operando tipicamente in maniera diversa – dal modo in cui gli esseri umani utilizzano il proprio sistema nervoso e il proprio corpo per sentire, imparare, ragionare e agire».

Sul piano giuridico, non esiste ancora una definizione ufficiale o generalmente accettata di intelligenza artificiale, ma per una prima qualificazione, anche con riferimento al machine learning ed al deep learning si veda COMMISSIONE EUROPEA, *L'intelligenza artificiale per l'Europa*, COM(2018) 237 final, Bruxelles, 25 aprile 2018, secondo cui «"Intelligenza artificiale" (IA) indica sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi»; COMMISSIONE EUROPEA, *Libro bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, COM(2020) 65 final, Bruxelles, 19 febbraio 2020, ove si precisa che «l'IA è un insieme di tecnologie che combina dati, algoritmi e potenza di calcolo». Tuttavia, la 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 (COM2021/0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)), nel testo approvato dal Parlamento europeo in data 14.06.2023, all'art. 3, punto 1 contiene una definizione di «sistema di Intelligenza Artificiale», inteso come «un sistema automatizzato progettato per operare con livelli di autonomia variabili e che, per obiettivi espliciti o impliciti, può generare output quali previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti fisici o virtuali». Dopo l'approvazione di giugno 2023, sono stati avviati negoziati con i singoli Stati membri in seno al Consiglio UE per la stesura finale della legge, con l'obiettivo di giungere un accordo definitivo entro la fine del 2023.

mercati dell'informazione (2) nei quali i dati rielaborati, incrociati e aggregati diventano «merce nuova» ed in ultima istanza anche merce indiretta e mediata di scambio; il fenomeno testé richiamato è poi trasversale ad ogni settore economico tradizionale (3).

La gestione di una mole indeterminata ed indeterminabile di dati, tanto sul piano quantitativo quanto sul piano qualitativo (cd. big data), da ultimo mediante l'utilizzo dei computer quantistici (4), pone i gestori di piattaforme digitali e i pre-

(2) Sulla nozione di ecosistema o conglomerato digitale, cfr. PODSZUN, *Digital Ecosystems, Decision-Making, Competition and Consumers: On the Value of Autonomy for Competition*, in *SSRN Electronic Journal*, 17 luglio 2019, 4 ss.; AMMANNATI, CANEPA, GRECO e MINNECI, *Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali*, Giappichelli, Torino, 2021.

(3) La trasversalità del fenomeno è efficacemente evidenziata con specifico riferimento al diritto societario, tra i tanti contributi, da ABRIANI e SCHNEIDER, *Il diritto societario incontra il diritto dell'informazione, IT, Corporate governance, e Corporate Social responsibility*, in *Riv. soc.* 2020, 1326 ss.. Gli Autori ricordano che il fenomeno della gestione algoritmica si è sviluppato in maniera sistematica ed organizzata soprattutto nel mercato dei servizi finanziari nel quale la maggior parte delle scelte di investimento sono da tempo basate sul c.d. trading algoritmico, nel più ampio ambito della c.d. FinTech, fino a coinvolgere le autorità di vigilanza di settore che hanno sollecitato l'utilizzo di strumenti di intelligenza artificiale da parte dei soggetti vigilati (cd. Reg Tech, espressione che sintetizza le forme di utilizzo delle tecnologie algoritmiche per fini regolatori e di vigilanza, sul quale cfr. VELLA, *Le società aperte: oltre il TUF? Per una discussione, Position Paper per l'Associazione Disiano Preite*, in *AGE* 2019, 431 ss.), per poi giungere alla nuova frontiera della c.d. Corp Tech governance, espressione coniata da ENRIQUES e ZETZSCHE, *Corporate Technologies and the Tech Nirvana Fallacy*, in *Hastings Law Journal* 2020, 72, 55 ss. e 59 ss., ossia alla penetrazione degli organi societari e delle dinamiche gestorie societarie.

Sul tema del rapporto tra intelligenza artificiale e corporate governance, nella dottrina italiana, senza pretesa di completezza, cfr. ABRIANI e SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, Il Mulino, Bologna, 2021, 38 ss.; ABRIANI, *La corporate governance nell'era dell'algoritmo. Prolegomeni a uno studio sull'impatto dell'intelligenza artificiale sulla corporate governance*, in *Nuovo dir. soc.* 2020, 261 ss.; MONTAGNANI M.L., *Flussi informativi e doveri degli amministratori di società per azioni ai tempi dell'intelligenza artificiale*, in *Persona e Mercato* 2020, 65 ss.; ID., *Il ruolo dell'intelligenza artificiale nel funzionamento del consiglio di amministrazione delle società per azioni*, Egea, Milano, 2021; MOSCO, *Roboboard. L'intelligenza artificiale nei consigli di amministrazione*, in *AGE* 2019, 247 ss.; SCARCHILLO, *Corporate Governance e Intelligenza Artificiale*, in *NGCC* 2019, 881 ss.; NUZZO A., *Algoritmi e regole*, in *AGE* 2019, 39 ss. e 43; IBBA, *Contenuti e forme dell'informazione societaria tra passato e futuro. Profili generali*, in *AGE* 2019 601 ss.. Sul tema v. anche i contributi raccolti negli atti del convegno in ricordo di ROSSI G., *Il caleidoscopio dell'informazione nel diritto societario e dei mercati*, a cura di MARCHETTI, GHEZZI e SACCHI, Milano, 2020.

(4) Il computer quantistico è un computer che sfrutta le leggi della fisica e della meccanica quantistica (la sovrapposizione di stati; l'entanglement, cioè la correlazione che c'è tra un qubit ed un altro; l'interferenza quantistica) per l'elaborazione dei dati sfruttando come unità fondamentale il qubit, a differenza del calcolo elettronico alla base dei computer oggi diffusi la cui unità fondamentale è invece il bit che deriva dal sistema di numerazione binario (che utilizza i valori di 0 e 1). Il computer quantistico è in grado di processare – nello stesso momento, attraverso il calcolo parallelo – più soluzioni ad un singolo problema anziché svolgere calcoli sequenziali come avviene ora con l'elaborazione elettronica. La prima dimostrazione del vantaggio quantistico è stata realizzata nel 2019 da Google (non a caso il più importante motore di ricerca e piattaforma online): il computer quantistico Sycamore a 57 qubit ha risolto in

statori dei relativi servizi digitali, quali detentori privilegiati di tali dati, in una posizione di iper-dominanza sul mercato rispetto a numerosi altri operatori economici, posti a livelli differenti della catena del valore dei dati «originari ed aggregati» (c.d. big data value chain), che di tali servizi usufruiscono.

La posizione dominante assunta dalle big tech companies sul mercato dei servizi online di riferimento, certamente non impedita dall'art. 102 TFUE (5), pone tuttavia delicate questioni sul piano regolamentare quando la posizione di forza economica legittimamente conquistata venga maliziosamente utilizzata a proprio vantaggio ed a discapito dei soggetti concorrenti o dei consumatori finali del servizio, dando luogo a fenomeni anticoncorrenziali riconducibili, tra gli altri, al genus dell'abuso di posizione dominante (6).

Le sempre più diffuse e striscianti tecniche di self preferencing (7) poste in essere dai gestori di motori di ricerca (caso Google Shop) o dai gestori di piattaforme online cd. marketplace (caso Amazon – FBA), oggetto di intervento repressivo ex post da parte delle Autorità antitrust europea e nazionale, hanno probabilmente dato la stura alla elaborazione di un nuovo approccio regolamentare del più complesso «ecosistema» dell'economia dei dati da parte del legislatore europeo, formalizzato,

200 secondi un problema che avrebbe richiesto in un computer classico 10,000 anni per la sua risoluzione (cfr. BOLDRINI, *Computer quantistico: cos'è, come funziona e ambiti applicativi*, in <https://www.ai4business.it/intelligenza-artificiale/computer-quantistico/>; BAIARDI, *Quantum computing: come si costruisce un computer quantistico*, in <https://www.agenda-digitale.eu/industry-4-0/quantum-computing-come-si-costruisce-un-computer-quantistico/>).

È facile intuire che la grande potenza di calcolo rappresenta un formidabile volano per l'implementazione e la diffusione dei sistemi di intelligenza artificiale e l'amplificazione dei suoi effetti sui sistemi economici e sociali.

(5) Cfr. BARIATTI e SODANO, *Gli abusi di posizione dominante*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia.*, in FRIGNANI e BARIATTI, (a cura), *Disciplina della concorrenza nell'UE*, Vol. 64, CEDAM, Padova, 2012, 253-257.

(6) Sulle delicate implicazioni antitrust derivanti dall'utilizzo dei big data, cfr. LIBERTINI, *Digital markets and competition policy. Some remarks on the suitability of the antitrust toolkit*, in *ODC 2021*, numero straordinario, 340 e 355 ss.; MAGGIOLINO, *I Big Data e il diritto antitrust*, EGEA, Napoli, 2018, 23 ss..

Sulle molteplici implicazioni poste dal trattamento algoritmico dei dati cfr., tra i tanti, in una prospettiva antitrust, cfr. PITRUZZELLA, *Big Data, Competition and Privacy: A Look from the Antitrust Perspective*, in *Conc. e merc.* 2016, 15 ss.; in una prospettiva di diritto della proprietà intellettuale, cfr. BERTANI, *Big data, proprietà intellettuale, e mercati finanziari*, in questa *Rivista* 2017, 538 ss.; ID., *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, Giuffrè, Milano, 2004, ove è proposta una compiuta formalizzazione della disciplina della proprietà intellettuale quale regime generale di circolazione delle informazioni; in una prospettiva di mercati e servizi finanziari, cfr. PARACAMPO (a cura di), *FINTECH. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Giappichelli, Torino, 2021; FINOCCHIARO e FALCE (diretto da), *FinTech: diritti, concorrenza e regole. Le operazioni di finanziamento tecnologico*, Bologna, 2019; CIAN e SANDEI (a cura di), *Diritto del FinTech*, CEDAM, Padova, 2020.

(7) Nel presente lavoro e senza alcuna ambizione definitoria, per self preferencing si intende la pratica consistente nel comportamento che consente alla piattaforma digitale in posizione dominante sul mercato, di sfruttare la sua struttura al fine di preferire i propri servizi o prodotti, escludendo i concorrenti dal mercato di riferimento, a prescindere dal vantaggio che i consumatori potrebbero ricavarne in termini di innovazione e sviluppo di prodotti migliori.

da ultimo, nel Regolamento UE n. 2022/1925 (c.d. Digital Market Act – Reg.to DMA) e nel Regolamento UE n. 2022/2065 (c.d. Digital Service Act – Reg.to DSA) (8).

Il nuovo quadro regolamentare tratteggiato dal legislatore europeo, in via di imminente entrata in vigore, reca con sé un cambio di passo nella regolamentazione dei comportamenti concorrenziali degli operatori dei mercati digitali e dei servizi online se la richiamata cornice normativa viene interpretata nella prospettiva – certamente «trasversale» rispetto alla equità e alla contendibilità del mercato unico dei servizi digitali – della tutela preventiva dei comportamenti anticoncorrenziali adottati dalle piattaforme, utilizzando quale grimaldello esegetico proprio i pilastri fondanti di un mercato libero e concorrenziale, ossia equità e trasparenza dell'informazione e contendibilità delle posizioni.

Il presente studio, seguendo un approccio funzionale, si propone di verificare l'efficacia del quadro normativo recato dal Reg.to DMA e dal Reg.to DSA nella prospettiva che si è definita «trasversale» della disciplina antitrust, tenuto conto del fatto che i citati regolamenti non sono annoverabili tipicamente tra gli strumenti giuridici della legislazione antitrust, ma ambiscono a tratteggiare per la prima volta (tanto in Europa quanto a livello globale) il perimetro regolamentare dei mercati digitali e dei servizi negli stessi erogati al fine di assicurarne l'efficienza (di funzionamento ed allocativa delle utilità) e la contendibilità dei mercati, fini complementari rispetto a quello antimonopolistico.

L'interrogativo considerato è se il cambio di filosofia regolatoria, basata su strumenti di regolazione ex ante dei mercati digitali equi e contendibili e su regole di governance degli operatori, possa avere vantaggiosi riflessi sulla disciplina della concorrenza e sulla tutela dei relativi beni giuridici se si prova a declinare la portata regolatoria implicita dei citati regolamenti in un'ottica antitrust.

Lo studio si prefigge di verificare se gli obblighi comportamentali imposti ai gatekeeper dal Reg.to DMA al fine di garantire un trattamento equo e corretto dei dati da parte dei fornitori dei servizi digitali siano idonei e sufficienti a prevenire o arginare altresì ipotesi di abuso di posizione dominante da parte degli stessi.

Inoltre, lo studio si occupa di analizzare i nuovi presidi organizzativi interni imposti ai gestori di servizi di piattaforme digitali dal Reg.to DSA al fine di tratteggiare i contorni di una nuova governance dei fornitori dei servizi digitali e di vagliare la loro effettiva ricaduta sulla prevenzione dei rischi di comportamenti anticoncorrenziali di abuso di posizione dominante, anche nella forma tipica del self preferencing.

In coerenza con la prospettiva di indagine prescelta, non saranno oggetto di analisi i pur tanti, multiformi ed interferenti aspetti giuridici posti dall'utilizzo dei

(8) L'intervento regolatore posto in essere dalla Commissione europea ha portata più ampia e si rifà alla cd. Strategia europea dei dati <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1593073685620&uri=CELEX%3A52020DC0066> che ha portato all'approvazione, oltre ai citati, anche del Regolamento UE 2022/868 (cd. Data Government Act) Regolamento europeo sulla Governance dei dati teso a promuovere il mercato europeo dei dati, al Regolamento UE2019/1150 rivolto alla tutela di utenti commerciali che utilizzano servizi di intermediazione per la propria attività e da ultimo alla Proposta di regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale).

EDOARDO ALBERTO ROSSI

Digital Markets Act (DMA) e Digital Services Act (DSA) alla luce del diritto internazionale privato: aspetti problematici (*)

INDICE SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il campo di applicazione del DSA e del DMA: delimitazione unilaterale e riferimenti al «diritto nazionale applicabile». – 3. Problematiche sull'individuazione del giudice competente: la rilevanza del domicilio del prestatore nell'UE e la qualificazione delle azioni di responsabilità. – 4. Conclusioni.

1. Nella strategia digitale dell'UE presentata nella comunicazione della Commissione europea del 19 febbraio 2020 «Plasmare il futuro digitale dell'Europa» è stata confermata la centralità assunta dalle nuove forme commerciali basate sull'utilizzo di piattaforme digitali nell'ambito del mercato unico dell'Unione (1). La regolamentazione di questo genere di attività imprenditoriali ha richiesto l'adozione, nei limiti delle competenze delle istituzioni dell'Unione, di nuovi atti legislativi al fine di tenere conto delle innovazioni digitali nello scenario economico internazionale. Si sono infatti profilate esigenze nuove, sconosciute alle tradizionali forme commerciali e imprenditoriali, a cui si riferivano gli strumenti legislativi europei (2).

Le iniziative legislative dell'Unione volte ad adeguare il quadro normativo vigente si sono recentemente concretizzate anche attraverso l'approvazione alla fine del 2022 dei regolamenti *Digital Services Act* (DSA) (3) e *Digital Markets Act*

(*) Questo scritto ha ricevuto un giudizio positivo di un referee.

(1) Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni «Plasmare il futuro digitale dell'Europa», COM(2020) 67 final, reperibile all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0067>, 7 ss.. Si veda anche la ricostruzione della graduale affermazione del mercato unico digitale a partire dalla Strategia di Lisbona del 2000 ad opera di FERRI, *Il bilanciamento dei diritti fondamentali nel mercato unico digitale*, Giappichelli, Torino, 2022, 25 ss..

(2) Si pensi, senza alcuna pretesa di esaustività, all'approvazione negli ultimi anni del GDPR (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 (CE) 1995/46), del regolamento sul geoblocking (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), della direttiva sui media audiovisivi (direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi), del regolamento P2B (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) e della 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. In tema v. M.E. ANCEL, *Brefs propos introductifs – Le Digital Services Act dans le paysage normatif européen*, in *Revue des Affaires Européennes* 2023, 611 ss.

(3) Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre

(DMA) (4), con i quali sono stati introdotti nuovi obblighi per i prestatori di servizi di intermediazione digitale – differenziati in base al tipo di attività, alla quantità di traffico e all’impatto sull’ecosistema digitale – mirando a migliorare la tutela dei diritti fondamentali degli utenti, fornire un ambiente chiaro e trasparente per le attività delle piattaforme e aumentare il livello di concorrenza per promuovere innovazione e crescita economica (5).

Da una parte, il DMA ha imposto obblighi più rigorosi alle grandi piattaforme «che forniscono un’importante porta d’accesso tra gli utenti commerciali e i consumatori» (c.d. gatekeepers, come i più influenti motori di ricerca, social networks, fornitori di servizi di messaggistica e di cloud computing, piattaforme di sharing economy, marketplaces digitali (6)); dall’altra, il DSA ha predisposto un quadro normativo volto più specificamente a tutelare i diritti degli utenti, anche attraverso maggiore trasparenza nell’accertamento della responsabilità delle società che gestiscono le piattaforme (7).

2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva (CE) 2000/31 (regolamento sui servizi digitali).

(4) 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).

(5) EIFERT, METZGER, SCHWEITZER e WAGNER, *Taming the giants: The DMA/DSA package*, in *Common Market Law Review* 2021, 987 ss.; AKMAN, *Regulating Competition in Digital Platform Markets: a Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act*, in *European Law Review* 2022, 85 ss.; BERROD, *Introduction au DMA: un esprit pionnier de la régulation des plateformes numériques*, in *Dalloz IP/IT* 2023, 266 ss.; TURILLAZZI, TADDEO, FLORIDI e CASOLARI, *The Digital Services Act: an Analysis of its Ethical, Legal, and Social Implications*, in *Law, Innovation and Technology* 2023, 83 ss.; WILMAN, *Between Preservation and Clarification: The Evolution of the DSA’s Liability Rules in Light of the CJEU’s Case Law*, in VAN HOBOKEN, QUINTAIS, APPELMAN, FAHY, BURI e STRAUB, *Putting the DSA into Practice. Enforcement, Access to Justice and Global Implications*, *Verfassungsbooks*, Berlin, 2023, 37 ss.; TORRES CAZORLA, *Ensuring a Safe and Accountable Online Environment. The Need for the Digital Services Act and its Historical Basis*, in *Revue des Affaires Européennes* 2023, 617 ss.

(6) V. artt. 2 e 3 del DMA. Sui requisiti di designazione dei gatekeepers v. oltre, par. 3. Dopo l’elaborazione di un primo elenco di potenziali gatekeepers sulla base dei requisiti dell’art. 3 (v. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_2413), la Commissione europea ha designato in via ufficiale sei gatekeepers – Alphabet (Google, YouTube), Amazon, Apple, ByteDance (TikTok), Meta (Facebook, Instagram, WhatsApp), Microsoft – che verranno presumibilmente designati gatekeepers in via ufficiale (v. la dichiarazione del 4 luglio 2023 del Commissario europeo Breton disponibile all’indirizzo https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_23_3674 e l’aggiornamento del 6 settembre 2023 disponibile all’indirizzo https://digital-markets-act.ec.europa.eu/commission-designates-six-gatekeepers-under-digital-markets-act-2023-09-06_en).

(7) CARRE, *Le règlement DSA: une avancée majeure pour la lutte contre les contenus illicites et la protection des droits fondamentaux des utilisateurs*, in *Dalloz IP/IT* 2023, 272 ss.; MANTELERO, *Fundamental Rights Impact Assessment in the DSA*, in VAN HOBOKEN, QUINTAIS, APPELMAN, FAHY, BURI e STRAUB, *Putting the DSA into Practice*, cit., 109 ss.; ALBANESE, *Standards internationaux de protection des droits de l’homme et conditions générales d’utilisation des médias sociaux: une protection modérée*, in *Revue des Affaires Européennes* 2023, 669 ss.

Nonostante la facilità con cui nell'ambito di questo genere di servizi possono sorgere rapporti giuridici transfrontalieri, il DMA e il DSA sembrano disinteressarsi delle questioni internazionalprivatistiche (v. considerando n. 10 e 126, art. 2.4 lett. h del DSA), lasciandone la disciplina alle vigenti regole di diritto internazionale privato (8), pur riconoscendo la rilevanza di tali rapporti per l'effettivo sviluppo della tutela dei diritti degli utenti e per la piena attuazione del *Digital Single Market* (9).

Le questioni internazionalprivatistiche investono sia il DSA sia il DMA e riguardano sia aspetti legati ai conflitti di leggi (v. oltre, par. 2) sia di giurisdizione (v. oltre, par. 3).

2. La delimitazione del campo di applicazione del DMA e del DSA ai fini dell'imposizione degli obblighi da essi previsti è stata effettuata in via unilaterale seguendo una scelta legislativa ormai consolidata per le fonti dell'Unione nel settore dei servizi digitali (10): sono gli stessi due regolamenti, con termini analoghi, a stabilire i criteri per la propria applicabilità attribuendo rilevanza alla collocazione dei destinatari dei servizi all'interno dell'Unione, a prescindere dallo Stato in cui è stabilito il prestatore (11). In tal modo i medesimi obblighi sono imposti ai prestatori, sia stabiliti nell'Unione sia al di fuori di essa, che «offrono» i propri servizi a destinatari situati in uno Stato membro (12).

Al fine di mitigare l'effetto extraterritoriale dell'applicazione della disciplina dell'Unione, il DMA prevede specifiche caratteristiche che devono essere possedute dai gatekeepers perché possano essere loro imposti gli obblighi del regolamento.

(8) Con particolare riguardo per il regolamento (UE) 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Bruxelles I bis), il regolamento (CE) 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) e il regolamento (CE) 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II).

(9) V. ad esempio i considerando n. 2, 31, 110 e 127 del DSA in cui si fa riferimento al «carattere intrinsecamente transfrontaliero di internet» e dei servizi di intermediazione digitale e ai possibili effetti negativi sul mercato interno derivanti da legislazioni nazionali divergenti da applicare a «situazioni transfrontaliere», nonché i considerando n. 1 e 7 del DMA in cui si osserva che i servizi digitali agevolano gli scambi commerciali transfrontalieri nel mercato interno, «aprendo opportunità commerciali completamente nuove per un elevato numero di imprese nell'Unione a vantaggio dei consumatori nell'Unione».

(10) V. ad esempio l'art. 3.1 del GDPR (regolamento UE n. 2016/679), l'art. 1.2 del regolamento P2B (regolamento UE n. 2019/1150), ma anche l'art. 3 della proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE (regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche) del 10 gennaio 2017, COM/2017/10 final, l'art. 2 della proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sull'intelligenza artificiale del 21 aprile 2021, COM/2021/206 final e l'art. 1 della proposta di *Data Act* (proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo) del 23 febbraio 2022, COM/2022/68 final.

(11) V. l'art. 1.2 del DMA e l'art. 2.1 del DSA.

(12) V. LUTZI, *The Scope of the Digital Services Act and Digital Markets Act. Thoughts on the Conflict of Laws*, in *Dalloz IP/IT* 2023, 279.

Trattasi segnatamente dei requisiti previsti dall'art. 3 del DMA, secondo cui «un'impresa 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». Il secondo paragrafo dell'art. 3 specifica inoltre che tali requisiti sono presunti sussistere se, quanto alla lett. a), l'impresa «raggiunge un fatturato annuo nell'Unione pari o superiore a 7,5 miliardi di € in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari, o se la sua capitalizzazione di mercato media o il suo valore equo di mercato equivalente era quanto meno pari a 75 miliardi di € nell'ultimo esercizio finanziario, e se essa fornisce lo stesso servizio di piattaforma di base in almeno tre Stati membri»; quanto alla lett. b), se l'impresa «nell'ultimo esercizio finanziario, annovera almeno 45 milioni di utenti finali attivi su base mensile, stabiliti o situati nell'Unione, e almeno 10.000 utenti commerciali attivi su base annua stabiliti nell'Unione (...)»; quanto alla lett. c), se le soglie previste per la lett. b) «sono state raggiunte in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari».

Ancor più esplicitamente il DSA richiede, all'art. 3, lett. d) ed e), che il prestatore di servizi presenti un «collegamento sostanziale con l'Unione», che può essere costituito dal suo stabilimento nell'UE, dalla presenza di un «numero considerevole di destinatari» in uno o più Stati membri (da valutare in rapporto alla popolazione nazionale) oppure dall'«orientamento delle attività verso uno o più Stati membri» (13).

Quest'ultimo criterio, benché non ignoto al diritto internazionale privato (14), suscita incertezza nella misura in cui richiede una valutazione caso per caso, basata su indici elaborati in via giurisprudenziale. Infatti, l'espressione «orientamento delle attività» utilizzata nel DSA ricorda quella di «direzione delle attività» presente nei regolamenti Bruxelles I bis e Roma I per stabilire l'applicabilità del regime protettivo dei consumatori in relazione, rispettivamente, all'individuazione del giudice competente e della legge applicabile.

(13) La formulazione letterale della norma suscita perplessità in relazione all'applicabilità del DSA ai prestatori stabiliti nell'UE che tuttavia indirizzano i propri servizi di intermediazione esclusivamente a destinatari situati al di fuori dell'Unione. In tale ipotesi, lo stabilimento del prestatore nell'Unione integrerebbe il «collegamento sostanziale» richiesto dall'art. 3. Tuttavia, lo stesso art. 3 definisce l'espressione «offrire servizi nell'Unione», intendendola come «consentire a persone fisiche o giuridiche *in uno o più Stati membri* di utilizzare i servizi di un prestatore di servizi intermediari che presenta un collegamento sostanziale con l'Unione». Sebbene il criterio non sia particolarmente chiaro, ci sembra di poter affermare che se i servizi non sono offerti *«nell'Unione»*, cioè se le persone fisiche o giuridiche in almeno uno Stato membro non hanno la possibilità di utilizzare i servizi, il DSA non può trovare applicazione, a prescindere dalla sussistenza di un «collegamento sostanziale» costituito dallo stabilimento del prestatore nell'Unione. Sembra deporre nello stesso senso anche il considerando n. 7 nel chiarire che le disposizioni del DSA «dovrebbero applicarsi ai prestatori di servizi intermediari indipendentemente dal loro luogo di stabilimento o dalla loro ubicazione, *nella misura in cui offrono servizi nell'Unione (...)*» (cors. agg.).

(14) V. *mutatis mutandis* artt. 17, 18, 19 del regolamento Bruxelles I bis e art. 6 regolamento Roma I, di cui diremo diffusamente infra.

VALERIA FALCE E NICOLA M.F. FARAONE

Il controllo delle operazioni di concentrazione nei mercati digitali: spunti di analisi (*) (**)

INDICE SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Passato e presente. – 3. La risposta europea. – 4. Il rilancio nazionale. – 5. I nodi dell'effettività in sede europea. – 6. I rischi di incertezza delle scelte nazionali. – 7. Conclusioni.

1. Le novità introdotte in sede europea in tema di controllo delle operazioni di concentrazione (attraverso la rivisitazione dell'art. 22 del Regolamento (CE) n. 139/2004), in uno con la nuova disciplina inaugurata dal DDL Concorrenza 2021 (e approvata con la Legge 5 agosto 2022, n. 118) suggeriscono una nuova riflessione sulle evoluzioni della materia nei mercati digitali e di qui sulle c.d. *killer acquisitions* (1) ovvero sulle operazioni promosse con il fine di “sopprimere” l'innovazione espressa dall'entità acquisita (e comunque di interferire, soprattutto negli ecosistemi digitali, sull'innovatività di un mercato attraverso l'acquisizione di concorrenti attuali o potenziali che, a dispetto delle dimensioni, si connotino per strategie innovative). È opinione comune, infatti, che attraverso le “*killer acquisi-*

(*) Questo scritto ha ricevuto un giudizio positivo di un referee.

(**) Questo scritto costituisce l'esito di una riflessione comune degli Autori. Sono, tuttavia, attribuibili in particolare a V. Falce i par. 2, 3 e 4 e a N. Faraone i par. 5 e 6, laddove i par. 1 e 7 sono attribuibili ad entrambi gli Autori.

(1) L'espressione si deve a un fortunato articolo di CUNNINGHAM, EDERER e MA, *Killer Acquisitions*, in *Journal of Political Economy* 2021, 129, 649 ss. Gli A., nel loro *paper*, riportano un totale di 855 acquisizioni da parte di Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft dalla nascita di ciascuna impresa e fino ad agosto 2020. Inoltre, si è osservato che l'età mediana delle imprese acquisite da Google è pari a 4 anni, valore che scende a 2 anni e mezzo per le imprese acquisite da Facebook (cfr. ARGENTESI, BUCCIROSSI, CALVANI, DUSO, MARRAZZO e NAVA, *Merger Policy in Digital Market: an Ex-Post Assessment*, in *Journal of Comp. Law & Econ.* 2021, 95 ss.). Da ultimo, le indagini empiriche confermano che, se si guarda alle grandi piattaforme digitali, nella maggior parte dei casi esaminati le entità oggetto di acquisizione sono state chiuse o liquidate entro un anno dal perfezionamento dell'operazione. Si veda, su questo, GAUTER e LAMESCH, *Mergers in the Digital Economy*, in *Information Economics and Policy*, 2021 che riportano i seguenti dati: su 175 imprese acquisite tra il 2015 e il 2017 dalle c.d. GAFAM (Google, Amazon, Microsoft, Apple e Facebook), 105 sono state chiuse, liquidate o i loro marchi e brand non più utilizzati in meno di un anno. Non stupisce, dunque, che, per queste imprese, il fatturato non è, dunque, un buon indicatore delle loro dimensioni e forza, attuale e potenziale, sul mercato rilevante. Secondo FURMAN et al., *Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel* (il “Furman Report”), 2019, 91, «[i]n the last decade, Amazon, Apple, Facebook, Google, and Microsoft combined have made over 400 acquisitions globally. [...] This pace is not slowing, with close to 250 acquisitions in the last 5 years. Over this period, none of these mergers were notified voluntarily to the CMA, and none were called in for investigation [in UK], either at phase 1, or the more serious phase 2 level. This means that none during this period have been blocked, or even approved subject to conditions set by the CMA». Per uno sguardo alla letteratura, si veda BRYAN e HOVENKAMP, *Startup Acquisitions, Error Costs, and Antitrust Policy*, in *The University of Chicago Law Review* 2020, 331; WHISH, *Killer Acquisitions and Competition Law: Is There a Gap and How Should It Be Filled?*, *National Law School of India Review* 2022, 1 ss.

tions” si possano sopprimere o alterare in maniera ingiustificata i percorsi dell’innovazione (2) e della concorrenza futura o nascente (3) secondo schemi, forme e modalità a geometria variabile” (4), così sollecitando un’attenzione crescente da parte di autorità e centri di ricerca (5) e l’invito ad “azioni” concrete (in-

(2) Si segnala che un approccio basato sulla concorrenza nell’innovazione, estrapolando anche la nozione di “spazio/mercato dell’innovazione”, è stato già suggerito in sede di redazione del Report ad opera di CRÉMER, DE MONTJOYE e SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era, Final Report for the EU Commission* (il “Crémer Report”), 2019. In diversi casi (Novartis/GlaxoSmithKline, GE/Alstom, Dow/DuPont e Bayer/Monsanto), la Commissione ha individuato le restrizioni alla concorrenza in una fase iniziale, cioè in un momento in cui la concorrenza non si era ancora dispiegata e prima che qualsiasi effetto anti-concorrenziale potesse concretizzarsi sul mercato rilevante. In termini di teoria del danno, sarebbe necessario dimostrare che l’impresa *target* stia perseguendo un obiettivo di innovazione tangibile (vale a dire, la creazione di un prodotto potenzialmente concorrente con un altro in un mercato adiacente) e che ha la potenzialità di perfezionarlo. A tal proposito, non rileverebbe se il prodotto in fase di sviluppo finisca per competere effettivamente con il prodotto esistente, perché l’oggetto della tutela sarebbe l’incentivo delle parti a innovare, vale a dire il processo innovativo in sé. Si veda Commissione europea, decisione del 28 gennaio 2015, caso COMP/M.7275, Novartis/GlaxoSmithKline Oncology Business; decisione dell’8 settembre 2015, caso COMP/M.7278, General Electric/Alstom; decisione del 27 marzo 2017, caso COMP/M.7932, Dow/DuPont; decisione del 21 marzo 2018, caso COMP/M.8084, Bayer/Monsanto. Si veda, inoltre, KERBER, *Competition, Innovation, and Competition Law: Dissecting the Interplay*, in *Joint Discussion Paper Series in Economics* 2017, 42, 15 ss.; SIDAK e TEECE, *Dynamic Competition in Antitrust Law*, in *Oxford Journal of Competition Law and Economics* 2009, 614 ss.; GINSBURG e WRIGHT, *Dynamic Analysis and the Limits of Antitrust Institutions*, *Antitrust Law Journal* 2012, 1; PETIT e TEECE, *Innovating Big Tech Firms and Competition Policy: Favoring Dynamic over Static Competition*, *Industrial and Corporate Change* 2021, 1168; JACOBIDES e LIANOS, *Ecosystems and Competition Law in Theory and Practice*, *Industrial and Corporate Change* 2021, 1199; KOVACIC, *Antitrust in High-Tech Industries: Improving the Federal Antitrust Joint Venture*, *George Mason Law Review* 2012, 1097. Si veda ancora BOURREAU e DE STREEL, *Big Tech Acquisitions – Competition and Innovation Effects and EU Merger Control*, CERRE Issue Paper, February 2020, 15 ss.; ID., *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*, University of Namur, 2019, 9; PÉREZ DE LAMO, *Assessing “Killer Acquisitions”: An Assets and Capabilities-Based View of the Start-Up*, in *CPI Antitrust Chronicle*, 2020. Per una discussione sulle difficoltà di prevedere gli effetti sull’innovazione, GILBERT e MELAMED, *Innovation under Section 2 of the Sherman Act*, in *Antitrust Law Journal* 2021, 84; ID., *Innovation: A Bridge to the New Brandeisians*, *Competition Policy International*, 21 febbraio, 2022. Per una prospettiva di diritto interno, si rimanda a OTTOLIA, *Big data e Innovazione computazionale*, Giappichelli, Torino, 2017, *passim*; BERTANI, *Big data, proprietà intellettuale e mercati finanziari*, in FALCE, GHIDINI e OLIVIERI, *Informazione e Big data tra innovazione e concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2017.

(3) Sul tema dei concorrenti “nascenti”, si veda SCOTT HEMPHILL e WU, *Nascent Competitors*, in *University of Pennsylvania Law Review* 2020 1879 ss.; MELAMED, *Mergers involving nascent competition*, *Stanford Law & Economics Olin Working Paper No. 566*, 17 January 2022; YUN, *Potential Competition, Nascent Competitors, and Killer Acquisitions*, *The Global Antitrust Institute report on the digital economy*, 2020, 18, 653 ss.

(4) Si veda sul punto CAFFARRA, CRAWFORD e VALLETTI, *‘How Tech Rolls’: Potential Competition and ‘Reverse’ Killer Acquisitions*, *CPI Antitrust Chronicle*, 2020; LATHAM, TECU e BAGARIA, *Beyond Killer Acquisitions: Are There More Common Potential Competition Issues in Tech Deals and How Can These Be Assessed?*, *ivi*.

(5) Oltre al Crémer Report e al Furman Report, occorre citare i seguenti contributi: GEORGE J. STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE, *Report of*

cluse proposte legislative (6)) da parte di istituzioni internazionali, europee e nazionali (7) (FTC e OCSE (8)).

Muovendo dall'assunto che gli incentivi all'innovazione in generale, e nel sub-

Committee for the Study of Digital Platforms, Market Structure and Antitrust Subcommittee, The University of Chicago Booth School of Business, 2019 (“Stigler Report”). Si sono susseguiti, inoltre, vari contributi da Australia (*ACCC, Digital platforms inquiry – Final Report*, luglio 2019); Belgio, Olanda e Lussemburgo (*Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by competition authorities in a digital world*, 2019); i Paesi BRICS (BRICS in the digital economy: Competition policy in practice, 2019); Francia (LONGUET ET AL., *Report at the French Senate on digital sovereignty*, 2019); Germania (SCHALLBRUCH, SCHWEITZER e WAMBACH, *A new competition framework for the digital economy: Report by the Commission ‘Competition Law 4.0’*, 2019).

(6) Oltre ai contributi citati *supra*, negli Stati Uniti, anche l’House Antitrust Subcommittee Report ha suggerito l’introduzione di una presunzione di anti-competitività per le acquisizioni di *start-up* da parte di imprese dominanti (a meno che le parti possano dimostrare che la concentrazione fosse necessaria per un interesse pubblico e che vantaggi analoghi non potevano essere conseguiti attraverso la crescita interna delle società) e la FTC ha riaffermato il suo potere, raramente esercitato, di dissolvere le concentrazioni già perfezionate. Si veda *Investigation Of Competition In Digital Markets, Majority Staff Report And Recommendations*, Subcomm. On Antitrust, House Committee On The Judiciary, 116th Cong. (inizialmente pubblicato a Ottobre 2020, versione finale del 19 Luglio, 2022), par. 33 e 38. Si veda anche BAKER ET AL., *Joint Response to the House Judiciary Committee on the State of Antitrust Law and Implications for Protecting Competition in Digital Markets*, Congressional And Other Testimony 18, 1 ss., 2020. Cfr. LEMLEY e MCCREARY, *Exit Strategy, Boston University Law Review* 2021, 7 ss.; SALOP, *Potential Competition and Antitrust Analysis: Monopoly Profits Exceed Duopoly Profits*, Note for OECD Roundtable on the Concept of Potential Competition, 12 ss. All’inizio del 2020, la FTC ha chiesto alle società tecnologiche (che, come detto, riassumeremo con l’acronimo “GAFAM”) di fornire alla suddetta autorità tutte le informazioni necessarie con riguardo alle acquisizioni perfezionate a partire dal 2010 che si ponevano al di sotto delle soglie di notifica “rilevanti” negli Stati Uniti con riguardo al fatturato (e che, quindi, potrebbero non essere state esaminate dalla (e notificate alla FTC). Si veda Federal Trade Commission, *FTC to Examine Past Acquisitions by Large Technology Companies*, 11 febbraio 2020. Per contributi di ordine generale in tema di *killer acquisitions*, si rimanda a BOURREAU e DE STREEL, *Big Tech Acquisitions*, *cit.*, 8 ss. e RÉGIBEAU, *Killer Acquisitions? Evidence and Potential Theories of Harm*, in KOKKORIS e LEMUS, *Research Handbook on the Law and Economics of Competition Enforcement*, Edward Elgar, Cheltenham, 2022, 300 e 322 ss. Secondo quest’ultimo A., i dati suggeriscono che le acquisizioni potenzialmente “killer” nei mercati digitali siano più frequenti e più numerose, mentre quelle relative al settore farmaceutico meno numerose ma di dimensioni maggiori. Pertanto, si può concludere che, pur non essendo perfetta sovrapponibilità tra i due settori, si tratta di un fenomeno che ha luogo nel contesto di industrie “dinamiche” e “innovative”.

(7) Cfr. The White House, Executive Order On Promoting Competition In The American Economy, 9 luglio 2021 che intende indagare «the challenges posed by [...] the rise of the dominant Internet platforms, especially as these stem from serial mergers, the acquisition of nascent competitors [...]». Si pensi, tra gli altri, anche al discorso dal titolo “The future of EU Merger Control” datato 11 settembre 2020 in occasione dell’International Bar Association 24th Annual Competition Conference, in cui il Commissario europeo Vestager invocava un cambio di approccio. Si veda anche Margrethe Vestager, Speech of European Commissioner for Competition ‘Refining the EU Merger Control System’, 10 marzo 2016.

(8) OECD, *Start-ups, killer acquisitions and merger control* – Note by the European Union by Chris Pike, DAF/COMP/WD 24, 11 giugno 2020.

segmento delle *start-ups* (9) in particolare, siano necessari ad assicurare l'apertura dei mercati e la pluralità dei percorsi innovativi, obiettivo delle presenti brevi note è contribuire al dibattito, analizzando le ragioni, identificando le conseguenze attese e prospettando alcuni limiti derivanti dal rinnovato ruolo “giocato” dalla disciplina delle concentrazioni nel più ampio contesto degli ecosistemi digitali, per poi proporre alcuni correttivi in una prospettiva di diritto positivo che, vuoi a livello interpretativo, vuoi attraverso strumenti di *soft law*, possano contribuire a salvaguardare il tasso e la diversificazione dei processi di sviluppo, contenendo la discrezionalità delle autorità garanti e salvaguardando le legittime strategie espansive degli attori del mercato.

2. Il controllo delle concentrazioni si esprime, come noto, attraverso una valutazione *ex-ante* (10), i cui termini e condizioni stati delineati in sede europea in un

(9) È noto che il *business* consiste proprio nella creazione di prodotti e servizi nuovi e il cui accesso al capitale è, di solito, particolarmente difficoltoso, soprattutto in assenza di finanziamenti pubblici e di investimenti di *venture capital*. Cfr. RÉGIBEAU, op. cit., 312 ss.; FUMAGALLI, MOTTA e TARANTINO, *Shelving or Developing? The Acquisition of Potential Competitors Under Financial Constraints*, Cepr Discussion Paper n. DP15113, 2020; PRADO e BAUER, *Big Tech Acquisitions of Start-ups and Venture Capital Funding for Innovation*, in *Information Economics and Policy* 2022, 59; BOURREAU e DE STREEL, *Big Tech Acquisitions*, cit., 8 ss.; VALLETTI e ZENGER, *Increasing Market Power and Merger Control*, in *Competition Law and Policy Debate*, 2019, 40.

(10) Si rimanda, tra gli altri, a LIBERTINI, *Diritto Della Concorrenza Dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2014, 345 ss.; D'OSTUNI e BERETTA, *Il diritto della concorrenza in Italia*, Torino, 2021, 975 ss.; ID., *Il sistema del controllo delle concentrazioni in Italia*, Torino, 2017, 47 ss.; L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam-Wolters Kluwer, Milano, 2019, 3015 ss. L'approccio europeo differisce, infatti, dal diritto *antitrust* americano, che ha introdotto norme sul controllo delle concentrazioni in maniera progressiva e ha sperimentato un andamento ondivago nella sua applicazione pratica (il testo originario dello Sherman Act puniva solo *ex-post* le fusioni con effetti monopolistici, con interventi eccezionali e traumatici, come la scissione imposta alla Standard Oil nel 1911, mentre le prime norme specifiche di controllo generalizzato *ex-ante* risalgono al Clayton Act del 1914, un quarto di secolo dopo lo Sherman Act, e si limitavano ai trasferimenti di capitale azionario e si dovrà attendere il Celler-Kefauver Act del 1950 per avere un controllo autorizzatorio completo sulle concentrazioni, in Europa l'indirizzo di politica legislativa iniziale andò nella direzione di favorire i processi di crescita delle imprese, anche mediante operazioni di concentrazione. Non si trattava di proteggere i c.d. “campioni nazionali” – perché, anzi, l'obiettivo “strategico” dell'integrazione del mercato interno si muoveva in direzione opposta –, ma, piuttosto, la crescita dimensionale delle imprese europee era considerata, in via di principio, come un fenomeno meritevole di incoraggiamento in vista di un obiettivo di politica industriale più ampio, vale a dire consentire alle imprese europee di competere globalmente, dinnanzi alle multinazionali americane (e al Giappone che, nella seconda metà del secolo scorso, si affermava come crescente potenza industriale). Tale scelta di fondo fu messa in discussione allorché ci si rese conto dell'effetto avverso di tale opzione legislativa, vale a dire che della libertà di concentrazione potevano beneficiare non solo le imprese europee in crescita, ma anche multinazionali americane che acquisivano il controllo di imprese europee (come dimostrato dai casi *Continental Can* del 1973 e *Philip Morris* del 1987). Cfr. CGUE 21 febbraio 1973, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione delle Comunità Europee*, in causa 6/72 e CGUE 17 novembre 1987, *British American Tobacco Company Ltd e R. J. Reynolds Industries, Inc., c. Commissione delle Comunità europee*, in

Termine estratto capitolo

CARLO MEO

Dipendenza economica tra società di gestione collettiva e social network: spunti alla luce del caso Meta c. SIAE (*)

INDICE SOMMARIO: 1. Il caso Meta c. SIAE e la questione della dipendenza economica. – 2. La decisione dell’Autorità nel caso Meta c. SIAE. – 3. Piattaforme di streaming e piattaforme di sharing. – 4. La funzione dei social media nel campo musicale. – 5. Il potere contrattuale delle collecting societies. – 6. Considerazioni di sintesi. – 7. Interferenze con il Digital Markets Act.

1. A marzo del 2023 le negoziazioni tra la SIAE e Meta sul rinnovo della licenza musicale si incagliano. La questione controversa è quella delle *royalties* dovute per l’uso della musica nei video di breve durata (es. stories, reels) diffusi dagli utenti sulle piattaforme del gruppo (cioè specialmente su Facebook e su Instagram). Per questi contenuti, Meta propone di corrispondere una “*fee*” forfettaria e, quindi, svincolata sia dall’esatto ammontare delle visualizzazioni che dai ricavi generati dalla piattaforma attraverso i video. La SIAE non rifiuta, in linea di principio, il ricorso ad un prezzo forfettario, ma pretende da Meta alcune informazioni sugli introiti pubblicitari, al fine di valutare se la misura proposta per la *fee* sia adeguata. Meta rifiuta di condividere questa informazione e, dopo alcuni tentativi di sanare il contrasto, decide di interrompere le trattative. La musica italiana viene dunque ritirata dalle piattaforme del gruppo.

Sulla vicenda interviene poco dopo l’AGCM, con una decisione cautelare (1). Secondo l’Autorità, la SIAE si trova in posizione di dipendenza economica nei confronti di Meta e quest’ultima ha abusato di tale dipendenza, rifiutando di condividere informazioni indispensabili e interrompendo poi le negoziazioni. Con la decisione si ordina a Meta di riaprire le trattative in buona fede e di fornire alla SIAE tutte le informazioni necessarie a raggiungere un accordo equilibrato (2).

La decisione tocca una questione interessante. Ai sensi dell’art. 9 della l. n. 192/1998 (l. subf.) “*si considera dipendenza economica la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un’altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l’abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti*”. Due sono quindi i requisiti adoperati dalla legge per definire la dipendenza economica: a) l’esistenza di un’eccessiva disparità di potere negoziale; b) l’impossibilità per l’impresa che ha subito l’abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti (3).

(*) Questo scritto ha ricevuto un giudizio positivo di un referee.

(1) AGCM, 20 aprile 2023, A559, provv. n. 30606, *META/SIAE*, in *Foro it.*, 2023, III, 416, con nota parzialmente critica di Lopopolo. Il provvedimento è stato confermato da TAR Lazio, 30 ottobre 2023, n. 16069.

(2) La decisione prevede che, in caso di disaccordo tra le parti sulla quantità o sulla qualità delle informazioni necessarie, Meta debba nominare un soggetto fiduciario. La nomina deve essere approvata dall’Autorità. V. AGCM, *META/SIAE*, cit., par. 94 e ss.

(3) Come è noto, la disposizione ha dato luogo a diverse interpretazioni. Secondo alcuni,

Le ipotesi di dipendenza economica più frequenti nella prassi applicativa sono quelle in cui un'impresa piccola abbia fortemente orientato nel tempo la propria attività in funzione della relazione con una determinata controparte più grande, ad es., sostenendo appositi investimenti, stipulando contratti di lunga durata, accettando clausole di esclusiva, ecc (4). In queste circostanze, cambiare partner commerciale implica costi e rischi elevati. Di fatto l'impresa non può rinunciare alla relazione in corso ed è esposta al pericolo che la controparte ne approfitti. Si parla, al riguardo, di dipendenza "da rapporti commerciali", poiché la soggezione dell'impresa debole deriva qui proprio da circostanze interne al rapporto con la controparte forte (5).

Le collecting sono imprese di grandi dimensioni. In genere, non sostengono particolari investimenti in funzione del rapporto che instaurano con le piattaforme.

l'unico criterio praticamente rilevante sarebbe quello della mancanza di alternative. Quello dell'eccessivo squilibrio sarebbe sostanzialmente irrilevante, in quanto troppo indeterminato. Sul punto v. ad es. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 405; OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *MCR*, 1999, 47; CASO, PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 734. Altri riconoscono che la dipendenza da assenza di alternative sia l'ipotesi principale, ma ritengono che vi sia anche la possibilità di una dipendenza per eccessivo squilibrio. Quest'ultima ipotesi avrebbe, comunque, un ruolo meramente residuale. In questo senso v. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006, 121 e ss. V. anche PROSPERI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *La responsabilità d'impresa*, a cura di Alpa, Conte, Giuffrè, Milano, 2015, 349-350. Secondo altri ancora, affinché vi sia dipendenza economica è necessario che siano soddisfatti due requisiti: che l'impresa debole non abbia alternative sul mercato e che l'impresa forte abbia partecipato alla costruzione dello stato di soggezione dell'impresa debole. Così M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 2003, 128.

Dal canto suo, la giurisprudenza pare orientata nel senso che i due criteri richiamati dall'art. 9 l. subf. siano cumulativi. V. tra le pronunce recenti Cass., 21 gennaio 2020, n. 1184, in *ForoPlus*, in cui si legge che "è necessario: in primo luogo, con riguardo alla sussistenza della situazione di dipendenza economica, indagare non se sussista una situazione di mero squilibrio o "asimmetria" di diritti e di obblighi, ma se lo squilibrio sia "eccessivo" (L. n. 192 del 1998, art. 9, comma 1) e se l'altro contraente fosse realmente privo di alternative economiche sul mercato (rilevando, ad esempio, la dimensione della società dipendente, che non permetta agevolmente di differenziare la propria attività, o l'avere adeguato l'organizzazione e gli investimenti in vista di quel rapporto)". In senso analogo, Trib. Roma, 17 luglio 2019, in questa *Rivista*, 665; Trib. Roma, 11 febbraio 2022, in *DeJure.it*; App. Torino, 8 aprile 2021, in *DeJure.it*; Trib. Monza, 27 dicembre 2018, in *NGCC*, 2019, I, 968. Nel senso che i due criteri siano cumulativi v. anche ASSONIME, Circolare n. 46/2001, di commento all'art. 11 l. 5 marzo 2001, n. 57, in *Riv. soc.*, 2002, 614.

(4) FABBIO, *Il contributo della comparazione giuridica nello studio dell'abuso di dipendenza economica*, in *La nuova stagione dell'abuso di dipendenza economica*, a cura di Colanagelo, Minervini, Il Mulino, Bologna, 2023, 124. V. con riguardo alle decisioni recenti dell'AGCM in materia MINERVINI, *L'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale nelle prime decisioni dell'AGCM. Fattispecie, rapporto con il private enforcement e prospettive applicative*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 2022, II, 516 e SCALZINI, *Abuso di dipendenza economica, mercati digitali e libertà d'impresa*, in *ODC*, 2022, I, 113 e 126. V. anche di recente TAR Lazio, sez. I, 13 giugno 2023, n. 10044.

(5) Si v. diffusamente su questa ipotesi di abuso FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., 259 e ss.; OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., 13.

Le loro licenze possono anche avere una durata estesa, ma non contengono clausole di esclusiva. Per una collecting è normale stipulare licenze parallele con tutti gli utilizzatori del mercato. Nel caso in cui cessi il rapporto di lunga durata con una singola piattaforma, la società non resta quindi priva di clientela e non incontra difficoltà nell'individuazione di nuovi partner commerciali.

In sostanza, la relazione con la piattaforma non ostacola il ricorso a canali di distribuzione alternativi da parte della collecting. Il rapporto tra le parti non è qui in grado, di per sé, di produrre forme di soggezione della collecting nei confronti della piattaforma. L'ipotesi in esame non rientra quindi tra le fattispecie di dipendenza più frequenti.

Tutto ciò non esclude, comunque, che vi possa essere una dipendenza economica della collecting nei confronti di una piattaforma. Una situazione del genere non può derivare, come già detto, dalle circostanze interne al rapporto tra le parti, ma potrebbe ancora scaturire da fattori esterni al rapporto e, in particolare, dal contesto in cui tale rapporto si colloca. Potrebbe essere, cioè, il peculiare assetto del mercato a rendere di fatto indispensabile per la collecting l'intermediazione di una determinata piattaforma (6).

(6) La possibilità di applicare l'art. 9 l. subf. anche al di fuori delle ipotesi di dipendenza da rapporti commerciali appare pacifica in dottrina. V. ad es. PROSPERI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., 347; FERRARO, *La subfornitura*, Giappichelli, Torino, 2022, 174; FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., 171.

Qualche discussione in più ha sollevato la questione se vi possa essere dipendenza economica in mancanza di un pregresso rapporto commerciale tra le parti, come accadrebbe, ad es., nel caso in cui una collecting si trovi a negoziare con una certa piattaforma per la prima volta. Secondo alcuni, la dipendenza economica sarebbe configurabile soltanto in presenza di una relazione contrattuale antecedente all'abuso. Si v. ad es. in tal senso MAZZIOTTI DI CELSO, *Sub art. 9*, in *La subfornitura*, a cura di Alpa, Clarizia, Giuffrè, Milano, 1999, 249 e ss.; AGRIFOGLIO, *Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti d'impresa (B 2 b)*, in *Contr. impr. Eur.*, 2008, 1333; NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Tr. dei contratti*, diretto da Roppo, vol. V, Giuffrè, Milano, 2014, 384. Si tratta, comunque, di un'opinione minoritaria. Secondo l'opinione prevalente, l'applicazione dell'art. 9 non richiede che vi sia una pregressa relazione contrattuale. Si v. in tal senso PROSPERI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit.; FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., 110-111; FERRARO, *La subfornitura*, cit., 159; M. R. MAUGERI, Voce *Subfornitura*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, 2015, 792; SCALZINI, *Abuso di dipendenza economica, mercati digitali e libertà d'impresa*, cit., 125-126.; OSTI, *Dormientibus iura succurrunt: la riscoperta dell'abuso di dipendenza economica*, in *La nuova stagione dell'abuso di dipendenza economica*, a cura di Colangelo, Minervini, Il Mulino, Bologna, 2023, 173; BACHELET, *Abusi "contrattuali" tra imprese: per una rilettura dell'art. 9 della legge sulla subfornitura industriale*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, I, 587 e ss.

In questo senso parrebbe oggi anche orientarsi l'AGCM. V. ad es. AGCM, 27 luglio 2021, A546, provv. 29793, *Franchising di McDonald's*, in cui si afferma che la dipendenza si configura già al momento della stipula del primo contratto tra McDonald's e i suoi franchisee: "ciò potrebbe configurare una relazione di dipendenza economica tra MCDI e i suoi affiliati che, pur radicandosi già al momento della stipula del contratto di affiliazione, si rafforzerebbe progressivamente nel corso del periodo di vigenza del rapporto contrattuale, diventando sempre più difficile, per l'affiliato, ricorrere ad alternative di mercato economicamente soddisfacenti". In senso simile pare di poter leggere, in giurisprudenza, Cass. 23 luglio 2014, n. 16787, in *Contratti*, 2015, 241; Trib. Catania, 5 gennaio 2004, in *NGCC*, 2005, I, 976; Trib. Torre Annunziata, 30 marzo 2007, in *Giur. merito*, 2008, II, 350 con nota di Boso Caretta; Trib. Massa, ord. 26 febbraio 2014, in *NGCC*, 2015, I, 218, con nota sul punto adesiva di

La decisione del caso Meta c. SIAE offre allora lo spunto per affrontare, in generale, la questione se e in quali circostanze le dinamiche del mercato digitale della musica possano generare situazioni di dipendenza economica per le società di gestione collettiva. Con il presente lavoro non si intende, invece, proporre una soluzione del caso concreto affrontato dall'Autorità. A questi fini, occorrerebbe infatti avere accesso ad elementi di fatto e dati empirici di cui non si dispone. Per la stessa ragione, resta fuori dal lavoro anche il problema dell'abuso, vale a dire la questione se il comportamento tenuto da Meta nei confronti della SIAE abbia le caratteristiche per rientrare tra le pratiche vietate dall'art. 9 della l. subf..

2. Secondo l'Autorità, le piattaforme di social network del gruppo Meta producono forti effetti di rete per gli utenti, per gli inserzionisti pubblicitari e per i creatori di contenuti, tra cui autori, artisti e influencer. Meta dispone, inoltre, di una grande quantità di dati che le consentono di ottimizzare la distribuzione dei contenuti. Grazie al traffico estremamente elevato degli utenti, le piattaforme del gruppo costituiscono uno snodo fondamentale affinché gli autori raggiungano il pubblico. Da tutto ciò l'Autorità trae una prima conclusione: al rapporto tra SIAE e Meta è applicabile l'ultimo periodo dell'art. 9 co. 1 della l. subf. (recentemente introdotto dall'art. 33 della l. 5 agosto 2022, n. 118), ai sensi del quale “*salvo prova contraria, si presume la dipendenza economica nel caso in cui un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati*” (7).

L'Autorità passa poi ad affrontare alcuni degli argomenti sollevati da Meta per superare la presunzione. Meta afferma, in primo luogo, che i ricavi derivanti dalle piattaforme del gruppo costituiscono una porzione molto limitata del fatturato complessivo della SIAE. SIAE non dovrebbe allora subire un eccessivo pregiudizio

Bachelet. In senso contrario pare invece porsi Cass. Sez. Un., 25 novembre 2011, n. 24906, in *NGCC*, 2012, I, 298, in cui la questione viene affrontata nell'ambito di un regolamento di giurisdizione. In particolare, qui si poneva la questione se la responsabilità per abuso di dipendenza economica fosse da qualificare come responsabilità contrattuale o aquiliana. E la Corte afferma che “*poiché l'abuso in questione si concretizza nell'eccessivo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti nell'ambito di 'rapporti commerciali', esso presuppone che tali rapporti siano regolati da un contratto*”. Il ragionamento è ripreso, sempre per questioni di giurisdizione, in Trib. Milano, 28 febbraio 2014, in *NGCC*, 2014, I, 961, con nota critica di Bellia.

(7) Sulla riforma dell'art. 9 l. subf. si v. LIBERTINI, *La presunzione di dipendenza economica nei mercati digitali. Un commento all'art. 33 della l. 5 agosto 2022, n. 118*, in *ODC*, I, 2023, 9; BACHELET, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi di posizione “non dominante” delle piattaforme digitali*, in *NLCC*, 2023, I, 39; COLANGELO, *Dipendenza economica e mercati digitali*, in *La nuova stagione dell'abuso di dipendenza economica*, a cura di Colangelo, Minervini, Il Mulino, Bologna, 2023, 197 e ss. La riforma italiana risponde all'esigenza, molto avvertita negli ultimi anni anche in altri Stati europei, di rafforzare il controllo sulle piattaforme digitali. Per ragioni simili, ad es., il legislatore tedesco ha recentemente introdotto modifiche al GWB (GWB-digitalisierungsgesetz, 19 gennaio 2021, BGBl, I, 2021, s. 2) con interventi, tra l'altro, sul §20 GWB. Anche la recente introduzione dell'abuso di dipendenza economica nell'ordinamento belga è stata giustificata con esigenze di controllo del funzionamento dei mercati digitali. Su queste riforme SCALZINI, *Abuso di dipendenza economica, mercati digitali e libertà d'impresa*, cit., 127 e ss.

Termine estratto capitolo

GIUSEPPE ROSSI

La disciplina della comunicazione commerciale tra *Digital Services Act* e direttiva “servizi di media audiovisivi” (*)

INDICE SOMMARIO: 1. Diverse definizioni di “pubblicità” e “comunicazione commerciale”. – 2. Tassonomia delle piattaforme. – 3. “Comunicazione commerciale” e “pubblicità” nella direttiva SMAV. – 4. “Pubblicità” e “comunicazione commerciale” nel DSA. – 5. Il diritto all’inseguimento della tecnologia (e del mercato).

1. Tanto la direttiva “servizi media audiovisivi” (SMAV) (1), quanto il regolamento “Digital Services Act” (DSA) (2), definiscono la “comunicazione commerciale” e la “pubblicità”. Tuttavia, nella direttiva la “comunicazione commerciale” comprende la “pubblicità (televisiva)”. Nel DSA accade il contrario: vi è un’amplissima definizione di “pubblicità” (art. 3, lett. r), estesa ad includere contenuti di natura non commerciale diffusi online a pagamento, rispetto a cui la “comunicazione commerciale” è una sottocategoria, definita dall’art. 3, lett. w) mediante rinvio alla definizione contenuta nella direttiva 2000/31.

La direttiva SMAV è pensata con riferimento al mondo dei media (3), che svolgono attività editoriale e vendono pubblicità. Le definizioni di “comunicazione commerciale audiovisiva” (più ampia) e “pubblicità televisiva” (sotto-fattispecie) sono declinate in quest’ottica, e si pongono in linea di continuità con la vecchia definizione della direttiva del 1984 in materia di pubblicità ingannevole (4), con quella della progenitrice direttiva “TV senza frontiere” del 1989 (5), con quella della diret-

(*) Questo scritto ha ricevuto un giudizio positivo di un referee.

(1) Direttiva (UE) 2010/13 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2010, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), come modificata dalla direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018.

(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 (CE) 2000/31 (regolamento sui servizi digitali).

(3) BROUGHTON MICOVA, *From the Television without Frontiers Directive to the Audiovisual Media Services Directive*, in RANAIVOSON, BROUGHTON MICOVA e RAATS, *European Audiovisual Policy in Transition*, Routledge, Oxon-New York, 2023.

(4) Direttiva (CE) 84/450 del Consiglio del 10 settembre 1984 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di pubblicità ingannevole. All’art. 1, n. 1 la “pubblicità” è definita come “qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso nell’esercizio di un’attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, allo scopo di promuovere la fornitura di beni o servizi, compresi i beni immobili, i diritti e gli obblighi”.

(5) Direttiva (CE) 89/552 del Consiglio, del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l’esercizio delle attività televisive. Secondo l’art. 1, lett. b) per “pubblicità televisiva” si intendeva “ogni forma di messaggio televisivo trasmesso dietro compenso o pagamento analogo da un’impresa pubblica o privata nell’ambito di un’attività commerciale, industriale, artigianale o di una libera professione, allo scopo di promuovere la fornitura, dietro compenso, di beni o di servizi, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni”.

tiva pratiche commerciali sleali (6), con quella della direttiva “superstite” in materia di pubblicità ingannevole nei rapporti tra imprese e pubblicità comparativa (7). La “comunicazione commerciale audiovisiva”, categoria più ampia, è definita dalla direttiva SMAV, all’art. 1, lett. h), come: “le immagini, sonore o non, destinate a promuovere, direttamente o indirettamente, i beni, i servizi o l’immagine di una persona fisica o giuridica che esercita un’attività economica; tali immagini accompagnano o sono inserite in un programma o in un video generato dall’utente dietro pagamento o altro compenso o a fini di autopromozione. Tra le forme di comunicazione commerciale audiovisiva figurano, tra l’altro, la pubblicità televisiva, la sponsorizzazione, la televendita e l’inserimento di prodotti”. Gli elementi caratteristici della fattispecie sono la “destinazione a promuovere” beni, servizi o imprenditori, propria del messaggio, e la diffusione dietro compenso ad opera di un mezzo. Questo finanzia la propria attività operando sul caratteristico “mercato a due versanti” dei mezzi di comunicazione di massa, in cui la domanda, duplice, è rappresentata da un lato dal pubblico degli spettatori, dall’altro dagli inserzionisti (8) (con l’ulteriore peculiarità per cui i due lati della domanda non sono legati da alcun rapporto contrattuale tra loro, a differenza di quanto accade in altri mercati “a due versanti”, come, ad esempio, quello dei servizi di pagamento) (9).

La sottocategoria della “pubblicità televisiva” è invece definita dalla direttiva SMAV, all’art. 1, lett. i), come “ogni forma di messaggio televisivo trasmesso dietro pagamento o altro compenso, ovvero a fini di autopromozione, da un’impresa pubblica o privata o da una persona fisica nell’ambito di un’attività commerciale, industriale, artigiana o di una libera professione, allo scopo di promuovere la fornitura, dietro pagamento, di beni o di servizi, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni”. L’elemento discretivo è rappresentato esclusivamente dalla natura “televisiva” del mezzo di diffusione, che comporta, sul piano della disciplina, l’assoggettamento a regole specifiche, come, ad esempio, quelle in tema di limitazioni quantitative (limiti di affollamento pubblicitario) (10).

(6) Direttiva (CE) 2005/29 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 (CE) 84/450 del Consiglio e le direttive (CE) 97/7, (CE) 98/27 e (CE) 2002/65 del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio. L’art. 2, lett. d) ricomprende la “pubblicità” tra le “pratiche commerciali tra imprese e consumatori”, fattispecie che include ogni attività “posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori”.

(7) Direttiva (CE) 2006/114 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa. L’art. 2, lett. a) definisce la “pubblicità” come “qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso nell’esercizio di un’attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, allo scopo di promuovere la fornitura di beni o servizi, compresi i beni immobili, i diritti e gli obblighi”.

(8) ANDERSON e JULLIEN, *The Advertising-Financed Business Model in Two-Sided Media Markets*, in ANDERSON, WALDFOGEL e STRÖMBERG, *Handbook of Media Economics*, Elsevier, Amsterdam, 2015, I, 41 ss.

(9) ANDERSON e GABSEWICZ, *The Media and Advertising: a Tale of Two-sided Markets*, in GINSBURGH e THROSBY, *Handbook of Cultural Economics*, Elsevier, Amsterdam, 2005, 567 ss.

(10) CGUE 18 luglio 2013, *Sky Italia c. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, in

Le definizioni di “servizio di media audiovisivo” (art. 1, lett. a, n. i) e di “responsabilità editoriale” (art. 1, lett. c), riprendono anch’esse (ciò che agevolmente si spiega con l’origine “televisiva” della direttiva) gli elementi caratteristici del mezzo di comunicazione di massa: la “fornitura di programmi al grande pubblico, sotto la responsabilità editoriale di un fornitore di servizi di media, al fine di informare, intrattenere o istruire, attraverso reti di comunicazioni elettroniche” e “l’esercizio di un controllo effettivo sia sulla selezione dei programmi sia sulla loro organizzazione” (così viene definita la “responsabilità editoriale”). Il fornitore di servizi di media audiovisivi mostra, quindi, le consuete caratteristiche dell’editore, che seleziona contenuti da proporre al pubblico, finanziando la propria attività tramite il mercato pubblicitario e/o attraverso corrispettivi per l’accesso ai contenuti.

La revisione della direttiva SMAV, ad opera della direttiva 2018/1808, ha introdotto la nuova fattispecie delle “piattaforme per la condivisione di video”, al dichiarato scopo (11) di regolare forme di diffusione di audiovisivi via Internet caratterizzate da tre elementi: il ripudio, da parte del prestatore, di ogni “responsabilità editoriale”, l’invocazione, sempre ad opera del prestatore, del regime di responsabilità proprio dei fornitori di servizi di *hosting*, ai sensi della direttiva 2000/31 (12), il ricorso al mercato pubblicitario, e quindi al classico schema del mercato a due versanti (13), per finanziare la propria attività (quest’ultimo elemento, in chiara ten-

causa C-234/12 mette in luce le differenze tra i modelli d’impresa della televisione gratuita ed a pagamento, con le relative conseguenze sul piano della disciplina applicabile alla pubblicità diffusa da ciascuna emittente (la sentenza riguarda la legittimità europea della previsione, ad opera del legislatore nazionale, di limiti di affollamento ridotti per i servizi a pagamento).

(11) Cfr. il considerando 4 premesso alla direttiva (UE) 2018/1808: “i servizi di piattaforma per la condivisione di video forniscono contenuti audiovisivi a cui il grande pubblico e in particolare i giovani accedono con frequenza sempre maggiore. Ciò vale anche per i servizi di media sociali, che sono diventati un importante mezzo per condividere informazioni, intrattenere e istruire, anche dando accesso a programmi e video generati dagli utenti. Tali servizi di media sociali devono essere inclusi nell’ambito di applicazione della direttiva (UE) 2010/13 perché sono in concorrenza con i servizi di media audiovisivi per lo stesso pubblico e le stesse entrate. Inoltre, hanno anche un impatto significativo in quanto facilitano la possibilità che gli utenti modellino e influenzino i pareri di altri utenti”. Sull’ampliamento della sfera di applicazione della direttiva, VALCKE e LAMBRECHT, *The Evolving Scope of Application of the AVMS Directive*, in PARCU e BROGI, *Research Handbook on EU Media Law and Policy*, Elgar, Cheltenham – Northampton, 2021, 282 ss.; G. DE SANCTIS, *La revisione della direttiva servizi media audiovisivi – Le nuove norme sulle “video sharing platforms”*, in ABBAMONTE, APA e POLLICINO (a cura di), *La riforma del mercato audiovisivo europeo*, Giappichelli, Torino, 2019, 83 ss.

(12) Questione approfondita da CGUE 22 giugno 2021, *Peterson c. Google*, in cause C-682/18 e C-683/18, secondo cui “l’attività del gestore di una piattaforma di condivisione video ... rientra nell’ambito di applicazione” dell’art. 14, par. 1, direttiva (CE) 2000/31, “purché detto gestore non svolga un ruolo attivo idoneo a conferirgli una conoscenza o un controllo dei contenuti caricati sulla sua piattaforma”. Sulla controversa figura dell’*hosting service provider* “attivo”, spesso utilizzata anche dalla giurisprudenza nazionale, v. MONTAGNANI, *Internet, contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*, Egea, Milano, 2018, 102 ss.; PETRUSO, *Le responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitense ed europeo a confronto*, Giappichelli, Torino, 2019, 152 ss.

(13) Non vi è, tuttavia, unanime consenso nella letteratura economica circa la riconducibilità delle piattaforme online al concetto di mercato a due versanti. In senso contrario, ad

sione con i primi due). La direttiva SMAV tenta di conciliare gli opposti, prevedendo regole *ad hoc* per queste piattaforme, che vengono così collocate in una simbolicamente via di mezzo tra gli editori-fornitori di servizi di media audiovisivi ed i fornitori di servizi di *hosting*. Sin dalla terminologia, il legislatore europeo della direttiva SMAV presta ossequio alle auto-rappresentazioni di questi soggetti. I contenuti diffusi da queste piattaforme, denominati “video generati dagli utenti”, sono definiti “una serie di immagini animate, sonore o non, che costituiscono un singolo elemento, indipendentemente dalla sua durata, creato da un utente e caricato su una piattaforma per la condivisione di video dal medesimo o da un qualunque altro utente”. Il concetto di “creazione da parte dell’utente” non è meglio specificato. Intuitivamente, esso potrebbe essere fatto coincidere con l’analogo concetto che sta alla base del diritto d’autore: quindi, se ne potrebbe dedurre che le piattaforme possano distribuire esclusivamente video i cui diritti di proprietà intellettuale spettino all’utente che li carica. Ma così non è, poiché la stessa definizione riportata specifica che il video può essere caricato “dal medesimo utente” che l’ha creato “o da un qualunque altro utente”, senza neppure aggiungere che quest’ultimo deve caricare il video sulla base di un titolo concesso da colui che ha “creato” il video stesso. Peraltro, il capo IX *bis* della direttiva SMAV, contenente la disciplina delle piattaforme per la condivisione di video, non include regole in tema di responsabilità per la violazione della proprietà intellettuale. Alle piattaforme per la condivisione di video si applicano, quindi, le regole generali della direttiva 2019/790, a partire dall’art. 17 che, pur qualificando “atto di comunicazione al pubblico” la condotta della piattaforma che offre al pubblico accesso ai contenuti caricati dai suoi utenti (14), prevede esclusivamente obblighi di “best efforts” per acquisire il consenso dei titolari dei diritti e per assicurare che non siano rese disponibili opere in violazione dei diritti altrui. Sempreché, tuttavia, i prestatori dei servizi di condivisione “abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti”.

Parimenti ossequioso verso le piattaforme è l’uso del concetto di “condivisione”, tanto nella direttiva SMAV quanto nella 2019/790: concetto che pone enfasi sull’attività “altruistica” dell’utente che “condivide”, lasciando in ombra il ruolo imprenditoriale della piattaforma, che opera, come si è detto, sul mercato pubblicitario, secondo le classiche modalità proprie dei media (15). Nondimeno, tanto la di-

esempio, LI, *Is Online Media a Two-sided Market?*, in *Computer L. and Security Rev.*, 2015, 99 ss.

(14) In senso contrario, con riferimento a fatti anteriori alla direttiva (UE) 2019/790, la citata sentenza CGUE *Peterson c. Google* (n. 102), sulla base della giurisprudenza ivi citata.

(15) Secondo la sentenza *Peterson c. Google* (n. 86), il fatto che la piattaforma operi a fini di lucro non consente, di per sé, di ritenerla responsabile per i contenuti illeciti (contraffatti) distribuiti (sulle orme di CGUE 14 giugno 2017, *Stichting Brein*, in causa C-610/15, n. 29). Al n. 96 della stessa sentenza *Peterson* si legge, invece: “se è vero che YouTube ottiene introiti pubblicitari dalla sua piattaforma e consente agli utenti che hanno caricato contenuti nonché ai titolari di contenuti protetti dal diritto d’autore di partecipare a detti introiti, non risulta tuttavia che il modello economico di tale piattaforma si basi sulla presenza di contenuti illeciti su quest’ultima o che detto modello miri a incoraggiare gli utenti a caricare contenuti del genere, né che lo scopo o l’uso principale di YouTube consista nella condivisione illecita di contenuti protetti”. Il riferimento al “modello economico” non è chiaro. In particolare, non si comprende se la Corte intenda che l’attività d’impresa della piattaforma non sarebbe sostenibi-