

24 Novembre 2020

La “Legge sui mercati digitali”

Il piano della Commissione per la revisione del diritto della concorrenza nei mercati digitali

Andrea De Petris, Alessandro Gasparotti, Lukas Harta, Matthias Kullas, Victor Warhem



La Commissione pubblicherà a breve il *Digital Markets Act*, una proposta legislativa volta a garantire la concorrenza nei mercati dei servizi digitali. Essa consisterà in due pilastri:

- ▶ Il "nuovo strumento di concorrenza" che permetterà alla Commissione di intervenire nei mercati digitali che presentano "problemi strutturali di concorrenza che impediscono il corretto funzionamento dei mercati". Lo strumento si applicherebbe alle imprese indipendentemente dal fatto se siano dominanti o non dominanti.
- ▶ Lo "strumento *ex ante*" che stabilisce obblighi per gli operatori sistemici (ad es. le piattaforme digitali di grandi dimensioni) che fungono da controllori dell'accesso "*gatekeepers*".

Alla luce di due consultazioni e di un intervento del vicepresidente esecutivo Margrethe Vestager, il *Centres for European Policy Network* solleva i seguenti punti:

- ▶ Per evitare l'incertezza giuridica, la Commissione dovrà definire in maniera molto precisa il concetto di "problemi strutturali della concorrenza".
- ▶ La Commissione dovrebbe sforzarsi di garantire che la legge sui servizi digitali si applichi solo alle imprese il cui potere di influenzare mercato è molto improbabile che sia contestabile e, inoltre, potrebbe essere sfruttato nei mercati adiacenti, con il grave rischio di ostacolare la concorrenza anche in tali mercati.
- ▶ La nuova normativa potrebbe interferire con diritti fondamentali quali: la libertà d'impresa e il diritto di proprietà. Pertanto, le imprese devono avere il diritto di contestare queste misure dinanzi ad un tribunale.

Indice

1	Introduzione	3
2	La legge sui mercati digitali (DMA)	5
2.1	Pillar 1: Il nuovo strumento di concorrenza (NSC)	5
2.2	Pillar 2: Lo strumento ex-ante (EAS)	6
3	Legislazione vigente in alcuni Stati membri dell'UE	7
3.1	Francia	7
3.2	Germania	8
3.3	Italia	10
4	Valutazione.....	10
4.1	Valutazione Economica.....	10
4.1.1	Caratteristiche dei mercati digitali	10
4.1.2	La prossima legge sui mercati digitali (DMA).....	12
4.1.2.1	Il nuovo strumento di concorrenza (NSC).....	12
4.1.2.2	Lo strumento ex-ante (EAS)	13
4.2	La base giuridica del DMA.....	14
4.2.1	Art. 103 TFEU come base giuridica?.....	14
4.2.2	Art. 114 TFEU come base giuridica?.....	14
4.3	Diritti fondamentali	16

1 Introduzione

Il 29 ottobre, la vicepresidente esecutiva della Commissione europea, Margrethe Vestager, ha tenuto un discorso¹ in cui ha discusso una proposta di regolamentazione su come rinnovare il diritto della concorrenza dell'UE nei mercati digitali e regolamentare in modo specifico alcune grandi piattaforme online. L'imminente proposta della Vestager può essere fatta risalire alla lettera di missione² in cui il Presidente della Commissione von der Leyen la ha incaricata di assicurare che "la politica e le regole di concorrenza siano adatte all'economia moderna" e di "rafforzare l'applicazione della concorrenza in tutti i settori".³

Attualmente, infatti, è in corso un ampio dibattito tra il mondo accademico e i responsabili politici per stabilire se le regole di concorrenza dell'UE siano adatte all'economia moderna o se contengano alcune lacune normative, soprattutto per quanto riguarda i mercati digitali.⁴ Secondo la Commissione, vi sono delle lacune che emergono perché i mercati digitali possiedono una combinazione di caratteristiche che li rende diversi dagli altri mercati. Tale combinazione consiste in:

- significative economie di scala, cioè vantaggi in termini di costi, perché un aumento della produzione riduce notevolmente i costi medi,
- significative economie di scopo, vale a dire vantaggi in termini di costi derivanti dall'utilizzo di infrastrutture e dati già disponibili quando si fornisce un nuovo servizio,
- significativi effetti network, cioè il beneficio incrementale per tutti gli utenti esistenti che deriva da un nuovo utente che si unisce alla rete,
- prezzo zero, cioè la domanda significativamente maggiore di un bene o servizio ad un prezzo esattamente pari a zero, rispetto ad un prezzo anche leggermente superiore a zero,
- dipendenza dai dati, ovvero dipendenza dall'accesso ai dati per offrire prodotti e servizi.

La Commissione afferma che esistono quattro lacune normative nel diritto della concorrenza dell'UE nella sua forma attuale, in particolare se applicato ai mercati digitali.

In primo luogo, nei mercati digitali, un'impresa che non detiene una posizione dominante può, a volte, far pendere un mercato a suo favore molto rapidamente. Il ribaltamento avviene quando un mercato caratterizzato da forti effetti di rete positivi con diversi fornitori si trasforma in un mercato monopolistico. Secondo la Commissione, una volta che un mercato digitale si è ribaltato a favore di un'impresa, il potere di mercato acquisito da tale impresa diviene difficilmente contestabile. Inoltre, nei mercati digitali, anche le imprese che non detengono una posizione dominante possono esercitare un potere di mercato pregiudizievole per la concorrenza, senza obbligo di ribaltare a loro favore il mercato, ad esempio rendendo difficile il passaggio ad un concorrente. Art. 102 TFUE vieta alle imprese di abusare di una posizione dominante. Poiché però riguarda solo le imprese dominanti,

¹ Commissione Europea (2020), [Discorso](#) del Vice-Presidente Esecutivo Margrethe Vestager: Costruire la fiducia nella tecnologia.

² Commissione Europea (2019), [Lettera di Missione a Margrethe Vestager](#), Vice-Presidente Esecutivo per un'Europa adeguata all'era digitale del 1 dicembre 2019.

³ Ibidem, p. 5.

⁴ Cfr. ad esempio Crémer, J./de Montjoye, Y.-A./Schweitzer, H. (2019), [Politica della concorrenza per l'era digitale](#); University of Chicago Booth School of Business (2019), Stigler Committee on Digital Platforms: final [report](#); Marsden, P. / Podszun, R. (2020), [Restoring Balance to Digital Competition – Sensible Rules, Effective Enforcement](#); Schweitzer, H./ Haucap, J./Kerber, W./Welker, R. (2018), [Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen](#); Monopolkommission (2020), [Wettbewerb 2020](#); Autorité de la concurrence / Bundeskartellamt (2019), [Algorithms and Competition](#).

attualmente non esiste alcuna possibilità di intervenire per impedire che un mercato si ribalti o che un'impresa non dominante limiti la concorrenza.

In secondo luogo, una volta che un mercato si è ribaltato a favore di un'impresa, quest'ultima può far leva sul suo potere di mercato in un mercato adiacente - cioè un'integrazione verticale o orizzontale - con il rischio di ribaltare anche questo mercato. L'impresa può farlo, ad esempio, utilizzando i dati che ha raccolto nel mercato oggetto di ribaltamento per fornire un nuovo prodotto o servizio. Tale sfruttamento potrebbe non costituire necessariamente un abuso ai sensi dell'articolo. 102 TFUE.

In terzo luogo, a causa delle suddette combinazioni di caratteristiche nei mercati digitali, alcune piattaforme online operano come *gatekeeper*, ossia controllano e limitano l'accesso alle loro piattaforme. Inoltre, in qualità di fornitori di piattaforme possono determinare le condizioni che devono essere accettate dalle imprese che vogliono accedere alla piattaforma.⁵ I *gatekeeper* possono farlo perché gli utenti commerciali si affidano all'accesso a tali piattaforme per raggiungere i potenziali clienti, ad esempio attraverso una quotazione in un mercato online ("potere d'intermediazione"). Questo dà ai fornitori di piattaforme il potere di imporre ai loro utenti pratiche commerciali che ostacolano o addirittura impediscono l'emergere o la crescita di altre piattaforme concorrenti. Esempi di tali pratiche sono le clausole del miglior prezzo che vietano alle imprese di offrire i loro prodotti a prezzi più bassi attraverso altri canali di distribuzione. Inoltre, in qualità di *gatekeeper*, tali fornitori di piattaforme possono sfruttare i loro utenti commerciali imponendo condizioni commerciali che favoriscono fortemente il fornitore della piattaforma.

In quarto luogo, se il fornitore di una piattaforma online è esso stesso commercialmente attivo sulla propria piattaforma e quindi in concorrenza con altri utenti commerciali sulla propria piattaforma, può, ad esempio, auto-preferenziando i propri prodotti o servizi, vietare ai concorrenti potenti di accedere alla piattaforma o imporre loro condizioni discriminatorie. Tali comportamenti distorcono la concorrenza sulla piattaforma a favore del fornitore. Ciò non può essere adeguatamente affrontato con il diritto della concorrenza vigente, in particolare a causa della lunga durata dei procedimenti in materia di concorrenza. Ad esempio, nel 2010 la Commissione ha avviato un'indagine nei confronti di Google sulla base dell'accusa che Google si auto-preferenziasse il proprio Google Shopping, visualizzandolo in modo più favorevole nelle pagine dei risultati generali delle ricerche. Nel 2017 la Commissione ha inflitto un'ammenda a Google, che ha portato il caso in tribunale. A tutt'oggi non c'è stata nemmeno una decisione del Tribunale dell'Unione Europea, figuriamoci della Corte di Giustizia Europea. Di conseguenza, l'esecuzione richiede troppo tempo perché i rimedi siano pienamente efficaci. Inoltre, manca ancora chiarezza sulle circostanze in cui l'auto-preferenza potrebbe costituire un abuso.

Per affrontare questi quattro problemi, e perché alcuni Stati membri hanno introdotto modifiche legislative a livello nazionale, che adottano approcci diversi,⁶ la Commissione pubblicherà una proposta di regolamentazione per una "legge dei mercati digitali" (*Digital Markets Act* di seguito: DMA). La seguente sezione 2 introduce il DMA e i suoi possibili contenuti. La sezione 3 fornisce una

⁵ Commissione Europea (2020), Inception Impact Assessment [ARES\(2020\)2877647](#) del 02 giugno 2020, pacchetto di legge sui servizi digitali (Digital Services Act) - strumento normativo ex ante per le grandi piattaforme online che fungono da *gatekeeper*, pag. 1.

⁶ Commissione Europea (2020), Inception Impact Assessment [ARES\(2020\)2877647](#) del 02 giugno 2020, pacchetto di legge sui servizi digitali (Digital Services Act) - strumento normativo ex ante per le grandi piattaforme online che fungono da *gatekeeper*, pag. 1.

panoramica della legislazione nazionale esistente e proposta in materia in Francia, Germania e Italia. Infine, la sezione 4 fornisce una valutazione economica e giuridica del previsto DMA.

2 La Legge sui mercati digitali (DMA)

Secondo la vicepresidente esecutiva Vestager⁷, il prossimo DMA - che mira a colmare le lacune normative evidenziate nella Sezione 1 - sarà costituita da due pilastri. Il primo pilastro creerà un "nuovo strumento di concorrenza" (di seguito: "NSC"),⁸ mentre il secondo pilastro istituirà uno "strumento normativo *ex ante* per le grandi piattaforme online con significativi effetti di rete che fungono da "gatekeeper" (di seguito: "EAS")⁹.

2.1 Pilastro 1: il Nuovo Strumento di Concorrenza (NSC)

IL NSC¹⁰ mira ad affrontare il problema delle imprese non dominanti che limitano la concorrenza o che addirittura ribaltano un mercato a loro favore e il problema delle imprese nei mercati ribaltati che fanno leva sul loro potere di mercato in un mercato adiacente con il rischio di ribaltare anche questo mercato. Pertanto, secondo Vestager, il NSC consentirà alla Commissione "*di affrontare i fallimenti del mercato (...) nei mercati digitali e di impedire l'emergere di nuovi*".¹¹

Il NSC si applicano alle imprese che operano sui mercati digitali. A differenza dell'Art. 102 TFUE, non è rilevante che un'impresa sia dominante o non dominante per farla rientrare nel NSC. La Commissione intende invece applicare il NSC alle imprese che operano in un mercato digitale in cui un "rischio strutturale per la concorrenza o una mancanza strutturale di concorrenza impedisce al mercato di funzionare correttamente"¹². L'esistenza di tali questioni strutturali potrebbe essere stabilita dalla Commissione se, ad esempio:

- un mercato è altamente concentrato,
- esistono barriere all'ingresso,
- i consumatori sono bloccati, ad esempio, in una certa piattaforma,
- un'impresa che opera sul mercato ha accumulato una grande quantità di dati, oppure
- le imprese che operano sul mercato non hanno accesso ai dati.

Non è ancora chiaro quali imprese operanti su tale mercato saranno soggette al NSC. Tuttavia, è probabile che esso si applicherà in primo luogo alle imprese con almeno un certo grado di potere di mercato. La Commissione prevede la possibilità di imporre, caso per caso, misure correttive su

⁷ Commissione Europea (2020), [Discorso](#) del Vice-Presidente Esecutivo Margrethe Vestager: Costruire la fiducia nella tecnologia.

⁸ Commissione Europea (2020), Inception Impact Assessment [ARES\(2020\)2877634](#) del 2 Giugno 2020, Il Nuovo Strumento di Concorrenza.

⁹ Commissione Europea (2020), Inception Impact Assessment [ARES\(2020\)2877647](#) del 2 Giugno 2020, pacchetto Digital Services Act - strumento normativo *ex ante* di piattaforme online molto grandi che fungono da gatekeeper.

¹⁰ Commissione Europea (2020), Inception Impact Assessment [ARES\(2020\)2877634](#) del 2 Giugno 2020, Il Nuovo Strumento di Concorrenza.

¹¹ Commissione Europea (2020), [Discorso](#) del Vice-Presidente Esecutivo Margrethe Vestager: Costruire la fiducia nella tecnologia.

¹² Commissione Europea (2020), Inception Impact Assessment [ARES\(2020\)2877634](#) del 2 Giugno 2020, Il Nuovo Strumento di Concorrenza, p. 2.

misura destinate a determinate grandi piattaforme online, ove necessario e giustificato.¹³ Questo sembra suggerire che l'NSC potrebbe avere un campo di applicazione piuttosto limitato.

Se il NSC si rivolge ad un'impresa, la Commissione è autorizzata a imporre rimedi comportamentali e strutturali, adattati al mercato o all'impresa in questione. La Commissione non indica quali rimedi comportamentali e strutturali ha in mente, ma se segue il diritto comunitario in materia di concentrazioni, i rimedi comportamentali potrebbero comprendere divieti di raggruppare i prodotti, obblighi di fornitura, obblighi di concedere in licenza tecnologie chiave o di fornire l'accesso alle infrastrutture e alle attività chiave.¹⁴ I rimedi strutturali di solito assumono la forma di una cessione, ad esempio la vendita di un ramo d'azienda o la rimozione dei legami tra competitori.¹⁵ Poiché la Commissione ha assicurato che non dichiarerà l'esistenza di una violazione del diritto comunitario della concorrenza, non saranno inflitte ammende.¹⁶

2.2 Pilastro 2: lo Strumento *ex-ante* (EAS)

Lo strumento *ex-ante*¹⁷ mira ad affrontare i problemi dei *gatekeeper* impedendo la nascita o la crescita di altre piattaforme concorrenti e limitando la concorrenza sulla propria piattaforma, ad esempio preferenziando i propri prodotti o servizi. L'obiettivo è quello di garantire che i mercati caratterizzati da grandi piattaforme con significativi effetti di rete che fungono da *gatekeeper*, rimangano equi e contendibili per gli innovatori e per i nuovi operatori che si affacciano sul mercato.¹⁸

Lo strumento *ex ante* si applicherà alle imprese che operano sui mercati digitali. In particolare, esso si applicherà ad un sottoinsieme di imprese individuate sulla base di una serie di criteri quali:¹⁹

- effetti di rete significativi,
- la dimensione della base di utenza, oppure
- la capacità di sfruttare i dati in tutti i mercati.

Le imprese alle quali si applica lo strumento *ex ante* dovranno attenersi ad un chiaro elenco di obblighi e di pratiche vietate, che potrebbe includere, ad esempio:²⁰

- obblighi di fornire informazioni specifiche,
- il divieto di alcuni tipi di "auto-preferenza",

¹³ Commissione Europea (2020), Inception Impact Assessment [ARES\(2020\)2877647](#) del 2 Giugno 2020, pacchetto Digital Services Act - strumento normativo *ex ante* di piattaforme online molto grandi che fungono da *gatekeeper*, p. 4.

¹⁴ Ezrachi, A., Under (and Over) Prescribing of Behavioural Remedies, The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy [Working Paper \(L\) 13/05](#); Commissione Europea (2008), comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio e del regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione, del 22 ottobre 2008, [GU 2008/C 267/01, par. 69](#); Wilson, T., Merger remedies – is it time to go more behavioural? < <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/02/21/merger-remedies-is-it-time-to-go-more-behavioural/>.

¹⁵ Comunicazione della Commissione sui rimedi, par. 15, 17, 22 e segg.

¹⁶ Commissione Europea (2020), Inception Impact Assessment [ARES\(2020\)2877634](#) del 2 Giugno 2020, Il Nuovo Strumento di Concorrenza, p. 3.

¹⁷ Commissione Europea (2020), Inception Impact Assessment [ARES\(2020\)2877647](#) del 2 Giugno 2020, pacchetto Digital Services Act - strumento normativo *ex ante* di piattaforme online molto grandi che fungono da *gatekeeper*.

¹⁸ Commissione Europea (2020), Comunicazione [COM\(2020\) 67](#) del 19 febbraio 2020, Shaping Europe's digital future, p. 10.

¹⁹ Commissione Europea (2020), Inception Impact Assessment [ARES\(2020\)2877647](#) del 2 Giugno 2020, pacchetto Digital Services Act - strumento normativo *ex ante* di piattaforme online molto grandi che fungono da *gatekeeper*, p. 4.

²⁰ Commissione Europea (2020), [Discorso](#) del Vice-Presidente Esecutivo Margrethe Vestager: Costruire la fiducia nella tecnologia.

- il divieto di sfruttare i dati acquisiti da un utente commerciale, che si affida alla piattaforma del *gatekeeper*, al fine di competere con lo stesso utente commerciale nel suo stesso mercato.

Attualmente non è disponibile un elenco preciso degli obblighi e delle pratiche vietate.²¹ Inoltre, non è chiaro come la Commissione farà rispettare le regole stabilite nello strumento *ex ante*. Tuttavia, è probabile che l'applicazione di tali obblighi sarà più rapida e semplice di quanto non sia attualmente possibile. Ai sensi dell'art. 102 del TFUE, la Commissione deve dimostrare l'esistenza di una posizione dominante e di un abuso, entrambi termini molto vaghi che possono essere difficili da stabilire. Per contro, secondo lo strumento *ex ante*, la Commissione dovrebbe semplicemente dimostrare che un'impresa già definita come *gatekeeper*²² ha realizzato una delle azioni incluse nella "lista nera". Ciò consentirà un'applicazione più semplice e rapida delle norme.

3 Legislazione vigente in alcuni Stati Membri dell'UE

3.1 Francia

Il fondamento giuridico principale del diritto nazionale francese della concorrenza è il Libro IV del Codice di Commercio.²³ L'Art. L420-1 del Codice - come l'Art. 101 del TFUE - vieta gli accordi che limitano la concorrenza. L'Art. L420-2 stabilisce - come l'Art. 102 TFUE - che è vietato lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante da parte di una o più imprese. A differenza del diritto comunitario, la legislazione francese (articolo L420-2) vieta anche l'abuso di "dipendenza economica".²⁴

Nel 2015, il Consiglio costituzionale francese ha respinto un articolo della legge "crescita economica, attività e pari opportunità" del 6 agosto 2015 che ha conferito all'Autorità francese della concorrenza (*Autorité de la Concurrence*) il potere di emettere ingiunzioni strutturali che modificano le fusioni e le acquisizioni di imprese che hanno quote di mercato superiori al 50%, nonché i prezzi della domanda e hanno margini considerati elevati rispetto al resto del settore. Il Consiglio costituzionale ha invocato il diritto alla libera impresa e alla proprietà per respingere questa disposizione.²⁵ Questa decisione non dovrebbe tuttavia impedire ulteriori modifiche del diritto della concorrenza volte ad adeguarlo ai nuovi parametri economici della concorrenza. Ciononostante, non è stato ancora avviato alcun progetto legislativo francese che, come la prevista revisione tedesca della GWB²⁶, consentirebbe, all'autorità francese garante della concorrenza, di imporre misure correttive *ex ante* in relazione a comportamenti anticoncorrenziali da parte di imprese che operano su più mercati.

Eppure, nel suo contributo al dibattito pubblico sulla concorrenza e sull'economia digitale,²⁷ l'Autorità Francese della Concorrenza ha fatto una serie di proposte: In primo luogo, ha proposto una definizione di "*plateformes structurantes*", come una piattaforma che soddisfa i tre criteri seguenti:

- agisce come intermediario online;

²¹ Un documento trapelato che elencava le pratiche potenzialmente sleali è stato pubblicato da [Politico](#).

²² Questa valutazione avviene necessariamente prima di qualsiasi procedura esecutiva, poiché l'elenco dei sì e dei no si applica solo alle imprese che sono risultate essere gatekeepers.

²³ Code Commercial de la liberté des prix et de la concurrence, articles L410-1 à 470-8.

²⁴ Code de Commerce, [Livre IV](#) : de la liberté des prix et de la concurrence.

²⁵ Conseil Constitutionnel, [décision n°2015-715 du 5 aout 2015](#).

²⁶ Vedi paragrafo 3.2.

²⁷ Autorité de la Concurrence, [Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques](#), 19.02.2020. Questo riferimento vale per il resto del paragrafo.

- la sua posizione è "strutturante" per il mercato (o i mercati) in cui opera, cioè può controllare l'accesso o il funzionamento del mercato;
- rappresenta un attore inevitabile per le imprese che desiderano entrare in un mercato.

Secondo l'Autorità, questa definizione dovrebbe essere integrata da linee guida a sostegno della valutazione della natura strutturante della piattaforma per quanto riguarda le sue dimensioni, la capacità finanziaria e i pool di utenti/dati.

In secondo luogo, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha proposto un elenco non esaustivo di pratiche anticoncorrenziali che si applicano a tali piattaforme di strutturazione.

Tale elenco contiene le seguenti pratiche:

- discriminando tra prodotti o servizi concorrenti che utilizzano i servizi della piattaforma di strutturazione;
- impedendo l'accesso a mercati sui quali la piattaforma di strutturazione non è dominante o strutturante;
- utilizzando dati su un mercato dominato per ostacolare l'accesso a tale mercato;
- ostacolando l'interoperabilità dei prodotti e dei servizi;
- ostacolare la portabilità dei dati;
- ostacolare il *multihoming*.

Se tali pratiche da parte di una piattaforma di strutturazione vengono scoperte, l'autorità competente potrebbe accettare l'impegno vincolante della piattaforma a cessare e desistere da tali pratiche in futuro, oppure ordinare alle piattaforme di modificare le loro pratiche, se necessario dietro pagamento di una penale. Potrebbe inoltre vietare tali pratiche in futuro. Le piattaforme potrebbero giustificare tali pratiche rivendicando guadagni di efficienza, ma l'onere della prova sarebbe a loro carico.

L'autorità francese per la concorrenza preferirebbe che tale regolamentazione venisse adottata a livello UE. In caso contrario, richiederebbe una legislazione nazionale.

3.2 Germania

Il fondamento giuridico principale del diritto nazionale tedesco della concorrenza è la legge contro le restrizioni della concorrenza (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, di seguito "GWB").²⁸ § 1 dell'Atto - come l'Art. 101 TFUE - vieta gli accordi che limitano la concorrenza. Il § 19 stabilisce - come l'Art. 102 TFUE - che è vietato lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante da parte di una o più imprese. A tale riguardo, è fondamentale definire quale sia il mercato del prodotto e il mercato geografico rilevante, se un'impresa sia dominante su questo mercato e se questa abbia abusato della sua posizione dominante.

A differenza del diritto comunitario, la legislazione tedesca (§ 20 GWB) riguarda anche il comportamento delle imprese che hanno un potere di mercato relativo o superiore, vale a dire inferiore a quello di una posizione dominante.²⁹ Esse sono soggetti ad alcune restrizioni sulle loro transazioni con le PMI, ma queste sono meno severe di quelle che devono affrontare le imprese dominanti.

²⁸ Disponibile su <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/BJNR252110998.html>.

²⁹ Vedi Loewenheim, U. in: Loewenheim, U. et al. (2020), Kartellrecht, 4° ed. 2020, § 20 GWB par. 3.

L'ultima modifica del 2017 ha introdotto il § 18 (3a), che elenca diversi criteri, ad esempio gli effetti di rete, le economie di scala e l'accesso ai dati rilevanti per la concorrenza, che devono essere presi in considerazione nella valutazione della posizione di mercato di un'impresa nel caso di mercati e network a più lati [cfr. cepStudy [Competition Challenges in the Consumer Internet Industry](#)].

Il governo tedesco ha ora in programma di modificare nuovamente il GWB, in risposta alle sfide derivanti dalla digitalizzazione, in particolare nell'economia della piattaforma.³⁰ Tra le altre misure, deve essere introdotto un nuovo § 19a GWB, secondo il quale l'Ufficio federale dei cartelli (*Bundeskartellamt*) può dichiarare che un'impresa che opera in misura sostanziale su mercati o reti a più lati ha un'importanza fondamentale per la concorrenza su tutti i mercati (*Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb*). I criteri per tale dichiarazione sono:

- la posizione dominante dell'impresa in uno o più mercati,
- la sua forza finanziaria,
- la sua integrazione verticale o la sua attività su mercati altrimenti collegati, e
- il suo accesso ai dati rilevanti per la concorrenza e il suo potere di intermediazione.

Non tutti questi criteri devono essere soddisfatti. Se l'Ufficio federale dei cartelli rilascia una tale dichiarazione, può imporre una serie di rimedi comportamentali, che sono tutti divieti. Tra questi vi sono:

- divieto di rendere più difficile l'interoperabilità di prodotti o servizi o la portabilità dei dati,
- riservare un trattamento preferenziale ai propri servizi, e
- ostacolando ingiustamente i concorrenti su un mercato in cui l'impresa interessata può espandere rapidamente la propria posizione anche senza essere dominante.

Secondo il memorandum esplicativo del disegno di legge, il § 19a GWB si rivolge a un piccolo gruppo di imprese digitali.³¹ L'obiettivo è quello di impedire che queste imprese utilizzino la loro posizione e le loro risorse su un mercato per limitare la concorrenza in un altro mercato.³²

Inoltre, secondo il progetto di versione, costituisce un abuso se un'impresa con un potere di mercato superiore su un mercato a più lati impedisce il raggiungimento indipendente degli effetti *network* da parte dei concorrenti e crea quindi un grave rischio che la concorrenza sia significativamente limitata [§ 20 (3a)]. Questa disposizione mira ad impedire il *tipping* dei mercati.³³ Il *tipping* si riferisce alla "trasformazione di un mercato, caratterizzato da forti effetti di rete positivi con diversi *provider*, in un mercato monopolistico o altamente concentrato".³⁴ La disposizione proposta mira a rendere possibile l'intervento in una fase iniziale, perché una volta che un mercato si è trasformato, raramente può essere invertito.³⁵

³⁰ Disponibile su <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/gesetzentwurf-gwb-digitalisierungsgesetz.pdf?blob=publicationFile&v=6>. Su una bozza precedente molto simile si veda ad esempio Körber, T. (2020), "Digitalizzazione" del controllo degli abusi attraverso il 10° emendamento all'ARC, Multimedia e diritto, Vol. 23, pp. 290-295.

³¹ Proposta di progetto p. 85 e seg.

³² Proposta di progetto p. 85.

³³ Proposta di progetto p. 95 e seg.

³⁴ Proposta di progetto p. 95.

³⁵ Proposta di progetto p. 96.

3.3 Italia

Il principale fondamento giuridico del diritto nazionale italiano della concorrenza è la legge 10 ottobre 1990, n. 287.³⁶ L'Art. 2 della Legge 287/1990 - come l'Art. 101 TFUE - vieta gli accordi che "abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in modo significativo la concorrenza". L'art. 3 della legge 287/1990 recita – simile all'art. 102 TFUE - che è vietato l'abuso di posizione dominante da parte di una o più imprese. A differenza del diritto comunitario, la legislazione italiana (art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192)³⁷ vieta anche l'abuso della "dipendenza economica".³⁸

Sebbene in Italia si parli da tempo della necessità di una legislazione che garantisca la concorrenza anche nella "*platform economy*", le istituzioni italiane non hanno ancora sviluppato specifiche proposte normative in materia.

4 Valutazione

4.1 Valutazione economica

4.1.1 Caratteristiche dei mercati digitali

L'obiettivo di preservare la concorrenza nel mercato interno è appropriato, e l'attenzione ai mercati digitali è in effetti giustificata dalle caratteristiche specifiche di tali mercati. Come descritto nella sezione 1, le imprese che operano nei mercati digitali possono trarre vantaggio da alcuni fenomeni, come le significative economie di scala e i significativi effetti di rete, i prezzi nulli e la dipendenza dai dati che, pur esistendo anche in altri mercati, sono più forti e si rafforzano reciprocamente in quelli digitali.

Economie di scala. Come afferma la Commissione, le imprese digitali possono beneficiare di economie di scala positive. Di conseguenza, un'impresa digitale che sia in grado di produrre e distribuire un maggior numero di prodotti o di fornire un maggior numero di servizi - ad esempio collegando due utenti di piattaforme - può farlo a costi più contenuti. Poiché ciò attira nuovi utenti, l'impresa digitale può ampliare la sua offerta di beni o servizi e ridurre ulteriormente il suo prezzo. Questo effetto di riduzione dei prezzi si rafforza da solo.

Sebbene sia possibile realizzare economie di scala anche in vari mercati non digitali, le imprese digitali hanno due caratteristiche speciali che amplificano questo fenomeno: In primo luogo, la produzione e la distribuzione di un bene aggiuntivo non crea praticamente alcun costo aggiuntivo per molte imprese digitali. Ciò non avviene di solito per le imprese che operano su mercati non digitali. Pertanto, le economie di scala positive sono maggiori per le imprese digitali che per quelle che operano su mercati non digitali. In secondo luogo, nei mercati non digitali, le economie di scala positive sono spesso - almeno in parte - compensate dal fatto che l'espansione della produzione richiede di solito investimenti significativi, come l'acquisizione di nuovi macchinari. Ciò non si applica

³⁶ Disponibile su <https://www.agcm.it/chi-siamo/normativa/legge-10-ottobre-1990-n-287-norme-per-la-tutela-della-concorrenza-e-del-mercato>.

³⁷ Disponibile su: <https://www.agcm.it/competenze/tutela-della-concorrenza/dettaglio?id=58e16284-f1d9-4712-9db9-cfcf13959ec4&parent=Normativa&parentUrl=/competenze/tutela-della-concorrenza/normativa>.

³⁸ La dipendenza economica è considerata una situazione in cui un'impresa è in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e doveri.

di solito alle imprese digitali, il che è un'altra indicazione del fatto che le economie di scala sono maggiori per le imprese digitali che per quelle non digitali.

Le significative economie di scala favoriscono un'elevata concentrazione del mercato nei mercati digitali. Inoltre, esse hanno un forte effetto deterrente sui potenziali concorrenti, in quanto un nuovo operatore può avere successo solo se si raggiunge in breve tempo un determinato volume di vendite.³⁹

Effetti network. Oltre a significative economie di scala positive, le imprese digitali - e soprattutto le piattaforme online - possono beneficiare di significativi effetti di rete positivi: Un utente di rete aggiuntivo aumenta il beneficio per tutti gli utenti esistenti. Questo a sua volta attirerà altri nuovi utenti. Gli effetti positivi della rete si rafforzano quindi da soli e favoriscono quindi un'elevata concentrazione del mercato. Inoltre, gli effetti di rete possono fungere da deterrente per i nuovi entranti sul mercato se esiste già una piattaforma con una grande rete. Ciò è dovuto al fatto che l'operatore storico può rendere difficile per una nuova piattaforma costruire la propria rete dissuadendo gli utenti dal passare alla nuova piattaforma, ad esempio limitando l'interoperabilità, o dall'utilizzare più di una piattaforma, ad esempio mediante meccanismi del "miglior prezzo".

Gli effetti della rete e le economie di scala si rafforzano a vicenda: Un nuovo utente significa prezzi più bassi, grazie alle economie di scala, e maggiori benefici per gli utenti esistenti della piattaforma, grazie all'effetto di rete positivo. Poiché l'aumento del beneficio e il prezzo più basso attireranno nuovi utenti, i prezzi diminuiranno ulteriormente, il che a sua volta attirerà ancora più utenti. Pertanto, esiste un anello di *feedback* positivo tra le economie di scala e gli effetti di rete, che è un'altra ragione per cui spesso vi sono solo poche piattaforme attive in un mercato digitale.

Prezzi a zero. Molte imprese digitali forniscono i loro servizi a un prezzo pari a zero. Se il prezzo di un bene è pari a zero, la domanda spesso aumenta in modo sproporzionato. Ciò ha ripercussioni positive sull'effetto rete. Questa terza caratteristica è un'ulteriore ragione per cui spesso ci sono solo poche imprese attive in un mercato. Il motivo per cui spesso le imprese digitali possono fornire i loro servizi gratuitamente è il loro specifico modello di business: Esse raccolgono e vendono i dati degli utenti e guadagnano anche vendendo spazi pubblicitari sulle loro piattaforme.

Dipendenza dai dati. La caratteristica finale dei mercati digitali elencati dalla Commissione è la dipendenza dai dati.⁴⁰ Le imprese digitali spesso raccolgono grandi quantità di dati sui loro utenti. Questo li aiuta ad offrire il loro servizio in modo più efficiente, con ripercussioni positive sulle economie di scala e sugli effetti di rete. Inoltre, i nuovi operatori del mercato si troveranno ad affrontare elevate barriere all'ingresso in quanto i dati necessari per competere sono difficili da ottenere in modo rapido ed economico.⁴¹ La dipendenza dai dati faciliterà spesso l'espansione di un'impresa già consolidata con accesso ai dati.

Inoltre, con l'accesso a una grande quantità di dati personali, un'impresa digitale può utilizzare i dati per sfruttare il suo potere di mercato nei mercati adiacenti. Lo fa sviluppando un nuovo servizio, sulla base dei dati di preferenza degli utenti che ha raccolto, o utilizzando il suo accesso a molti potenziali clienti - cioè la sua attuale base di utenti - come leva per il suo nuovo servizio. In questo modo, una

³⁹ Bundeskartellamt (2016), [The Market Power of Platforms and Networks](#), working paper, p. 14.

⁴⁰ See Section 1.

⁴¹ University of Chicago Booth School of Business (2019), Stigler Committee on Digital Platforms: final [report](#), p. 7-8.

singola impresa può creare un ecosistema di servizi offerti in tutti i mercati. Se un'impresa digitale affermata ha creato un tale ecosistema - ad esempio offrendo un servizio di posta elettronica che consente agli utenti di inviare documenti direttamente da un elaboratore di testi offerto dalla stessa impresa - un operatore che entra sul mercato avrà difficoltà a contestare il potere di mercato dell'operatore storico se il suo servizio non è pienamente interoperabile con i servizi offerti nell'ecosistema, ad esempio se un fornitore di servizi di posta elettronica concorrente non può integrare senza soluzione di continuità l'elaboratore di testi dell'operatore storico.⁴² Una nuova impresa digitale deve quindi non solo offrire una migliore qualità o un prezzo inferiore rispetto all'operatore storico, ma anche convincere gli utenti dei servizi dell'operatore storico a coordinare la loro migrazione verso il proprio servizio. L'entità di questo "vantaggio dell'operatore storico" dipende, tra l'altro, dall'interoperabilità, dalla portabilità dei dati e dalla possibilità di *multi-homing*.

La combinazione di queste quattro caratteristiche, nonché il fatto che sono sia auto-rinforzanti che trasversali, può consentire ad un'impresa di orientare prima un mercato a suo favore e successivamente di sfruttare questa potente posizione di mercato nei mercati adiacenti. Di conseguenza, la concentrazione del mercato in tutto il mercato unico aumenta. Tuttavia, ciò non significa necessariamente che senza un adeguamento del diritto della concorrenza la posizione di forza delle imprese digitali non possa essere contesa. Esempi come Twitch, Zoom o Tiktok dimostrano che il potere di mercato di una piattaforma consolidata può a volte essere conteso e che i mercati digitali sono innovativi e dinamici. Tuttavia, poiché i casi di potere di mercato che vengono contesi sono piuttosto limitati, è comprensibile che la Commissione voglia affrontare le caratteristiche problematiche dei mercati digitali attraverso una specifica legge sui mercati digitali.

4.1.2 La Prossima Legge sui mercati digitali (DMA)

4.1.2.1 Il Nuovo Strumento di Concorrenza (NSC)

Il primo pilastro della Prossima Legge sui Mercati Digitali (DMA), il NSC, potrebbe consentire alla Commissione di affrontare le questioni relative alla concorrenza più rapidamente di quanto non sia attualmente possibile, in quanto la Commissione non avrà bisogno di stabilire una violazione del diritto della concorrenza ai sensi dell'articolo. 102 DEL TFUE. Una tale rapidità può fornire rimedi più efficienti e contribuire a mantenere un mercato contestabile. Come indagini ai sensi dell'Art. 102 del TFUE sono molto lunghe, nel momento in cui la Commissione impone rimedi potrebbe essere troppo tardi per prevenire un danno, ad esempio perché i concorrenti potrebbero essere già usciti dal mercato.

Per evitare l'incertezza giuridica, la Commissione deve però fornire una definizione adeguata delle "questioni strutturali" che rientreranno nel NSC, poiché i criteri elencati sono tutti elementi molto comuni nella maggior parte dei mercati digitali. Inoltre, una volta stabilita l'esistenza di "questioni strutturali", la Commissione dovrebbe chiarire quali imprese saranno soggette al NSC. Poiché il concetto di "posizione dominante" è troppo ristretto per cogliere il comportamento che la Commissione vuole affrontare, un nuovo concetto simile al "potere di mercato superiore" tedesco (§ 20 GWB), cioè meno di una posizione dominante, potrebbe essere utilizzato per definire quali imprese saranno soggette al NSC. Tuttavia, un'applicazione troppo ampia del NSC potrebbe

⁴² Crémer, J./de Montjoye, Y.-A./Schweitzer, H. (2019), [Competition policy for the digital era](#), p. 36.

scoraggiare gli investimenti e l'innovazione nei mercati digitali, in quanto qualsiasi impresa che riesca ad espandersi con successo potrebbe potenzialmente poi rientrarne. Per ridurre al minimo questo effetto, può quindi essere opportuno che la Commissione definisca una serie di criteri chiari che restringano strettamente il campo di applicazione del NSC. Poiché tutte le imprese che non rientrano in tale serie non rientrerebbero nel campo di applicazione del NSC, non vi sarebbe alcun disincentivo ad investire e ad innovare.

Inoltre, la Commissione dovrebbe cercare di dimostrare che il potere di mercato delle imprese che rientrano nel campo di applicazione del NSC è molto improbabile che sia contestabile e/o che il potere di mercato di tali imprese potrebbe essere sfruttato nei mercati adiacenti, con il grave rischio di ostacolare la concorrenza in tali mercati. Limitare l'azione della Commissione a situazioni in cui è molto probabile che tali questioni si materializzino minimizzerà il rischio di interferire inavvertitamente in un mercato che potrebbe anche correggersi da solo.

4.1.2.2 Lo Strumento Ex-Ante (EAS)

Il secondo pilastro del DMA, l'EAS, dovrebbe comportare un elenco di obblighi per i controllati. Attualmente, la Commissione può operare solo attraverso indagini *ad hoc* sulla condotta delle imprese dominanti. Tuttavia, quando un comportamento pregiudizievole per la concorrenza è ricorrente tra le imprese e i mercati, sarebbe più efficiente affrontarlo *ex ante* attraverso un tale elenco di obblighi, invece di affidarsi a più lunghe indagini per vietare lo stesso comportamento.

È opportuno che l'elenco degli obblighi si applichi solo alle grandi imprese che fungono da *gatekeeper*, in quanto sono più inclini a limitare la concorrenza. Ciò è dovuto al fatto che pratiche come alcune forme dell' "auto-preferenziarsi" possono essere impiegate con successo solo se le imprese concorrenti dipendono dall'accesso alla piattaforma gestita dal *gatekeeper*, che consente a quest'ultimo di sfruttare il suo potere di intermediazione. Inoltre, la limitazione della portata degli obblighi a determinate imprese, definita da criteri chiari, garantirà la certezza del diritto in quanto tutte le imprese che operano sui mercati digitali sapranno se lo strumento *ex ante* si applica a loro e quale comportamento devono evitare per non violare la legge.

Sebbene non si sappia ancora quali obblighi saranno inclusi nello strumento *ex ante*, è importante che essi affrontino questioni precise che sono sempre dannose per la concorrenza. Poiché tali obblighi si applicheranno immediatamente alle imprese che rientrano nel campo di applicazione dello strumento *ex ante*, ciò garantirà la certezza del diritto e la rapida applicabilità. Ulteriori questioni derivanti dal comportamento specifico o dal modello commerciale di determinate imprese saranno affrontate separatamente, tramite il NSC.

Infine, per rimanere pertinente e proporzionata, la Commissione dovrebbe rivedere periodicamente, ad esempio ogni tre anni, l'elenco delle imprese definite come "controllate" e l'elenco degli obblighi. In questo modo nuove pratiche potrebbero essere incluse o escluse dall'elenco, senza imporre improvvisamente nuovi oneri alle imprese. Un calendario preciso per la revisione dello strumento *ex ante* offrirà a tutte le imprese un certo grado di certezza giuridica.

4.2 La base giuridica per il DMA

Secondo la Commissione "la base giuridica per un tale NSC sarebbe l'Art. 103 del TFUE in combinazione con l'Art. 114 del TFUE".⁴³ Per quanto riguarda il EAS, la Commissione afferma che "la base giuridica di questa iniziativa sarà probabilmente l'Art. 114 del TFUE, eventualmente integrato da altre basi giuridiche, a seconda del tipo esatto di misure da proporre".⁴⁴ In assenza di una vera e propria proposta legislativa, la questione della competenza non può essere valutata in modo definitivo. Ciononostante, si possono fare alcune considerazioni al riguardo. Poiché il NSC e l'EAS saranno proposti congiuntamente in un unico atto legislativo, la base giuridica in questione sarà la combinazione dell'Art. 103 e dell'Art. 114 del TFUE oppure l'articolo 114 del TFUE da solo.

4.2.1 Art. 103 TFEU come base giuridica?

L'Art. 103 del TFUE fornisce la base giuridica per la legislazione "per dare attuazione ai principi di cui agli Art. 101 e 102". Pertanto, il DMA può essere basata solo sull'art. 103 del TFUE, solo se il suo contenuto rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 101 o 102 del TFUE. L'art. 101 del TFUE vieta i comportamenti collusivi tra imprese, l'art. 102 TFUE vieta l'abuso di posizione dominante. Per alcuni elementi del DMA, questo è il caso. Anche se nessuno dei due pilastri - NSC o EAS - richiede l'instaurazione di una posizione dominante per essere applicato, un mercato in cui un operatore ha una posizione dominante è certamente un mercato con problemi strutturali di concorrenza nel senso del NSC. Allo stesso modo, anche se la definizione di *gatekeeper* ai sensi dell'EAS non è ancora chiara, è probabile che almeno alcuni di essi avranno una posizione dominante nel senso di Art. 102 del TFUE. Inoltre, tra i problemi di concorrenza che la Commissione intende affrontare vi è la mancanza di accesso ai dati e il *lock-ins* dei consumatori. Tali effetti possono essere creati da una mancanza di interoperabilità e di portabilità dei dati.⁴⁵ Ostacolare l'interoperabilità e la portabilità dei dati può a sua volta costituire un abuso di posizione dominante ai sensi dell'Art. 102 TFUE.⁴⁶

Altri elementi, tuttavia, vanno oltre i principi dell'Art. 101 e 102 del TFUE, in particolare, nel caso della caratteristica fondamentale del DMA sia nel NSC che nell'EAS: la possibilità di intervenire senza che sia necessario stabilire una violazione dell'uno o dell'altro Art. 101 o 102 del TFUE. Si tratta di una novità che non può essere considerata come un'applicazione dei principi dell'art. 101 e 102 del TFUE. Di conseguenza, non è possibile basare l'intero NSC sull'Art. 103 da solo. È per questo motivo che la Commissione invoca anche l'Art. 114 come base giuridica.

4.2.2 Art. 114 TFEU come base giuridica?

L'Art. 114 del TFUE consente il ravvicinamento delle disposizioni degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno. Pertanto, in primo luogo, per potersi basare sull'Art. 114, una proposta deve avere per oggetto il mercato interno. Questo non è un

⁴³ Commissione Europea (2020), Inception Impact Assessment [ARES\(2020\)2877634](#) del 2 Giugno 2020, Il Nuovo Strumento di Concorrenza, p. 2.

⁴⁴ Commissione Europea (2020), Inception Impact Assessment [ARES\(2020\)2877647](#) del 2 Giugno 2020, pacchetto Digital Services Act - strumento normativo ex ante di piattaforme online molto grandi che fungono da gatekeeper, p. 3.

⁴⁵ Cfr. Obara-Martins, J. / Sahandi, R. / Tian, F. (2016), Critical analysis of vendor lock-in and its impact on cloud computing migration: a business perspective, Journal of Cloud Computing: Anticipi, Sistemi e applicazioni, Vol. 5.

⁴⁶ Monopolkommission (2020), [Wettbewerb 2020](#), p. 36; CJEU, Causa T-201/04 (Microsoft/Commission), sentenza del 17 Settembre 2007, [ECLI:EU:T:2007:289](#) (relativa all'interoperabilità).

problema per il DMA, poiché il concetto di mercato interno comprende anche la protezione della concorrenza dalle distorsioni provocate dalle imprese private.⁴⁷

In secondo luogo, negli Stati membri devono esistere disposizioni di legge che indeboliscano il mercato interno o è probabile che tali disposizioni vengano emanate.⁴⁸ Come si è visto in precedenza, Francia, Germania e Italia dispongono di strumenti di intervento che vanno oltre il concetto della sola posizione dominante. La Francia e l'Italia vietano l'abuso di "dipendenza economica", la Germania disciplina la condotta delle imprese con un potere di mercato relativo o superiore. Inoltre, sia la Francia che la Germania stanno valutando iniziative legislative che andrebbero anche oltre. Il progetto della Germania di introdurre una disposizione che consenta alle autorità di impedire il *tipping* del mercato [§ 20 (3a) GWB] è paragonabile al NSC. Il progetto di introdurre una disposizione che si rivolge alle imprese che hanno un'importanza fondamentale per la concorrenza sui mercati (§ 19a GWB), a sua volta, presenta alcune analogie con il previsto strumento *ex ante*. In Francia, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (*Autorité de la Concurrence*) ha suggerito che le piattaforme con le caratteristiche di "operatori sistemici" siano soggette a una regolamentazione più rigorosa, che va nella stessa direzione generale del progetto tedesco. Tuttavia, sia la definizione francese di una "piattaforma di strutturazione" che gli obblighi che tale status comporta differiscono dai rispettivi concetti del progetto tedesco. L'Italia, invece, non sembra ancora pianificare concretamente tali disposizioni. È conseguentemente probabile che emergano differenze tra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

Tuttavia, la mera esistenza di differenze tra gli ordinamenti giuridici nazionali, non giustifica di per sé un ravvicinamento delle legislazioni.⁴⁹ La legislazione dell'UE deve infatti mirare ad eliminare le barriere di mercato che vanno al di là degli oneri che la diversità giuridica comporta automaticamente.⁵⁰ In questo contesto, la Commissione sottolinea giustamente che i servizi forniti dalle grandi piattaforme online sono intrinsecamente e sistematicamente di natura transfrontaliera. Le diverse legislazioni degli Stati membri possono produrre risultati contraddittori se applicate a piattaforme online che operano in tutta l'UE. Per tali legislazioni nazionali è altamente improbabile che contengano una clausola del paese d'origine, come ad esempio la direttiva sull' e-commerce.⁵¹ Pertanto, le imprese non potranno scegliere lo Stato membro con la legislazione più favorevole e operare in questo quadro giuridico in tutta l'UE. Esse devono piuttosto rispettare la legislazione nazionale di ogni singolo Stato membro. Questo, a sua volta, potrebbe portare ad una frammentazione del mercato unico. Le imprese potrebbero astenersi dall'operare in quei mercati nazionali di cui considerano troppo onerose le regole. Pertanto, per quanto si possa accertare, l'art. 114 del TFUE sembra essere una adeguata base giuridica.

Secondo il diritto dell'UE, le basi giuridiche congiunte - come l'Art. 103 in combinazione con l'Art. 114 del TFUE - dovrebbero essere utilizzate solo in via eccezionale, cioè se la proposta in questione

⁴⁷ Cfr. Bast, J., in: Grabitz, E. /Hilf, M. / Nettesheim, M. (eds.), *Das Recht der Europäischen Union*, 58° supplemento 2016, art. 26 TFUE, par. 12a; Schröder, M., in: Streinz, R. (ed.), *EUV/AEUV*, 3ª ed. 2018, art. 26 TFUE, par. 24; Voet van Vormizeele, P., in: von der Groeben, H. / Schwarze, J. / Hatje, A. (eds.), *Diritto dell'Unione Europea*, 7° ed. 2015, art. 26, par. 28.

⁴⁸ Korte, S., in: Callies, C. / Ruffert, M. (a cura di), *EUV/AEUV*, 5° ed. 2016, Art. 114 TFUE, par. 34 e segg.

⁴⁹ CGUE, causa C-376/98 (Germania/Parlamento e Consiglio), sentenza del 5 ottobre 2000, [ECLI:EU:C:2000:544](https://eur-lex.europa.eu/eli/ce/2000/544), par. 84.

⁵⁰ Classen, C. D. in: von der Groeben, H. / Schwarze, J. / Hatje, A. (eds.), *Diritto dell'Unione Europea*, 7° ed. 2015, art. 114, par. 52.

⁵¹ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2000/31/oj>, Art. 3.

persegue più di uno scopo o ha più di una componente e se nessuno di questi scopi o componenti è predominante sull'altro o sugli altri.⁵² Nel contesto attuale, l'obiettivo di regolamentare le potenti imprese digitali a prescindere dalla posizione dominante e da un possibile abuso della stessa supera l'obiettivo di dare attuazione ai principi del diritto della concorrenza. Il fatto che il DMA seguirebbe, in una certa misura, anche le linee dell'Art. 102 del TFUE sembra essere solo accessorio. Di conseguenza, sebbene non sia possibile dare una risposta definitiva alla questione della competenza sulla base delle informazioni ora disponibili, apparirebbe opportuno basare il DMA sull'art. 114 del TFUE da solo.

4.3 Diritti Fondamentali

La prevista DMA tocca anche i diritti fondamentali come stabilito nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE): In primo luogo, interferirebbe con la libertà d'impresa (Art. 16 CDFUE) perché la DMA consentirebbe alla Commissione di imporre rimedi comportamentali (NSC) e di includere un elenco di pratiche commerciali vietate (EAS).⁵³ In secondo luogo, la DMA può interferire con il diritto di proprietà (Art. 17 CDFUE) perché la Commissione prevede che il NSC includerà la possibilità di imporre "rimedi strutturali", che di solito assumono la forma di una cessione.⁵⁴ Date queste interferenze con i diritti fondamentali, le imprese dovranno avere il diritto di impugnare queste misure davanti ad un tribunale (Art. 47 CDFUE).⁵⁵

⁵² CGUE, causa C-338/01 (Commissione/Consiglio), sentenza del 29 aprile 2004, [ECLI:EU:C:2004:253](#), par. 55 e seg.

⁵³ Cfr. Jarass, H. (2016), Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 3° ed., par. 9.

⁵⁴ Cfr. (nel contesto del mercato dell'energia) Baur, J. / Pritzsche, K. / Pooschke, S. (2008), "Ownership Unbundling" of Energy Networks and the European Protection of Property, *Deutsches Verwaltungsblatt*, Vol. 135, pp. 483-492 (486).

⁵⁵ Cfr. Jarass, H. (2016), Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 3a ed., art. 47, cpv. 16; Kröll, T. (2019), in: Holoubek, M. / Lienbacher, G. (a cura di), *GRC commentary*, 2a ed., art. 47, cpv. 12.



Autori:

Prof. Andrea de Petris, Direttore Scientifico

Centro Politiche Europee ROMA

Via G. Vico, 1 | I-00196 Roma

Tel. + 39 06 8438 8433

depetris@cep.eu

Victor Warhem, Policy Analyst

Centre de Politique Européenne PARIS

350, rue Lecourbe | F-75015 Paris

Tel. + 33 1 45 54 9155

warhem@cep.eu

Dr. Matthias Kullas, Head of the Department of Economic and Fiscal Policy

Alessandro Gasparotti, Policy Analyst

Lukas Harta, Policy Analyst

Centrum für Europäische Politik FREIBURG | BERLIN

Kaiser-Joseph-Straße 266 | 79098 Freiburg

Schiffbauerdamm 40 / 4315 | 10117 Berlin

+ 49 761 38693-0

kullas@cep.eu

Traduzione :

Dott. Niccolò Consonni

Centro Politiche Europee ROMA

Via G. Vico, 1 | I-00196 Roma

Tel. + 39 06 8438 8433

consonni@cep.eu

The **Centrum für Europäische Politik** FREIBURG | BERLIN, the **Centre de Politique Européenne** PARIS, and the **Centro Politiche Europee** ROMA, form the **Centres for European Policy Network** FREIBURG | BERLIN | PARIS | ROMA.

Gli istituti della rete **cep** sono specializzati nell'analisi e nella valutazione degli atti promossi dalle istituzioni dell'Unione europea nell'ambito delle politiche di loro competenza e nel quadro d'insieme del processo di integrazione. Il lavoro scientifico, riflesso in particolare nelle proprie pubblicazioni, viene portato avanti indipendentemente da qualsiasi interesse di parte e in favore di un'Europa che rispetti lo stato di diritto ed i principi dell'economia sociale di mercato.