

La nuova disciplina dei *mercati equi e contendibili* nel settore digitale

Napoli, Scuola Superiore della Magistratura

12 dicembre 2023

Prof. Avv. Gustavo Olivieri

Ordinario di diritto commerciale

Direttore Master in concorrenza e innovazione

LUISS School of Law



Il Regolamento (UE) 2022/1925 (*Digital Market Act – DMA*)

Definizione di impresa *Gatekeeper* (art. 3, par. 1):

- a) Impatto significativo sul mercato interno;
- b) Fornitura di servizi di piattaforma di base (*Gateway*) importante per collegare utenti commerciali con utenti finali;
- c) Detiene posizione consolidata e duratura nel proprio settore di attività.

Indici presuntivi del possesso di tali requisiti:

- >7,5 mld fatturato nell'UE;
- >45 milioni di utenti finali e
- >10.000 utenti commerciali negli ultimi tre esercizi



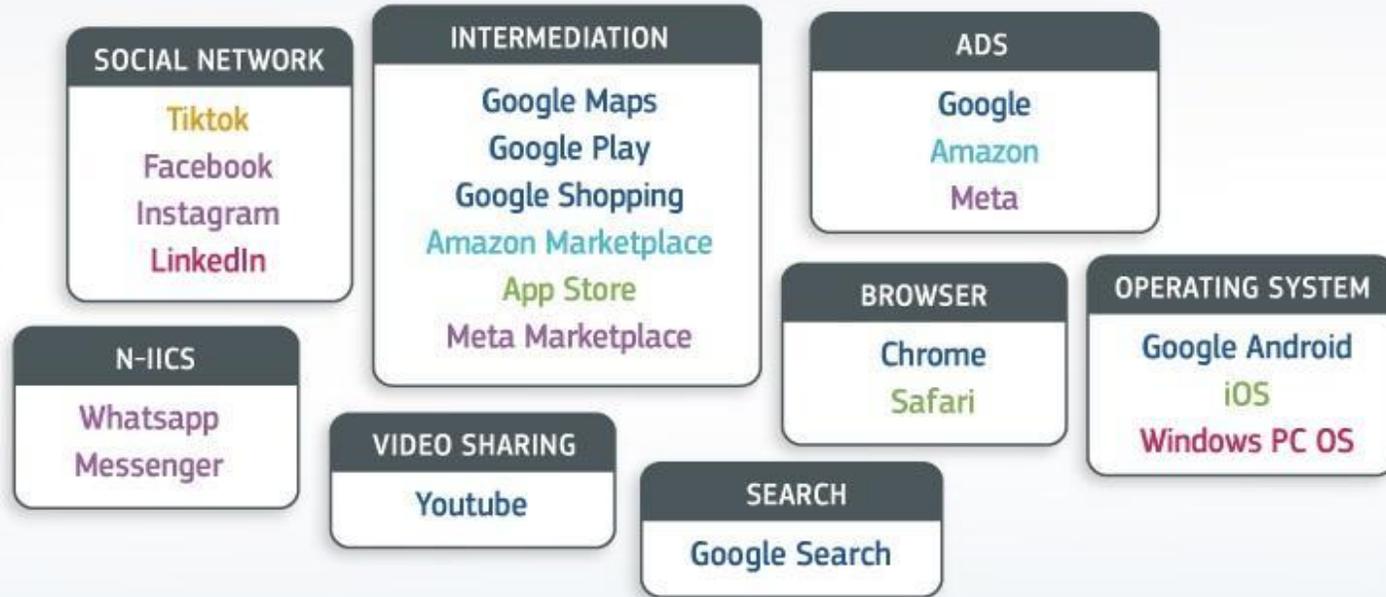
Gatekeeper Designations



Gatekeeper

- Alphabet
- Amazon
- Apple
- ByteDance
- Meta
- Microsoft

Core Platform Service



Potenza Economica multinazionali GAFAM						
Società	Creazione	Prodotti simbolo	Entrate principali (nel 2017) ^[3]	Utilizzatori ^[4] (Miliardi)	Capitalizzazione ^[5] (In miliardi di dollari - 2022)	Acquisizioni
Google (Alphabet)	1998	Motore di ricerca , Seo , pubblicità , Intelligenza artificiale	Pubblicità (86 %)	1,42	1 787	reCAPTCHA , Waze , DoubleClick , YouTube , Android
Apple	1976	Personal computer	Hardware (81 %)	0,85	2 790	Beats Electronics
Facebook (Meta)	2005	Rete sociale , pubblicità , Intelligenza artificiale	Pubblicità (98 %)	2,13	610	Instagram , WhatsApp , Oculus
Amazon	1994	Commercio elettronico , Cloud computing	Commercio online (82 %)	0,244	1 588	Whole Foods Market
Microsoft	1975	Sistema operativo , Cloud computing	Software (62 %)	1	2 249	Hotmail , Nokia Devices & Services , Skype , LinkedIn , GitHub , Activision Blizzard



Le radici «pro-concorrenziali» del DMA

Mercati digitali, ruolo delle piattaforme on-line e limiti del diritto antitrust:

- il DMA nasce come risposta ai fallimenti del diritto antitrust nel contrastare lo strapotere (non solo economico) delle grandi piattaforme nei mercati e nei servizi digitali (cons. 5);
- i precedenti della Commissione UE nei confronti di Google, Facebook, Amazon ed Apple;
- alcuni degli obblighi/divieti introdotti dal DMA a carico dei ***Gatekeepers*** hanno origine da casi (di abuso di posizione dominante) già decisi dalle Autorità antitrust (es. divieto di ***self-preferencing*** oggetto del caso *Google Shopping*)



Gli obiettivi del DMA

Accrescere la **contendibilità** e limitare le **pratiche sleali** nei servizi digitali (cons. 13)

Il DMA (cons. 10) «mira a **integrare l'applicazione del diritto della concorrenza** ...lasciando impregiudicati»:

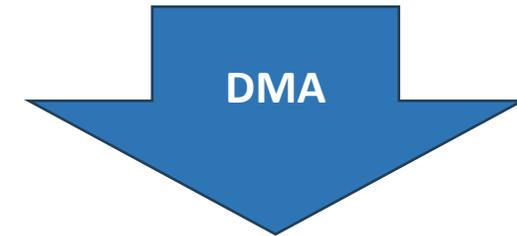
- gli articoli 101 e 102 TFUE;
- le corrispondenti norme nazionali in materia di concorrenza (L. n. 287/1990);
- le altre norme in materia di concorrenza relative ai comportamenti unilaterali basati su una valutazione caso per caso delle posizioni e dei comportamenti di mercato, compresi i relativi effetti reali o potenziali e che prevedono la possibilità per le imprese di invocare «giustificazioni oggettive di efficienza»
- norme nazionali relative al controllo delle concentrazioni



I rapporti con il diritto antitrust



Obiettivo: protezione della concorrenza non falsata sul mercato



Obiettivo: garantire che i mercati sui quali sono presenti Gatekeeper siano e rimangano **equi e contendibili**

Il DMA mira a proteggere un interesse giuridico diverso rispetto a quello tutelato dal diritto antitrust; non presuppone una posizione dominante dell'impresa; prescinde da una valutazione degli effetti della condotta nel caso concreto; contiene un elenco tassativo di obblighi/divieti a carico dei Gatekeepers



Alcuni esempi di obblighi previsti dal DMA

Divieto di *bundling* tra servizi (art. 5, par. 7 e 8)

«Il Gatekeeper **non impone** agli utenti finali di utilizzare o agli utenti commerciali di utilizzare, offrire o essere interoperabili con un servizio di identificazione, un motore di rendering del browser web o un servizio di pagamento o servizi tecnici funzionali alla fornitura dei servizi di pagamento, quali i sistemi di pagamento per gli acquisti in-app, di tale gatekeeper nel contesto dei servizi forniti dagli utenti commerciali che si avvalgono dei servizi di piattaforma di base di tale gatekeeper»

«Il Gatekeeper **non impone** agli utenti commerciali o agli utenti finali l'abbonamento o l'iscrizione a qualsiasi ulteriore servizio di piattaforma di base elencato nella decisione di designazione [...] quale condizione per poter utilizzare, accedere, registrarsi o iscriversi a uno dei servizi di piattaforma di base del gatekeeper inserito nell'elenco



UTILIZZO DATI NON PUBBLICI A FINI DI PROFILATURA

Art. 6, par. 2: «Il Gatekeeper non utilizza, in concorrenza con gli utenti commerciali, dati non accessibili al pubblico generati o forniti da tali utenti commerciali nel quadro dei pertinenti servizi di piattaforma di base dei servizi forniti contestualmente o in ausilio ai pertinenti servizi di piattaforma di base, compresi i dati generati o forniti dai clienti di tali utenti commerciali»

«Ai fini del primo comma, i dati non accessibili al pubblico comprendono tutti i dati aggregati e non aggregati generati dagli utenti commerciali che possono essere ricavati o raccolti attraverso le attività degli utenti commerciali o dei loro clienti, compresi i dati relativi a click, ricerche e visualizzazioni e i dati vocali, relativi ai pertinenti servizi di piattaforma di base o ai servizi forniti contestualmente o in ausilio ai pertinenti servizi di piattaforma di base del Gatekeeper»



SELF-PREFERENCING

Articolo 6.5

Il Gatekeeper **non garantisce un trattamento più favorevole**, in termini di posizionamento e relativi indicizzazione e crawling, ai servizi e prodotti offerti dal gatekeeper stesso rispetto a servizi o prodotti analoghi di terzi. Il gatekeeper applica condizioni trasparenti, eque e non discriminatorie a tale posizionamento.

Considerando 52

I gatekeeper possono riservare una posizione migliore alla propria offerta, in termini di posizionamento e relativi indicizzazione e crawling rispetto ai prodotti o servizi di terzi, anch'essi operativi su quel servizio di piattaforma di base. In tali situazioni il gatekeeper dovrebbe astenersi da qualsiasi forma di trattamento differenziato o preferenziale ai fini del posizionamento sul servizio di piattaforma di base, e relativi indicizzazione e crawling, **attraverso strumenti giuridici, commerciali o tecnici**, che favorisca prodotti o servizi offerti dal gatekeeper stesso o attraverso un utente commerciale sottoposto al suo controllo. Per garantire che tale obbligo risulti efficace, anche le condizioni applicate a tale posizionamento **dovrebbero essere generalmente eque e trasparenti**. In tale contesto il posizionamento dovrebbe contemplare tutte le forme di rilevanza relativa, compresi visualizzazione, valutazione, collegamenti o risultati vocali e dovrebbe comprendere anche i casi in cui un servizio di piattaforma di base presenta o comunica un solo risultato all'utente finale.



Il DMA nel sistema delle regole di mercato

ANTITRUST

Pratiche
commerciali
scorrette

DMA

Concorrenza
sleale

Abuso di
dipendenza
economica



L'enforcement pubblico è affidato in via esclusiva alla Commissione UE, la quale può:

- adottare un atto di esecuzione che specifica le misure che il Gatekeeper interessato deve attuare per garantire una osservanza effettiva degli obblighi di cui agli articoli 6 e 7 (art. 8, par. 2)
- ordinare la sospensione di un obbligo specifico qualora il Gatekeeper dimostri che la sua osservanza metterebbe a rischio la redditività economica della sua attività nell'Unione» (art. 9)
- avviare una indagine di mercato al fine di accertare se un Gatekeeper si sia reso responsabile di una inosservanza sistematica agli obblighi derivanti dal DMA (art. 18, par. 1)
- effettuare ispezioni presso imprese e associazioni di imprese (art. 23)
- comminare ammende fino al 10% del fatturato mondiale del Gatekeeper (art. 30)
- adottare misure cautelari (art. 24)
- accettare e rendere vincolanti impegni presentati dal Gatekeeper (art. 25)
- irrogare penalità di mora per imporre alle imprese il rispetto del DMA



Quale enforcement privato per il DMA ?

L'enforcement privato non è espressamente regolato dal DMA, ma presupposto da alcune disposizioni in materia di:

- Rapporti tra Commissione UE e Autorità nazionali (art. 38)
- Cooperazione con gli organi giurisdizionali nazionali (art. 39)
- Azioni rappresentative di classe (art. 42)

Problemi aperti:

1. Giudice competente (sez. imprese ?)
2. Azioni (provv. cautelari/inibitoria/danni)
3. Applicabilità/cumulo di altre normative in materia di concorrenza (d. lgs. n. 3/2017 sui danni antitrust; concorrenza sleale, PCS, Abuso d.e.)
4. Rapporti con decisioni/iniziative della Commissione UE (azioni follow on/stand alone)
5. Rispetto del principio *ne bis in idem*



Vi ringrazio per l'attenzione!

Prof. Avv. Gustavo Olivieri
golivieri@luiss.it

