

19.

Le sanzioni nel *Digital Markets Act*

di Fulvio Sarzana di Sant'Ippolito

1. Le caratteristiche comuni e le differenze tra Digital Markets Act (DMA) e Digital Services Act (DSA)

Un ruolo tutt'altro che secondario viene assegnato dal DMA e dal DSA alle possibili sanzioni da irrogare ai soggetti che non risultino essere in linea con la nuova normativa.

Tra tutte le disposizioni contenute nelle norme comunitarie, quelle relative alle penalità ed ammende sono forse quelle di più incerta applicazione, per il semplice motivo che, almeno sino all'entrata in vigore del GDPR, gli Stati dell'Unione hanno sempre avuto una certa ritrosia nel cedere quote di sovranità sulle procedure di *enforcement*, che venivano in genere gestite dalle singole Autorità (o Tribunali) degli Stati membri ¹. Le due disposizioni comunitarie tendono invece ad accentrare, seppur in diversa misura, queste funzioni.

Da questo punto di vista gli innovativi poteri di *enforcement*, seppur mediati in alcuni casi dal ruolo delle autorità nazionali, possono costituire un reale banco di

¹ La preoccupazione relativa alla cessione di quote di sovranità anche nel tema dell'*enforcement* è emersa in sede parlamentare in Italia laddove nel Parere del Governo sul DMA redatto nella passata legislatura, è dato leggere: « Valutazione del Governo. Nella relazione ex articolo 6, comma 4 della legge n. 234 del 2012, il giudizio del Governo sulla proposta è in linea generale positivo, sia sotto il profilo delle finalità generali sia per quanto concerne la conformità all'interesse nazionale. In particolare, il Governo precisa che la proposta di regolamento appare in linea con le iniziative e le strategie industriali già avviate a livello nazionale (quali il piano industria 4.0, il sostegno a progetti di incubatori digitali e i progetti delle case delle tecnologie).

Secondo il Governo occorre, tuttavia, seguire con attenzione alcuni elementi. In particolare la centralizzazione dei poteri decisorii in capo alla Commissione europea ridurrebbe il coinvolgimento delle Autorità nazionali, il cui ruolo (nella visione proposta della Commissione europea) sarebbe consultivo e non vincolante.

Ulteriori elementi da approfondire risulterebbero: il processo di designazione dei *gatekeeper*; la definizione degli obblighi regolamentari, che al momento si applicherebbero indistintamente ad ogni *gatekeeper*; criteri e distribuzione delle competenze di *enforcement* tra livello europeo e nazionale; l'ampio spazio assegnato alla Commissione europea per l'emanazione di atti delegati. Inoltre, il DMA prefigurerebbe un accentramento di potere regolatorio in capo alla Commissione, non prevedendo meccanismi procedurali che consentano una partecipazione effettiva dei Paesi membri al processo decisionale, soprattutto negli ambiti di maggiore discrezionalità.

Infine il nuovo regime assegnerebbe alla Commissione un potere discrezionale in merito alla designazione dei *gatekeeper* nel caso in cui non soddisfino le soglie quantitative esplicitate nel regolamento, nonché in merito alla sospensione o esenzione da certuni obblighi e divieti indeterminate circostanze previste nel regolamento ».

Digital Services Act e Digital Markets Act

prova di una funzione unitaria della repressione di attività illecite in sede comunitaria.

Cominciando dalle disposizioni contenute nel *Digital Markets Act*, va detto che la norma mira ad instaurare una reale concorrenza in materia di economia digitale ed è rivolta essenzialmente ai *gatekeepers* della *digital economy*.

In particolare, come evidenziato nei capitoli precedenti, il DMA prevede una serie di obblighi specifici che si applicano a determinate categorie di servizi (i c.d. servizi di piattaforma di base) forniti da grandi società del digitale, ovvero aziende identificate attraverso soglie e altre metriche, come *gatekeepers*².

L'obiettivo dichiarato del DMA è quindi di contribuire al corretto funzionamento del mercato unico europeo garantendo mercati contendibili ed equi nel settore digitale.

Sebbene si possano riscontrare nel corpo delle norme diversi punti comuni, va comunque detto che le disposizioni hanno ambiti diversi, in quanto il DMA è più incentrato sulla finalità di impedire alle grandi società di Internet di abusare del loro potere di mercato³, mentre il *Digital Services Act* (DSA) ha invece la finalità di obbligare le piattaforme online a essere più trasparenti su come le stesse raccolgono i dati e stabilisce come gestire i contenuti illegali e la disinformazione online. L'apparato sanzionatorio, pur diverso nelle forme e nei presupposti, ha come elemento ispiratore comune il precedente del GDPR, ovvero il Regolamento generale sulla privacy.

In particolare, vengono riprodotti, seppur con diverse soglie, i parametri sanzionatori in esso contenuti.

Come è noto, l'art. 83 del GDPR prevede sanzioni pecuniarie fino a 10 o 20 milioni di euro e il 2% o il 4% dell'intero fatturato globale dell'anno precedente, a seconda della violazione.

Quanto alla (o alle) Autorità in grado di irrogare la sanzione il principio di territorialità, espresso dall'art. 5, comma 1, GDPR, consente ad ogni Autorità di eseguire i compiti assegnati e di esercitare i poteri conferiti in base al Regolamento, nel solo territorio del rispettivo Stato membro (art. 55, comma 1).

Il GDPR non si è spinto al punto di ipotizzare una sola Autorità europea in grado di stabilire ed irrogare le sanzioni, prevedendo solo meccanismi di cooperazione e di coordinamento.

² Per una disamina delle problematiche relative all'individuazione precisa dei *gatekeepers*, M. R. ALLEGRI, *Il futuro digitale dell'Unione europea: nuove categorie di intermediari digitali, nuove forme di responsabilità*, in *Rivista Italiana di Informatica e diritto*, 2/2021, 8 ss., M. SANTANIELLO, *La regolazione delle piattaforme e il principio della sovranità digitale*, in *Rivista di Digital Politics*, fasc. 3/2021, settembre-dicembre, 579 ss.

³ Vista la potenziale sovrapposibilità tra le due norme vi è chi ha provato, al contrario, ad evidenziarne le differenze, al fine di fornire un punto di vista coerente per ciò che concerne le sanzioni, B. GENÇ-GELGEÇ, *Regulating Digital Platforms: Would the DSA and the DMA Work Coherently?*, in *Journal of Law, Market & Innovation*, fasc. 3/2022.

Poiché l'obiettivo del Regolamento europeo sui dati personali è quello di armonizzare le norme e la loro applicazione nel territorio dell'Unione, il corollario logico-giuridico è il principio in forza del quale le imprese, e in genere i titolari del trattamento, abbiano a che fare con una sola Autorità di controllo, ovvero quella del paese dove hanno la sede principale, piuttosto che con le autorità di tutti gli Stati europei.

La decisione presa dall'autorità di controllo nazionale (es. le norme vincolanti di impresa) trova applicazione anche negli altri Paesi dell'Unione.

Per i trattamenti "transfrontalieri, che si verificano quando i dati personali sono trattati nell'ambito delle attività di stabilimenti situati in più di uno Stato membro da parte di un titolare o responsabile stabiliti in più di uno Stato membro, ovvero quando i dati sono trattati in un unico stabilimento da parte di un titolare o responsabile nell'Unione ma con incidenza sostanziale su interessati in più di uno Stato membro, l'Autorità competente si identifica nell'Autorità di controllo dello stabilimento principale o dello stabilimento unico del titolare o del responsabile, con tutte le precisazioni contenute nelle Linee Guida approvate dal *Working Party Article 29* il 13 dicembre 2016 e poi emendate ed adottate il 5 aprile 2017⁴.

Il Regolamento europeo, in caso di trattamenti transfrontalieri, prevede un meccanismo di coerenza, gestito dal Comitato europeo per la protezione dei dati, che uniforma l'interpretazione e applicazione del Regolamento in tutti i Paesi dell'Unione, e fa sì che un titolare del trattamento non debba negoziare con tutte le Autorità di controllo dell'Unione.

Si tratta del principio dello "sportello unico" o *one stop shop*.

In questi casi l'autorità di controllo dello Stato in cui si trova la sede oppure la sede principale del titolare (o responsabile) del trattamento funge da autorità di controllo capofila (*LSA, Leading Supervision Authority*) per le attività di trattamento transfrontaliero e per le indagini.

⁴ In proposito S. VERGNOLLE, *Enforcement of the DSA and the DMA*, <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-10/>, 3 settembre 2021, ricorda che « A fine agosto 2021 sono state comminate almeno 760 multe, corrispondenti a più di 1 miliardo di euro. Tuttavia, sono distribuiti in modo disomogeneo nell'Unione europea. L'autorità irlandese per la protezione dei dati (DPC) ha irrogato solo poche sanzioni (meno di 10) dal 2018. Ciò è preoccupante poiché la maggior parte delle società *Big Tech* ha il proprio stabilimento principale in Irlanda, rendendo la DPC la propria autorità principale. Secondo il meccanismo dello sportello unico, un'unica autorità di controllo capofila situata nello Stato membro in cui un'organizzazione ha il suo stabilimento "principale" deve coordinare i reclami e le indagini transfrontaliere sulla conformità di tale organizzazione al GDPR. La maggior parte dei casi di alto profilo include il trattamento transfrontaliero di dati personali, il che fa scattare in automatico l'applicazione dello sportello unico. Attualmente, almeno 28 casi contro aziende *Big Tech* sono sotto inchiesta da parte del DPC irlandese. Solo due hanno portato a una decisione ed a una sanzione, aumentando la frustrazione di altre autorità di protezione dei dati e le critiche diffuse dalle ONG ai membri del Parlamento europeo ».

Digital Services Act e Digital Markets Act

Tale Autorità ha il diritto di emanare decisioni vincolanti per le altre Autorità. L'Ente in questione deve però cooperare con le altre Autorità per i casi più rilevanti che riguardano le violazioni al Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali e in caso di opinioni contrastanti tra le varie autorità. Le altre Autorità, infatti, possono comunque avviare istruttorie in caso di reclami dei cittadini, notiziando l'autorità capofila che può prendere in carico la decisione. In questo caso l'Autorità che ha avviato il caso può preparare un documento iniziale che l'Autorità capofila deve necessariamente tenere in conto.

L'Autorità di controllo capofila deve cercare di raggiungere un consenso con le altre autorità interessate sulla gestione dei reclami, e le autorità nazionali hanno un obbligo di cooperazione. Nel caso in cui non si raggiungesse un accordo, le autorità interessate possono ricorrere al Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB) che può emanare decisioni vincolanti in merito alla controversia. In caso di urgenza (art. 66 GDPR), anche le altre autorità di vigilanza possono adottare misure unilaterali indipendentemente dall'autorità capofila, a condizione che tali misure siano provvisorie (per non più di tre mesi) e limitate al proprio territorio. Il sistema nasce dall'esigenza di supportare autorità di controllo come quella dell'Irlanda, che si trova ad avere nella sua giurisdizione sostanzialmente tutte le grandi aziende del web ⁵.

Il meccanismo, innovativo soprattutto dal punto di vista dell'entità della sanzione, e molto diverso dal sistema dei minimi e massimi della sanzione in uso in Italia prima dell'entrata in vigore del GDPR, nel corso degli anni, ha però mostrato diversi limiti quanto all'*enforcement* ⁶.

Se il GDPR ha costituito la fonte di ispirazione anche per le sanzioni del DMA e DSA nondimeno vi sono alcune rilevanti differenze.

Il GDPR si applica, infatti, indifferentemente al settore pubblico e privato, mentre i due Regolamenti si rivolgono solo ad alcune organizzazioni private (servizi di intermediari online per il DSA e fornitori di *gatekeeper* di servizi di piattaforma di base per il DMA).

Inoltre, mentre il GDPR si applica a tutti i trattamenti di dati personali, il DSA si rivolge principalmente alla regolamentazione dei contenuti online e il DMA stabilisce obblighi per garantire mercati contendibili ed equi in tutta l'Unione.

Quanto all'*enforcement*, le due iniziative legislative, pur adottando approcci diversi, attribuiscono entrambe un ruolo centrale alla Commissione europea, con un ruolo quasi esclusivo di quest'ultimo organo nel regolamento DMA.

Un'altra caratteristica comune sono le varie tempistiche stabilite dalle due normative di recente conio, per evitare latenza e inerzia, che non compaiono nella

⁵ B. SAETTA, *One stop shop (sportello unico)*, in <https://protezionedatipersonali.it/one-stop-shop-sportello-unico>, 2 maggio 2018.

⁶ S. VERGNOLLE, *Enforcement of the DSA and the DMA*, cit.

regolamentazione generale privacy e che appaiono una risposta al “vuoto” normativo contenuto nel GDPR.

2. L’attuazione ed esecuzione del DMA

Venendo alle singole norme, va detto che il capo V del DMA contiene le disposizioni concernenti l’attuazione e l’esecuzione del regolamento.

Punto centrale dell’intero apparato di attuazione della norma è il ruolo della Commissione UE, e questo, come si è già accennato, distingue nettamente il DMA dal GDPR.

Per poter giungere ad una sanzione la norma ipotizza un percorso procedurale estremamente articolato.

La sezione specifica prevede innanzitutto i requisiti procedurali per l’avvio di un procedimento (art. 20).

L’art. 21 disciplina il potere della Commissione europea di chiedere informazioni, tra l’altro, mediante semplice domanda o mediante decisione a imprese o associazioni di imprese, e tramite accesso a banche dati e algoritmi di tali soggetti. La Commissione deve precisare lo scopo della domanda e un termine entro il quale le informazioni devono essere fornite. Quando richiede l’accesso alle loro banche dati e ai loro algoritmi, la Commissione indica altresì le basi giuridiche di tale esigenza istruttoria. Infine, devono essere indicate le sanzioni e le penalità di mora connesse a tali richieste, nonché la menzione del diritto di presentare ricorso dinanzi alla Corte di giustizia avverso la decisione.

La Commissione può sentire qualsiasi persona fisica o giuridica che acconsenta a essere ascoltata ai fini della raccolta di informazioni relative all’oggetto di un’indagine, anche in relazione al monitoraggio, all’attuazione e all’applicazione delle norme stabilite nel regolamento (art. 22).

Essa può altresì effettuare accertamenti in loco nei locali di un’impresa o associazione di imprese, anche con l’assistenza di *auditor* o esperti (art. 23).

L’art. 24 conferisce alla Commissione europea il potere di emanare, in casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per gli utenti commerciali o gli utenti finali dei *gatekeeper*, misure cautelari, ove sia constatata *prima facie* la sussistenza di un’infrazione degli obblighi e divieti posti dal Regolamento.

I provvedimenti sono limitati nel tempo e reiterabili e sono adottati comunque nel rispetto di tutte le garanzie procedurali previste dall’art 50 del Regolamento, che istituisce la c.d. Procedura di comitato.

La Commissione è, infatti, assistita da un comitato (« comitato consultivo per i mercati digitali ») nei casi previsti dagli artt. 24 e 25 del Regolamento.

Il comitato rende un parere e la Commissione comunica il parere del comitato al destinatario di una decisione individuale unitamente a detta decisione.

Digital Services Act e Digital Markets Act

Essa rende pubblico il parere unitamente alla decisione individuale, nel rispetto dell'interesse legittimo alla tutela del segreto d'ufficio.

Inoltre, è prevista dall'art. 25 la possibilità che nel corso di un procedimento il *gatekeeper* interessato offra di assumersi degli impegni relativi ai pertinenti servizi di piattaforma di base tali da garantire l'osservanza degli obblighi sanciti dal Regolamento: la Commissione può, mediante decisione adottata secondo la citata procedura consultiva, rendere questi impegni vincolanti per il *gatekeeper* e dichiarare che il proprio intervento non è più giustificato (art. 25).

Così come, invece, qualora ritenga che gli impegni presentati dal *gatekeeper* interessato non siano tali da garantire l'effettiva osservanza degli obblighi sanciti dagli artt. 5, 6 e 7, la Commissione chiarisce le ragioni per cui non rende vincolanti tali impegni nella decisione che conclude il pertinente procedimento. La Commissione sottopone poi i *gatekeeper* al monitoraggio degli obblighi e delle misure.

In particolare, la Commissione adotta i provvedimenti necessari per monitorare l'attuazione e l'osservanza effettive degli obblighi sanciti dagli artt. 5, 6 e 7 e delle decisioni adottate a norma degli artt. 8, 18, 24, 25 e 29 del Regolamento. Tali provvedimenti possono comprendere in particolare l'imposizione dell'obbligo per il *gatekeeper* di conservare tutti i documenti ritenuti pertinenti per valutare l'attuazione e il rispetto di tali obblighi e decisioni.

I provvedimenti adottati a norma del par. 1 dell'art 26, possono comprendere, inoltre, la nomina di esperti e revisori esterni indipendenti, nonché di funzionari designati dalle autorità nazionali competenti degli Stati membri, che assistano la Commissione ai fini del predetto monitoraggio e le forniscano consulenze o conoscenze specifiche.

L'art. 27 del Regolamento disciplina la procedura di segnalazione di comportamenti potenzialmente illeciti rientranti nella sfera di applicazione del Regolamento.

In particolare, qualsiasi soggetto terzo (ivi compresi gli utenti commerciali concorrenti o utenti finali dei servizi di piattaforma di base elencati nella decisione di designazione a norma dell'art. 3, par. 9, nonché i relativi rappresentanti) può informare l'autorità nazionale competente dello Stato membro responsabile dell'applicazione delle norme di cui all'art. 1, par. 6, o la Commissione direttamente, in merito a pratiche o comportamenti dei *gatekeeper* che rientrino nell'ambito di applicazione del regolamento.

La disposizione va coordinata con la successiva (art. 43) che prescrive la tutela dei segnalanti secondo la direttiva sul *whistleblowing* (direttiva 2019/1937/UE). Sotto tale profilo, giova ricordare che il Governo italiano ha effettuato l'approvazione definitiva della normativa di trasposizione della predetta Direttiva nel Consiglio dei ministri del 9 marzo 2023.

L'autorità nazionale competente dello Stato membro responsabile dell'applicazione delle norme di cui all'art. 1, par. 6, e la Commissione, hanno piena

discrezionalità per quanto riguarda le misure opportune e non hanno alcun obbligo di dare seguito alle informazioni ricevute.

Qualora determini, sulla base delle informazioni ricevute a norma del par. 1 dell'art. 27 in commento, che potrebbe sussistere un problema di inosservanza del DMA, l'autorità nazionale competente dello Stato membro trasferisce tale informazione alla Commissione.

In caso di non conformità la Commissione può adottare decisioni relative all'inosservanza (art. 29) e irrogare ammende (art. 30) nonché penalità di mora (art. 31) per violazioni del Regolamento da parte dei *gatekeeper*, oltre che per la comunicazione di informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti nel contesto dell'indagine.

Il Regolamento fissa, inoltre, un termine di prescrizione per l'imposizione e l'applicazione di sanzioni (artt. 32 e 33).

Diverse disposizioni di tale capo stabiliscono le garanzie procedurali dinanzi alla Commissione, in particolare il diritto di essere ascoltati e di accedere al fascicolo (art. 34) e la tutela del segreto professionale (art. 36).

Infine, il Regolamento prevede la possibilità per tre o più Stati membri di chiedere alla Commissione di avviare un'indagine di mercato a norma dell'articolo 15 (art. 41).

Il capo VI contiene ulteriori disposizioni generali, quali l'obbligo di pubblicare uno specifico gruppo di decisioni individuali adottate a norma del regolamento (art. 44), la precisazione che la Corte di giustizia dell'Unione europea ha competenza giurisdizionale anche di merito per quanto riguarda i pagamenti di ammende e sanzioni (art. 45) e la possibilità di adottare atti di esecuzione (art. 46) e delegati (art. 49).

Le disposizioni sulle ammende e penalità sono contenute in particolare negli artt. 30 e 31 del Regolamento.

In caso di violazione delle disposizioni del DMA, i *gatekeeper* rischiano una sanzione fino al 10% del loro fatturato totale annuo a livello mondiale⁷. In caso di recidiva, però, la sanzione può essere aumentata fino al 20% del fatturato globale annuo e possono essere imposte penalità periodiche fino al 5% del fatturato giornaliero totale mondiale dell'azienda.

Inoltre, ove la violazione avvenga almeno tre volte nell'arco di otto anni, la Commissione europea può decidere di avviare un'indagine di mercato e, se necessario, imporre ai *gatekeeper* rimedi di natura comportamentale o strutturale.

⁷ Le disposizioni contenute nel Capo V del DMA sono state ritenute da alcuni commentatori oltreoceano sproporzionate e di difficile applicazione quanto all'*enforcement*. In sostanza sembra prevalere, nella patria d'elezione delle c.d. *Big Tech*, il timore che il potere di *enforcement* della Commissione possa riverberarsi a danno delle grandi società statunitensi. In particolare S. MODRICH-D. DIMOLFETTA, *Big fines can scare Big Tech, but enforcing Digital Markets Act is key - experts*, in <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/latest-news-headlines/big-fines-can-scare-big-tech-but-enforcing-digital-markets-act-is-key-8211-experts-69620415>, 1 aprile 2022.

Digital Services Act e Digital Markets Act

Ove necessario, e laddove non siano disponibili misure alternative altrettanto efficaci, queste possono includere rimedi strutturali, come obbligare un *gatekeeper* a vendere un'attività o parti di essa (ad es. vendita di unità, beni, diritti di proprietà intellettuale o marchi), o vietando a un *gatekeeper* di acquisire qualsiasi società che fornisca servizi nel settore digitale o servizi che consentano la raccolta di dati per i quali si è realizzata la violazione sistematica⁸.

L'unica autorità preposta all'applicazione del Regolamento è la Commissione europea, ma alle autorità nazionali garanti della concorrenza è affidato il potere di avviare indagini su possibili infrazioni e trasmettere i loro risultati alla Commissione europea al fine di irrogare una sanzione al *gatekeeper* indagato.

Come si diceva gli artt. 37 e 38 del Regolamento intendono evitare quello che è accaduto con il sistema di coordinamento farraginoso creato dal GDPR, che ha portato ad una sostanziale inefficacia del meccanismo cooperazione tra autorità nazionali ai fini dell'irrogazione di una sanzione.

Il ruolo della Commissione nell'irrogazione delle sanzioni, rispetto a ciò che possono fare le singole autorità nazionali è particolarmente evidente nel comma 7 dell'art. 38 del Regolamento che stabilisce: « se dotata della competenza e dei poteri di indagine previsti a tal fine dal diritto nazionale, un'autorità nazionale competente di uno Stato membro responsabile dell'applicazione delle norme di cui all'articolo 1, paragrafo 6, può, di sua iniziativa, svolgere nel suo territorio un'indagine su un caso di possibile non conformità agli articoli 5, 6 e 7 del presente regolamento. Prima di adottare la prima misura formale di indagine, tale autorità ne informa la Commissione per iscritto. L'apertura, da parte della Commissione, di un procedimento a norma dell'articolo 20 preclude alle autorità nazionali competenti degli Stati membri responsabili dell'applicazione delle norme di cui all'articolo 1, paragrafo 6, la possibilità di condurre tale indagine o determina la sua conclusione qualora essa sia già in corso. Tali autorità riferiscono alla Commissione in merito ai risultati dell'indagine al fine di sostenere la Commissione nel suo ruolo di unica autorità preposta all'applicazione del presente regolamento ».

Il rapporto con le autorità giurisdizionali nazionali è stabilito dall'art. 39 del Regolamento.

Gli ultimi due paragrafi della norma prevedono che: « Ai soli fini della preparazione delle sue osservazioni, la Commissione può chiedere all'organo giurisdizionale nazionale in questione di trasmetterle o di fare in modo che le vengano trasmessi i documenti necessari alla valutazione del caso. Gli organi giurisdizionali nazionali non formulano decisioni che siano in contrasto con una decisione adottata dalla Commissione a norma del presente regolamento. Essi evitano inoltre decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione

⁸ *Questions and Answers: Digital Markets Act: Ensuring fair and open digital markets*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_20_2349.

in procedimenti da essa avviati a norma del presente regolamento. A tal fine l'organo giurisdizionale nazionale può valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da essa avviati. Ciò lascia impregiudicata la possibilità degli organi giurisdizionali nazionali di chiedere una pronuncia pregiudiziale a norma dell'articolo 267 TFUE ».

La Commissione ha dichiarato, in sede di trasmissione della proposta ai singoli Stati che il DMA è conforme al principio di sussidiarietà sancito dall'art. 5 del Trattato sull'Unione europea (TUE), in termini di:

- necessità dell'intervento delle istituzioni dell'Unione, in quanto gli obiettivi della proposta non possono essere conseguiti con l'azione individuale degli Stati membri poiché i problemi che essa mira a risolvere sono di natura transfrontaliera e non sono limitati a singoli Stati membri o a un sottoinsieme di essi;
- valore aggiunto per l'Unione, in quanto per porre rimedio ai problemi individuati gli Stati membri adottano misure a livello nazionale e ciò comporta frammentazione normativa.

La Commissione europea ha poi dichiarato il DMA conforme al principio di proporzionalità poiché si limita a quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi prefissati, imponendo un onere alle imprese del settore digitale solo in modo mirato.

Per quanto formalmente i principi di sussidiarietà e proporzionalità possano essere considerati rispettati nondimeno il fatto che i giudici degli Stati membri possano essere indotti a trasmettere documenti di procedimenti in corso (si suppone anche in procedimenti che possano riguardare anche profili penali), ovvero che gli stessi giudici si debbano astenere dal pronunciare provvedimenti che potrebbero contrastare con le decisioni della Commissione, appare poco in linea con il citato principio di sussidiarietà, involgendo anche delicati problemi di coordinamento tra poteri giurisdizionali nazionali e poteri "amministrativi" della Commissione, che si viene a trovare in un ruolo di Regolatore (con i dubbi espressi anche dal Governo italiano), di autorità amministrativa indipendente unica e di "giudice" in senso lato, con poteri sovraordinati anche rispetto ai giudici nazionali. Nel testo definitivo del Regolamento non sembrano aver trovato spazio, diversamente dalle iniziali proposte gli eventuali rimedi giudiziari nazionali per gli utenti che subiscano i comportamenti dannosi dei *gatekeeper*. Alcuni commentatori avevano evidenziato, infatti, che eventuali violazioni della normativa da parte dei *gatekeeper* avrebbero comunque potuto essere fatte valere dagli utenti nei tribunali nazionali qualora da tali condotte illecite ne fosse derivato un danno diretto agli utenti stessi (che potranno, pertanto, richiedere anche il risarcimento per il danno patito)⁹. Nella versione definitiva sembra aver trovato spazio solo la procedura di cooperazione prevista dall'art. 39 del Rego-

⁹ D. PARACCHINI, *In vigore il Digital Markets Act con nuovi obblighi per le big del tech*, <https://dirittoaldigitale.com/2022/11/01/digital-markets-act-obblighi/>, 1° novembre 2022.

Digital Services Act e Digital Markets Act

lamento, con una limitazione estrema dei poteri delle giurisdizioni nazionali. Tra i dubbi emersi durante l'iter di approvazione del regolamento DMA vi è senza dubbio quello relativo alla pluralità di atti normativi dell'Unione, sia in sede di servizi digitali che in riferimento a norme già esistenti, ed al rapporto tra le autorità in grado di accertare gli illeciti e comminare le sanzioni. In particolare, vi possono essere, nonostante le disposizioni degli artt. 37 e 38 del Regolamento, possibili sovrapposizioni con poteri e provvedimenti sanzionatori, in possibile violazione sotto questo ultimo profilo della disciplina del *ne bis in idem*. Sembra infatti di assistere ad una possibile sovrapposizione tra normativa ed autorità di controllo dal momento che tutti e tre gli strumenti normativi che stabiliscono specifici rimedi procedurali in ognuno dei settori in esame (rispettivamente, il DMA, da un lato ed i regolamenti 1/03, in materia di intese restrittive della concorrenza e 2016/679, in tema di trattamento dei dati personali dall'altro) prevedono, nella sostanza, analoghi poteri di indagine e simili poteri sanzionatori¹⁰. In particolare, profonde somiglianze sussistono tra il potere sanzionato-

C. SCHEPISI, *L'enforcement del Digital Markets Act: perché anche i giudici nazionali dovrebbero avere un ruolo fondamentale*, in <https://www.aisdue.eu/wp-content/uploads/2022/01/Post-Cristina-Schepisi.pdf>, aveva osservato in proposito « ...appare invece ancora poco chiaro ed esplorato il ruolo che potrebbero svolgere i giudici nazionali e dunque lo spazio previsto per il *private enforcement* ».

Per la verità, la proposta della Commissione, presentata il 15 dicembre 2020, taceva completamente sul punto. L'unico riferimento ai giudici nazionali compariva solo (e informalmente) nell'ambito delle varie Q&A pubblicate dalla stessa Commissione nella pagina web dedicata al *Digital Markets Act*: « *The Digital Markets Act is a Regulation, containing precise obligations and prohibitions for the gatekeepers in scope, which can be enforced directly in national courts. This will facilitate direct actions for damages by those harmed by the conduct of non-complying gatekeepers* ». La versione emendata dal Parlamento europeo (15 dicembre 2021) introduceva un nuovo considerando (77-bis) il quale riconosceva che « I tribunali nazionali svolgeranno un ruolo importante nell'applicazione del presente regolamento e dovrebbero essere autorizzati a chiedere alla Commissione di inviare loro informazioni o pareri su questioni relative all'applicazione del presente regolamento. Nel contempo, la Commissione dovrebbe poter presentare osservazioni orali o scritte agli organi giurisdizionali degli Stati membri ».

¹⁰ Cfr. G. CONTALDI, *La proposta della Commissione europea di adozione del "Digital Markets Act"*, in *Papers di diritto europeo*, n 1, 2021, 83 ss.; si veda sul punto anche A. PRETA, *Big Tech e Digital Services Act, tutti i nodi da sciogliere*, 2020, disponibile al sito Internet: <https://formiche.net/2020/12/digital-services-act/>. Scrive Preta: « A parere di alcuni l'adozione di una normativa ex ante potrebbe non riuscire a rispondere in maniera compiuta alle esigenze del mercato digitale, proprio in ragione della sua scarsa adattabilità e flessibilità ai settori in evoluzione. D'altro canto, la mancanza di compiute evidenze empiriche sottolinea come tale regolamentazione tecnologica difficilmente riesca a perseguire gli obiettivi europei di "sovranità tecnologica" e competitività globale.

Con particolare riferimento al DSA, le principali preoccupazioni emergono in relazione a due aspetti rilevanti: la scarsa chiarezza della definizione e dell'applicazione del quadro normativo; i rischi di sovrapposizione normativa »; per un ulteriore approfondimento sul punto si veda M. BROADBENT, *The Digital Services Act, the Digital Markets Act, anche the New Competition Tool*,

rio riconosciuto alle autorità competenti nei medesimi tre sistemi normativi. In tutti i casi le autorità di controllo dispongono del potere di imporre misure provvisorie; possono accettare ovvero imporre impegni; erogare sanzioni, di importo variabile dall'1% (in ipotesi di violazione dei soli obblighi di carattere procedurale), al 4% (irrogabile per gravi violazioni della privacy: es.: mancata richiesta del consenso), fino ad arrivare al 10% del fatturato complessivo di una determinata impresa (in caso di gravi violazioni della concorrenza, ovvero di mancato rispetto degli impegni o di mancata ottemperanza alle misure provvisorie). Il legislatore comunitario anche nel DMA, come sempre fa, introduce una clausola di compatibilità tra le varie legislazioni, che di fatto, non ha un significato preciso, almeno per come i giuristi intendono le clausole in grado di escludere l'apparente concorso tra norme e la possibile compresenza di sanzioni irrogate da autorità diverse.

E così viene precisato che il Regolamento si applica senza pregiudizio delle norme sulla concorrenza ovvero che lo stesso è complementare rispetto alle norme sulla tutela dei dati personali.

Secondo le *Questions and Answers* rilasciate dalla stessa Commissione: « Le nuove regole non pregiudicano l'attuazione delle regole di concorrenza dell'UE (articoli 101 e 102 TFUE) e le regole di concorrenza nazionali relative ai comportamenti anticoncorrenziali con ricadute nei singoli Stati. La regolamentazione e l'applicazione della concorrenza coesistono già in altri settori, come l'energia, le telecomunicazioni o servizi finanziari. Il DMA affronta le pratiche sleali dei *gatekeeper* che (i) non rientrano nelle norme vigenti in materia di controllo della concorrenza dell'UE o (ii) non possono sempre essere affrontate efficacemente da tali norme a causa della natura sistemica di alcuni comportamenti, nonché dell'*ex post* e la natura caso per caso del diritto della concorrenza. La DMA

European Initiatives to Hobble U.S. Tech Companies, 2020, disponibile al sito Internet: https://csis-website-prod.s3.amazonaws.com/s3fspublic/publication/201109_Broadbent_Digital_Services_Act_Digital_Markets_Acts.pdf.

A. PORTUESE, *The Digital Markets Act: The Path to Overregulation*, 13 giugno 2022, <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-digital-markets-act-the-path-to-overregulation/>

Il *ne bis in idem* nel settore delle sanzioni nel GDPR era già stato esplorato da M. OROFINO, *Ne-bis in idem e sistema sanzionatorio nella disciplina della protezione dei dati personali dopo l'adozione del GDPR*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 4/2019, ottobre-dicembre, 4.

Per un esame più approfondito delle relazioni tra i diversi sistemi normativi della UE: Richter, Heiko and Straub, Marlene and Tuchtfeld, Erik and Buri, Ilaria and van Hoboken, Joris V. J. and van Hoboken, Joris V. J. and van Hoboken, Joris V. J. and De Gregorio, Giovanni and Pollicino, Oreste and Peukert, Alexander and Appelman, Naomi and Quintais, João Pedro and Fahy, Ronan and Zech, Herbert and Goanta, Catalina and Ruschemeier, Hannah and Leerssen, Paddy and Janal, Ruth and Rodriguez de las Heras Ballell, Teresa and Graef, Inge and Franck, Jens-Uwe and Peitz, Martin and Podszun, Rupprecht and Picht, Peter Georg and Vergnolle, Suzanne, *To Break Up or Regulate Big Tech? Avenues to Constrain Private Power in the DSA/DMA Package* (October 11, 2021). *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper N 21-25*, <https://ssrn.com/abstract=3932809> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3932809>.

Digital Services Act e Digital Markets Act

ridurrà quindi al minimo gli effetti strutturali dannosi di queste pratiche sleali *ex ante*, senza limitare la capacità dell'UE di intervenire *ex post* attraverso l'applicazione delle vigenti norme di concorrenza dell'UE »¹¹.

Al di là delle affermazioni di principio però sembra possibile che una piattaforma digitale possa essere oggetto di più procedimenti per la stessa condotta — ciascuno secondo un diverso quadro normativo — ponendo la questione se ciò sia compatibile con il principio del *nebis in idem sancito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali*¹².

Così come un aspetto del DMA che merita particolare attenzione è il modo in cui le sue norme possono entrare in conflitto con altre norme dell'UE.

Infatti, se anche i *gatekeepers* volessero adempiere volontariamente agli obblighi di DMA, questo li porterà probabilmente a violare altri obblighi dell'UE.

I *gatekeepers* devono rispettare vari obblighi e divieti applicabili a piattaforme digitali, tra cui quelli previsti da:

- Regolamento (UE) 2019/1150 del 20 giugno 2019, in materia di promozione della correttezza e trasparenza per utenti commerciali di servizi di intermediazione online.
- Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (regolamento generale sulla protezione dei dati “GDPR”).
- Direttiva 2016/943/UE dell'8 giugno 2016, sulla protezione del *know-how* riservato e informazioni commerciali (segreti commerciali) contro le loro acquisizioni illecite, utilizzo e divulgazione.

¹¹ *Questions and Answers: Digital Markets Act: Ensuring fair and open digital markets*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_20_2349.

¹² D. KATSIFIS, *Ne bis in idem and the DMA: the CJEU's judgments in bpost and Nordzucker*, in *The Platform Law Blog*, 29 marzo 2022, <https://theplatformlaw.blog/2022/03/29/ne-bis-in-idem-and-the-dma-the-cjeus-judgments-in-bpost-and-nordzucker-part-ii/>.

Secondo l'autore, *Bpost* e *Nordzucker* sono due sentenze fondamentali, in cui la Corte ha finalmente unificato il suo approccio al *ne bis in idem* in tutto il diritto dell'UE. In poche parole, la Corte ha optato per una nozione ampia di “*idem*” (basata sull'identità dell'autore del reato oltre ai fatti contestati), pur ammettendo deroghe basate sulla clausola di limitazione dei diritti di cui all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, dove il principio di proporzionalità gioca un ruolo centrale. Questo approccio mira a trovare un equilibrio tra, da un lato, la tutela del diritto fondamentale sancito dall'articolo 50 della Carta e, dall'altro, l'effettiva applicazione delle norme amministrative.

È un approccio che lascia la porta aperta alla duplicazione di procedimenti ai sensi del DMA e del diritto della concorrenza (dell'UE e nazionale) contro la stessa impresa e per gli stessi fatti, a condizione che tale duplicazione persegua obiettivi complementari e rispetti il principio di proporzionalità.

L'accertamento di quest'ultimo è tuttavia possibile solo *ex post*, tenuto conto delle circostanze particolari di ciascun caso. Di qui la previsione che il tema costituirà un terreno fertile per il contenzioso man mano che il DMA verrà applicato.

- Direttiva 2002/77/CE della Commissione del 16 settembre 2002, sulla concorrenza nei mercati per le reti e i servizi di comunicazione elettronica.
- Regolamento (UE) 2018/1807 del 14 novembre 2018, recante un quadro per la libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea.
- Direttiva 2008/63/CE della Commissione, del 20 giugno 2008, sulla concorrenza nei mercati apparecchiature terminali di telecomunicazione.
- Direttiva 2019/770/UE del 20 maggio 2019, su taluni aspetti concernenti i contratti di fornitura di contenuti digitali e servizi digitali.
- Direttiva 2018/1972/UE dell'11 dicembre 2018, che istituisce il Sistema elettronico europeo Codice delle comunicazioni.
- Direttiva 2000/31/UE dell'8 giugno 2000, su alcuni aspetti giuridici della società dell'informazione servizi, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.
- Direttiva 2002/58/UE del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e la tutela della privacy nel settore delle comunicazioni elettroniche.
- Regolamento (UE) 2017/1128 del 14 giugno 2017, sulla portabilità transfrontaliera dei servizi online servizi di contenuto nel mercato interno.
- Regolamento (UE) 2019/881 del 17 aprile 2019, relativo all'ENISA (l'Agenzia dell'Unione europea per sicurezza informatica) e sicurezza informatica delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.
- Direttiva 2013/40/UE del 12 agosto 2013, sugli attacchi ai sistemi informatici.
- Regolamento (UE) 910/2014 del 23 luglio 2014, in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno.
- Direttiva 98/84/UE del 20 novembre 1998, sulla tutela giuridica dei servizi ad accesso condizionato.
- Direttiva 2019/790/UE del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e diritti connessi nel DSM, oltre, naturalmente alle disposizioni del DSA.

Il DMA probabilmente aggiungerà al complesso quadro normativo esistente un ulteriore elemento di complessità.

Ad esempio, il DMA costringe i *gatekeeper* a disaggregare i servizi della piattaforma principale l'uno dall'altro.

L'art. 5, lett. f) del DMA impone ai *gatekeeper* di « astenersi dal richiedere agli utenti aziendali o agli utenti finali di abbonarsi o registrarsi a qualsiasi altro servizio della piattaforma principale... come condizione per essere in grado di utilizzare, accedere, iscriversi o registrarsi con uno qualsiasi dei loro servizi principali della piattaforma identificati ai sensi di tale articolo ».

Le disposizioni sulla separazione forzata del DMA impediranno ai *gatekeepers* il rispetto dell'art. 7 della direttiva 2019/770/UE, che impone alle piattaforme di descrivere la funzionalità e l'interoperabilità dei loro servizi principali della piattaforma.

Questo perché il DMA consente contemporaneamente ad altri utenti aziendali di alterare la funzionalità e l'interoperabilità originali di qualsiasi servizio della

Digital Services Act e Digital Markets Act

piattaforma principale, rendendo probabilmente impossibile per i *gatekeeper* disporre di una piena conoscenza dell'interoperabilità e della funzionalità dei loro servizi.

In ogni caso quante più norme vengono varate, quanto più esiste il rischio che l'*enforcement*, contrariamente agli auspici della Commissione, finisca per essere esercitato da una o più autorità nazionali, che assumono di essere l'autorità di regolamentazione del settore.

Da questo punto di vista la "corsa" all'accaparramento del ruolo di Autorità di settore per l'Intelligenza artificiale in sede nazionale costituisce un valido esempio di questa tendenza.

Vi è, altresì, il rischio che le disposizioni normative anziché in funzione escludente, vengano combinate per dotare, ad esempio, una autorità di controllo di poteri più pregnanti rispetto a quelli posseduti. In Italia vi sono stati approcci di questo tipo con la disciplina prevista dalla normativa in materia di commercio elettronico, e, segnatamente le disposizioni di cui al d.lgs. n. 70/2003 attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno.

La disposizione nazionale che recepiva la Direttiva summenzionata è stata utilizzata in Italia negli anni, da diverse autorità nazionali, prima fra tutti l'autorità per le garanzie nelle comunicazioni, per aumentare il perimetro dei poteri di *enforcement* anche in settori che apparivano regolamentati da altre disposizioni di carattere nazionale e sovranazionale, quali quelle a protezione del diritto d'autore¹³.

Poteri che sono stati poi adottati anche in altri settori, utilizzando la disposizione comunitaria come un "ponte" in grado di attribuire poteri di *enforcement*.

Dal punto di vista delle sovrapposizioni va poi ricordato il riparto di competenze sull'esecuzione delle norme a tutela dei consumatori tra le autorità indipendenti avvenuto a seguito dell'entrata in vigore dal regolamento (CE) 2006/2004.

Infatti, l'attribuzione della competenza all'AGCM in alcune specifiche discipline, tra cui quelle sulle pratiche commerciali scorrette e sulle clausole abusive, suscettibili di applicazione trasversale nei settori regolati da altre autorità, e la competenza residuale di tali autorità nei relativi settori, ha anzitutto posto un problema di coordinamento tra queste e l'AGCM al fine di definire l'applicazione congiunta o la prevalenza tra le norme di rispettiva competenza, così da evitare sovrapposizioni di procedimenti e decisioni contrastanti.

Appare opportuno un breve cenno anche all'apparato sanzionatorio dell'altro

¹³ P. SAMMARCO, *Brevi note critiche sul fondamento del potere normativo dell'AGCOM nel procedimento di notice and take down*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2017 - Vol. 33, fasc. 2, 346 ss.

Regolamento, per così dire, gemello: il *Digital Services Act* e la relativa comparazione con relative sanzioni ¹⁴.

Il regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali), anche detto DSA, è entrato in vigore il 16 novembre 2022, e fissa norme comuni sulla prestazione di servizi intermediari nel mercato interno, unitamente a obblighi di trasparenza, di informazione, di gestione dei reclami e delle segnalazioni ¹⁵.

Il capo IV del DSA stabilisce le norme in tema di attuazione, cooperazione, sanzioni ed esecuzione, che si occupano anche, dall'art. 52 in poi, dei profili "patologici" dei comportamenti degli intermediari.

In via generale va detto il DSA presenta, anche dal punto di vista sanzionatorio e dell'*enforcement*, problematiche applicative analoghe a quelle che si riscontrano nel DMA.

Il riferimento è alla coesistenza di normative già in essere nell'Unione che potrebbero in qualche modo riguardare l'ambito applicativo del DSA, nonostante la "classica" clausola di stile che stabilisce che l'applicazione del DSA non deve avvenire in pregiudizio delle norme esistenti, quali quelle a tutela dei consumatori e della sicurezza dei prodotti ¹⁶, quelle del GDPR e dell'*ePrivacy*, quelle a tutela della proprietà intellettuale, concernenti i servizi di media audiovisivi e contro la pedopornografia ¹⁷.

¹⁴ 14 In generale, A.P. HELDT, (2022). *EU Digital Services Act: The White Hope of Intermediary Regulation*. In: T. FLEW-F.R. MARTIN (eds), *Digital Platform Regulation. Palgrave Global Media Policy and Business*. Palgrave Macmillan, Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-030-95220-4_4.

¹⁵ In generale A. BENDIECK, *The Impact of the Digital Service Act (DSA) and Digital Markets Act (DMA) on European Integration Policy*, Franco-German expert discussion of the European Committee of the German Bundestag on 11 February 2021 (Committee document 19(21)135), https://www.swp-berlin.org/publications/products/arbeitspapiere/WP0121_Bendiek_Digital_Service_Act_and_Digital_Markets_Act.pdf.

G. DE GREGORIO, *The Digital Services Act: A Paradigmatic Example of European Digital Constitutionalism*, in *Diritti Comparati*, 17 maggio 2021, <https://www.diritticomparati.it/the-digital-services-act-a-paradigmatic-example-of-european-digital-constitutionalism/>.

¹⁶ C. CAUFFMAN-C. GOANTA, *A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection*, in *Cambridge University Press*, 15 aprile 2021, https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/8E34BA8A209C61C42A1E7ADB6BB904B1/S1867299X21000088a.pdf/new_order_the_digital_services_act_and_consumer_protection.pdf.

¹⁷ Secondo A. MICHINELLI, *Digital Services Act: questioni tecnico-giuridiche ancora aperte sulla sua applicazione*, in *Agenda Digitale*, 7 novembre 2022, alcune disposizioni normative si comporterebbero rispetto alle previsioni generali del DSA, come *lex specialis* rispetto al DSA. « Un esempio può essere quello della normativa sul diritto d'autore (la Direttiva 2019/790, "Digital Single Market" e il suo recepimento nazionale che ha innovato la l. 633/1941): l'art. 17 della Direttiva detta specifiche, stringenti condizioni (autorizzazioni degli aventi diritto, *best efforts* ecc.) per poter invocare le limitazioni di responsabilità dei provider (dunque del DSA). Ed è

Digital Services Act e Digital Markets Act

Le sanzioni nel DSA sono strettamente legate agli obblighi di diligenza dei provider che a loro volta sono differenziati per livelli, per tipologia ma soprattutto per caratteristiche quantitative: più queste crescono, più si aggravano gli adempimenti richiesti dal *Digital Services Act* (oltre alla maggior severità sanzionatoria).

Anche se vi è chi ha sottolineato nel DSA la presenza di un apparato sanzionatorio severo, ma nebuloso nella sua configurazione. Da questo punto di vista, per esempio, gli artt. 59 e 60 si riferiscono direttamente alle piattaforme online di “dimensioni molto grandi”, senza dare indicazioni troppo precise su come identificare l’effettiva mole della piattaforma, nonché i presupposti qualificanti tale definizione (struttura, volume di utenza, locazione dei *server*, ecc.).

In ogni caso, la finalità reale della norma (e la sua carica più innovativa) sembra essere quella di un forte controllo pubblico nei confronti dei fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi.

Nel DSA, molto più che nel DMA si avverte la preoccupazione degli Stati membri di mantenere quote di sovranità sull’accertamento delle infrazioni e sull’irrogazione delle relative sanzioni, con l’eccezione delle piattaforme online di dimensioni molto grandi e motori di ricerca online di dimensioni molto grandi, per le quali la Commissione si riserva secondo le disposizioni del capo V della sezione terza e dell’art 56, i poteri di vigilanza, di intervento e sanzionatori.

Diversamente dal DMA quindi, che accentra in via generale e per tutti i poteri nella Commissione UE, nel DSA, vi sono autorità nazionali denominate *Digital Services Coordinators*, i cui poteri sono stabiliti dagli artt. da 49 a 51, e che avranno la capacità di condurre indagini ed imporre sanzioni in via automa alle piattaforme per aver violato i relativi obblighi sempre che esse non siano di grandi dimensioni o di assistere la Commissione e collaborare alla repressione degli illeciti dei grandi intermediari.

Gli articoli da 49 a 60 del DSA sono dedicati ai coordinatori dei servizi digitali. L’art. 49 conferisce agli Stati membri la discrezionalità nell’individuare il numero dei soggetti competenti per l’applicazione e l’esecuzione del *Digital Service Act*. Tuttavia, il coordinatore dei servizi digitali è il soggetto che deve essere indero-

rivolto ai “prestatori di servizi di condivisione di contenuti online”, un soggetto non previsto né perfettamente sovrapponibile alla casistica del DSA (in genere sarà comunque un *hosting provider*). Insomma, il DSA influirà certamente sull’interpretazione e applicazione delle altre normative, con potenzialiflussi reciproci ». <https://www.cybersecurity360.it/legal/digital-services-act-questioni-tecnico-giuridiche-ancora-aperte-sulla-sua-applicazione/>; J.P. QUIN-TAIS, S.F. SCHWEMER, *The Interplay between the Digital Services Act and Sector Regulation: How Special Is Copyright?* in *Cambridge University Press*, 10 marzo 2022, <https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk-regulation/article/interplay-between-the-digital-services-act-and-sector-regulation-how-special-is-copyright/EC5405C9E4329329590F6BE95D373086>.

gabilmente previsto. Questo è, in assenza di altri organismi appositamente costituiti dagli Stati, responsabile di tutte le questioni relative all'applicazione e all'esecuzione del regolamento all'interno del singolo Stato.

Il *Digital Service Act*, dunque, intende fare del coordinatore dei servizi digitali il fulcro dell'attività di controllo, ed attribuisce allo stesso poteri effettivi. L'art. 50 prevede, infatti, che gli Stati si impegnino a far sì che i coordinatori svolgano i loro compiti in modo imparziale, trasparente e tempestivo e che dispongano di risorse tecniche, finanziarie e umane adeguate allo svolgimento dei loro compiti. L'autorità competente o coordinatore dei servizi digitali (insieme al Comitato europeo per i servizi digitali) concorre all'applicazione del regime sanzionatorio definito nel DSA ad esclusione, come si è detto, delle piattaforme online di grandi dimensioni¹⁸.

Entro il 17 febbraio 2024, data di entrata definitiva in vigore della normativa sui servizi digitali, gli Stati membri devono designare almeno un'autorità incaricata

¹⁸ Il Comitato europeo per i servizi digitali è un gruppo consultivo indipendente costituito dai coordinatori dei servizi digitali con compiti di consulenza agli stessi coordinatori e alla Commissione, che lo presiede (senza diritto di voto), con l'obiettivo di:

- contribuire all'applicazione coerente del regolamento e alla cooperazione efficace dei coordinatori dei servizi digitali e della Commissione nelle materie disciplinate dal regolamento;
- coordinare e contribuire agli orientamenti e all'analisi della Commissione, dei coordinatori dei servizi digitali e di altre autorità competenti sulle questioni emergenti nel mercato interno sulle materie disciplinate dal regolamento;
- assistere i coordinatori dei servizi digitali e la Commissione nella vigilanza sulle piattaforme online di dimensioni molto grandi.

Al Comitato possono essere invitate alle riunioni altre autorità nazionali, qualora le questioni discusse siano di loro pertinenza o esperti e osservatori e può cooperare con altre istituzioni e altri organi, organismi e gruppi consultivi dell'Unione. Il Comitato provvede altresì a:

- sostenere il coordinamento delle indagini congiunte;
- assistere le autorità competenti nell'analisi delle relazioni e dei risultati delle revisioni di piattaforme online di dimensioni molto grandi o di motori di ricerca di dimensioni molto grandi da presentare a norma del regolamento;
- fornire pareri, raccomandazioni o consulenze ai coordinatori dei servizi digitali in conformità del regolamento tenendo conto, in particolare, della libera prestazione di servizi da parte dei prestatori intermediari di servizi;
- fornire consulenza alla Commissione sulle misure di cui all'articolo 66 e adottare pareri sulle piattaforme online di dimensioni molto grandi o sui motori di ricerca di dimensioni molto grandi in conformità al regolamento;
- sostenere e promuovere l'elaborazione e l'attuazione di norme, orientamenti, relazioni, modelli e codici di condotta europei in cooperazione con i pertinenti portatori di interessi, come previsto dal regolamento, anche fornendo pareri o raccomandazioni su questioni connesse all'articolo 44, nonché l'individuazione di questioni emergenti in relazione alle materie disciplinate dal regolamento.

In caso di disaccordi sulle valutazioni, sulle misure da adottate o proposte oppure sulla mancata adozione di misura a seguito di una richiesta di cooperazione transfrontaliera o di una indagine congiunta il Comitato può deferire la questione alla Commissione.

Digital Services Act e Digital Markets Act

della vigilanza dei fornitori di servizi intermediari e dell'esecuzione del Regolamento (autorità competente).

Gli Stati membri in cui si trova lo stabilimento principale del *provider* sono competenti per l'applicazione del Regolamento. In assenza di tale collegamento, la giurisdizione spetta allo Stato in cui risiede o è stabilito il rappresentante legale del prestatore di servizi. Qualora tale prestatore abbia omissso la nomina di tale rappresentante la giurisdizione è attribuita a tutti gli Stati membri, fatte salve le garanzie per rispettare il principio del *ne bis in idem*.

Ai coordinatori dei servizi digitali sono conferiti poteri specifici di indagine: tali poteri includono, tra l'altro, il potere di esigere informazioni (anche da soggetti terzi coinvolti) entro un termine, il potere di effettuare ispezioni in loco, il potere di chiedere al personale o al rappresentante del provider spiegazioni in merito a presunte violazioni e di registrarne le risposte.

Relativamente ai poteri di esecuzione, rilevano in particolare: 1. il potere di accettare gli impegni offerti dai prestatori in relazione alla loro conformità al regolamento e di rendere tali impegni vincolanti; 2. il potere di ordinare la cessazione delle violazioni e, ove opportuno, di imporre misure correttive proporzionate alla violazione e necessarie per far cessare effettivamente la stessa; 3. il potere di imporre sanzioni pecuniarie in caso di inosservanza del regolamento o degli ordini emessi nell'ambito delle indagini; 4. il potere di imporre penalità di mora per garantire la cessazione di una violazione in ottemperanza a un ordine emesso, o per mancato rispetto di uno qualsiasi degli ordini relativi alle indagini; 5. il potere di adottare misure provvisorie volte a evitare il rischio di danno grave (art. 51). Infine, ove necessario per lo svolgimento dei loro compiti, qualora siano stati esauriti tutti gli altri poteri previsti per far cessare la violazione e quest'ultima persista e causi un danno grave che non può essere evitato mediante l'esercizio di altri poteri previsti dal diritto dell'Unione o nazionale, i coordinatori dei servizi digitali dispongono, nei confronti dei prestatori di servizi soggetti alla giurisdizione del loro Stato membro, del potere di adottare le misure seguenti: 1. imporre all'organo di gestione dei prestatori, entro un termine ragionevole, di esaminare la situazione, di adottare e presentare un piano di azione che definisca le misure necessarie per far cessare la violazione, di provvedere affinché il prestatore adotti tali misure e di riferire sulle misure adottate; 2. se il coordinatore dei servizi digitali ritiene che il prestatore non si sia sufficientemente conformato agli obblighi in questione e che la violazione persista, causi un danno grave e integri un reato grave che comporta una minaccia per la vita o la sicurezza delle persone, chiedere alle autorità giudiziarie competenti di tale Stato membro di ordinare la restrizione temporanea dell'accesso dei destinatari del servizio interessati dalla violazione o, unicamente qualora ciò non sia tecnicamente fattibile, la restrizione dell'accesso all'interfaccia online del prestatore di servizi intermediari sulla quale ha luogo la violazione (art. 51). Le restrizioni sono disposte per un periodo di quattro settimane, fatta salva la

possibilità che, per ordine dell'autorità giudiziaria competente, il coordinatore dei servizi digitali sia autorizzato a prorogare tale termine di ulteriori periodi della stessa durata, nel rispetto di un numero massimo di proroghe stabilito dalla predetta autorità giudiziaria.

I coordinatori dei servizi digitali possono imporre sanzioni per un importo massimo del 6% del reddito annuo o del fatturato della piattaforma.

Le sanzioni per la fornitura di informazioni errate, incomplete o fuorvianti e per la mancata risposta o rettifica delle informazioni non possono superare l'1% del reddito annuo o del fatturato della piattaforma.

I coordinatori dei servizi digitali possono anche imporre sanzioni periodiche per garantire che le piattaforme rispettino un ordine di cessazione della violazione. L'importo massimo di tale penale periodica è pari al 5% del fatturato medio giornaliero della piattaforma.

Il sistema sanzionatorio risulta quindi, quanto agli illeciti delle piattaforme di piccola e media dimensione, rovesciato rispetto al DMA, con un approccio "statocentrico", anziché "eurocentrico", seguito già varie volte dal legislatore europeo, che però, secondo alcuni autori, potrebbe comportare un ingiustificato allungamento delle tempistiche di armonizzazione delle legislazioni comunitarie, le quali dovrebbero, gioco forza, risultare compatte nel fronteggiare le irregolarità paventate dal DSA ¹⁹.

L'approccio "eurocentrico" ritorna invece quanto alla vigilanza ed all'esecuzione delle prescrizioni contenute nel regolamento per le piattaforme ed i motori di ricerca di grandi dimensioni che, fra le altre cose, devono fornire anche un contributo per le attività di vigilanza, come previsto dall'art. 43 del DSA, allorché la Commissione provveda alla loro designazione ²⁰.

¹⁹ L. QUADRINI, *Strategia Ue sui dati: il problema del "doppio giudicato" nel DMA e altri dubbi sul pacchetto*, in *Agenda Digitale*, 21 luglio 2022, <https://www.agendadigitale.eu/mercati-digitali/strategia-ue-sui-dati-il-problema-del-doppio-giudicato-nel-dma-e-altri-dubbi-sul-pacchetto/>.

²⁰ Il 2 marzo 2023 la Commissione ha proposto un regolamento attuativo sugli importi da versare da parte dei soggetti regolati. In proposito la Commissione suddivide il calcolo della "supervisory fee" in due *step* distinti, il primo destinato alla determinazione del "valore base" per ciascun servizio sulla base di una stima preventiva dei costi in cui la Commissione incorrerà nell'anno a venire, ed il secondo destinato al calcolo dell'importo individuale per singolo fornitore, proporzionata al suo numero di utenti attivi. L'imposta non può superare la soglia dello 0,05% del fatturato annuo netto del fornitore nell'anno precedente. L'imposta si applica (*pro quota*) anche alle imprese che nel corso dell'anno dovessero essere designate quali fornitori "molto grandi" e il Regolamento prescrive il recupero (con interessi e sanzioni) delle somme non pagate entro i termini che verranno annualmente indicati dalla Commissione in una con gli importi da versare. Il Regolamento attuativo si chiude con una previsione per il recupero dei costi in eccesso rispetto alla previsione nell'anno successivo, ovvero con la diminuzione proporzionale dell'imposta nell'anno seguente caso in cui nell'anno in corso il budget sia stato impiegato in misura inferiore rispetto a quanto stimato. Sul punto R. BERTI-F. ZUMERLE, *Digital Services Act, al via la tassa di sorveglianza per le Big Tech: cos'è e i punti critici*, in *Agenda Digitale*, 9 marzo 2023,

Digital Services Act e Digital Markets Act

La Sezione IV del Regolamento è dedicata infatti alle attività di vigilanza e repressione della Commissione che, in linea generale, ricalcano, quanto ad entità, le sanzioni già viste per le piattaforme di ogni dimensione, mentre per i profili procedurali, di rapporti con le autorità giurisdizionali nazionali, di accesso al fascicolo, di impegni provvisori e di misure temporanee, riecheggiano quanto previsto nelle sezioni corrispondenti del DMA.

In particolare, la Commissione, su raccomandazione del comitato o di propria iniziativa previa consultazione del comitato, può avviare un procedimento in vista della possibile adozione di decisioni di accertamento e sanzione in relazione alla condotta della piattaforma online di dimensioni molto grandi che: 1. si sospetta abbia violato una qualsiasi delle disposizioni del regolamento senza che il coordinatore dei servizi digitali del luogo di stabilimento abbia adottato alcuna misura di indagine o esecuzione a seguito della richiesta della Commissione; 2. si sospetta abbia violato una qualsiasi delle disposizioni del regolamento, se il coordinatore dei servizi digitali del luogo di stabilimento ha chiesto alla Commissione di intervenire; 3. è stata riconosciuta responsabile della violazione di una qualsiasi delle disposizioni recanti gli obblighi specifici.

Il coordinatore dei servizi digitali del luogo di stabilimento interessato, qualora intervenga la Commissione è esonerato dall'adottare misure di indagine o di esecuzione in relazione alla pertinente condotta della piattaforma online di dimensioni molto grandi interessata.

Nell'ambito di tali procedimenti la Commissione può svolgere indagini, anche tramite richieste di informazioni, audizioni e ispezioni in loco, può adottare misure provvisorie e rendere vincolanti gli impegni delle piattaforme online di dimensioni molto grandi.

Il regolamento fissa altresì un termine di prescrizione per l'imposizione di sanzioni (art. 78) e per la loro esecuzione (art. 83), stabilendo infine le garanzie procedurali dinanzi alla Commissione, in particolare il diritto di essere ascoltati e di accesso al fascicolo (art. 79) e la pubblicazione delle decisioni (art. 80). La sezione prevede altresì la cooperazione della Commissione con i giudici nazionali (art. 82) e le l'adozione di atti di esecuzione per disposizioni pratiche relative al procedimento.

I nuovi compiti attribuiti agli organismi competenti ed alla Commissione delineano uno scenario estremamente complesso che potrà essere valutato solo sul campo, soprattutto con riferimento ai profili di efficienza e proporzionalità.

Il precedente del GDPR, come si è detto, non è così confortante dal punto di vista dell'applicazione delle sanzioni, mentre il ruolo della Commissione nel settore *antitrust* ha dato senz'altro migliori risultati.

<https://www.agendadigitale.eu/mercati-digitali/digital-services-act-al-via-la-tassa-di-sorveglianza-per-le-big-tech-cose-e-i-punti-critici/>.

Le sanzioni nel *Digital Markets Act*

Un ruolo importante nel complesso sistema ipotizzato dalla Commissione è rappresentato dagli impegni che soprattutto le grandi piattaforme dovranno ipotizzare in caso di apertura di un procedimento, per porre fine all'investigazione nei propri confronti.

Il sistema degli impegni, stante tra l'altro la possibilità di sospensione delle sanzioni in caso di presentazione di ricorso della Corte di giustizia, con un allungamento del momento di loro effettiva applicazione, sembra in grado di garantire una maggiore e più rapida tutela degli utenti e consumatori, e del resto il precedente della autorità italiane di garanzie (Antitrust ed Agcom) ha senz'altro dato buona prova di sé.

