

CAPITOLO PRIMO

LIBERTÀ E NOZIONE DI MERCATO

1.0 Libertà e nozione di mercato

Venti di mutazione relazionale iniziano a spirare, con crescente velocità, tra gli attori del c.d. *mercato*. Nella società-sistema contemporanea sembrerebbe non potersi più contemplare una asettica valutazione economica secondo schemi di impostazione neoclassica o tantomeno afferenti ad altre teorie che hanno avuto sfortuna nella prova d'esame con la realtà. Il protagonista assoluto della rivoluzione copernicana, positiva o negativa a seconda delle opinioni, forse meramente personali, è senza dubbio l'ingresso del trentennale *player* chiamato *internet*. Il sistema economico pone un dilemma identitario assumendo una forma metamorfica poiché vittima di una crisi forzata con il mondo digitale. Esigenze socio-evolutive hanno imposto una riconsiderazione sia dei soggetti interni al mercato che del mercato stesso. L'articolo 41 della Costituzione italiana con andamento sinusoidale prevede assetti di libertà di iniziativa economica; il primo comma sancisce, infatti, che “*L'iniziativa economica privata è libera*”. Questa disposizione viene normativamente subordinata con carattere avversativo dal comma secondo in relazione ai criteri di utilità sociale e dal rischio di danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. Analizzando il comma terzo invece, assume rilievo il carattere coordinativo tra le iniziative private e pubbliche che devono essere interpretate attraverso la lente delle finalità sociali e ambientali. In seguito, si vedrà come (sul punto la stragrande maggioranza della dottrina sembrerebbe concorde) la c.d. costituzione economica rilevi ben poco ai fini della regolazione antitrust e anticoncorrenziale in quanto la disciplina appena citata è frutto di una elaborazione legislativa e giurisprudenziale europea. Il mercato unico europeo (descritto come *as one of the EU's biggest assets*¹) necessita per un corretto bilanciamento e una armonizzazione di fondo di *standard de facto*, possibili e ammissibili solo se costituiti in seno agli organi europei deputati e di una considerazione,

¹ V. *Report on Competition Policy*, 2009, par. 9, disponibile a www.ec.europa.eu.

soprattutto in ambito digitale, paneuropea.

Il consolidamento delle piattaforme *online*, e in special modo dei *gatekeepers*, ha provocato un cambio di paradigma nel contesto legislativo, normativo ed economico. Il progresso e lo sviluppo tecno-digitale hanno rivoluzionato il modo di pensare il mercato ed il modo di fare mercato. La nuova struttura di quest'ultimo deve confrontarsi con i diritti fondamentali individuali; la protezione di essi deve orientare, con assoluta priorità, le logiche legislative, politiche ed economiche. L'ecosistema digitale si muove dinamicamente nel sistema-società e si condivide, a tal proposito, l'immaginare una normativa armonizzata, con contenuti di principio che riesca a limitare efficacemente lo strapotere di alcune imprese che operano in esso, che non appesantisca *tout court* un già frammentario complesso.

1.1 Evoluzione storica e sociale

Un mercato è un meccanismo che consente ad acquirenti e venditori di interagire al fine di determinare il prezzo e la quantità di un bene o di un servizio².

Il mercato coordina le attività economiche e questo processo di coordinamento genera un ordine economico. Nell'economia di mercato rientrano individui, attività e imprese grazie a un apparato di prezzi e mercati, senza alcuna apparente direzione e pianificazione. Generalmente possiamo considerare il mercato come luogo fisico o virtuale nel quale acquirenti e venditori si relazionano per fissare prezzi e scambiare beni o servizi.

In un sistema di mercato esiste una corrispondenza valoriale tra cose e prezzi, quest'ultimi vengono rappresentati e sostanziati, appunto, dal valore del bene in termini di moneta. I prezzi coordinano le decisioni dei produttori e dei consumatori in un mercato, andando, dunque, a ricoprire un ruolo equilibrante del meccanismo-mercato in questione.

È ben noto che: l'equilibrio di un mercato è il punto in cui la quantità offerta dai venditori è uguale alla quantità richiesta dai compratori.

L'evoluzione tecnologica influisce sulle posizioni tradizionali tracciando nuovi paradigmi da valutare con estrema attenzione sia a livello del soggetto economico che di quest'ultimo all'interno del sistema mercato. Espressioni che si riverberano anche nel contesto sociale che, a parere di chi scrive, assume un connotato di estrema importanza nella valutazione giuridico-economica soprattutto in relazione a tematiche di concorrenza *strictu sensu*. Ad esempio, Karl Polanyi, grande storico, antropologo ed economista, valuta la libertà dell'*homo economicus* all'interno di forme di mercato capitalistiche giungendo a conclusioni poco rassicuranti anche sotto il profilo giuridico. Il fenomeno mercantilista del XVII e del XVIII secolo è stato terreno fertile per quel mercato che ha fagocitato quei fattori di produzione che più di tutti appartenevano a porzioni di vita sociale ossia il lavoro e la terra relegandoli a mera merce; a tutto ciò è stato addizionato il ruolo astratto della moneta che da "moneta-segno" diviene anch'essa sempre più merce e non "equivalente generale per facilitare lo scambio"³.

² P. Samuelson, W. Nordhaus e A. Bollino, *Economia*, vol. XX, Milano, McGraw-Hill, 2014.

³ Cfr. K. Polanyi, *The Great Transformation*, Beacon Press, 2001.

Sembra che non sia possibile affermare di essere ossequiosi della libertà *ex* articolo 41 comma 1 della Costituzione fintanto che non si prendano in considerazione diverse prospettive che non debbono essere basate soltanto sul piano meramente individuale bensì che si relazionino innanzitutto su ciò che possiamo considerare mercato e sui fattori interni ed esterni di esso.

La pratica monopolistica e le motivazioni concorrenziali sono state realtà concomitanti del capitalismo storico a cui si è aggiunta la “mano invisibile” di smithiana memoria che ha indotto il mercato a porre vincoli al comportamento ed al ruolo individuale dei consumatori⁴.

Sinteticamente, occorre evidenziare che la nascita del “meccanismo di mercato” e del “capitalismo concorrenziale” vede possibile la sua procreazione grazie al seme della Rivoluzione Industriale del XIX secolo. Il feudalesimo degli anni del Medioevo è stato realizzato sia con un'aristocrazia oligarchica che attraverso le famose corporazioni cittadine che detentrici del controllo delle attività economiche tra il vecchio continente e l'oriente asiatico. Il XIX secolo è anche l'epoca del c.d. *laissez-faire* dove si è permesso al mercato uno sviluppo basato su una decisionalità interna e quindi senza un intervento precipuo dello Stato che, nell'economia, avrebbe dovuto limitare la propria intrusione. L'ebbrezza capitalistica ha avuto, almeno sulla carta, vita breve poiché l'intervento statale ha realizzato, già dalla fine del XIX secolo, una maggiore ingerenza nell'economia generale dando vita al c.d. *welfare state*: i mercati controllano l'evoluzione della *vita oeconomica* e lo Stato propende verso la creazione di una migliore *socialis vitae*.

Giungendo all'analisi di modelli moderni e contemporanei di economia sembra possibile affermare che il sistema economico dell'entità società si organizza, dicotomicamente, in generale, tra una economia di carattere pianificato (c.d. *economia pianificata*) e una economia di mercato (c.d. *economia di mercato*). Rispettivamente, nella prima lo Stato assume la gran parte delle decisioni economiche facendo leva sul possesso delle risorse e sul potere impositivo-coercitivo, nella seconda la prevalenza decisionale è direttamente riconducibile ai mercati all'interno dei quali individui o imprese accettano di scambiare *input* e *output*. *Ogni società deve effettuare scelte relative agli input e output del sistema economico*⁵. Tuttavia, nessuna

⁴ I. Wallerstein, *Capitalismo storico e civiltà capitalistica*, Asterios Editore, 2012.

⁵ P. Samuelson, W. Nordhaus e A. Bollino, *Economia*, vol. XX, Milano, McGraw-Hill, 2014.

società contemporanea può essere ricondotta esclusivamente a una delle due categorie delineate poiché il ruolo statale gioca, anche per le economie di mercato, precipua funzione modificativa e legislativa in quanto promotore di leggi e norme in grado di influenzare i mercati ed orientare la routine economica dando così vita alle c.d. *economie miste*.

Ultimo ma non per importanza è stato il rivoluzionario apporto dell'avvento di *internet* che ha generato un radicale cambiamento sociale ed economico. I mercati digitali sono pronti a sostituire, già da tempo, vetuste nozioni e a creare nuovi spazi virtuali di interazione economica. Si sente, a questo proposito, sempre più spesso parlare di *economia digitale*, l'apporto tecnologico sembra non arrestarsi nonostante i tentativi di imbrigliamento; non resta che adeguarsi ai nuovi *diktat* sperando che l'avanzamento legislativo recuperi metaforicamente terreno rispetto al progresso tecnologico, in questo senso, già la *U.S. Antitrust Modernization Commission*, nell'aprile del 2007, ha raccomandato alla presidenza del Congresso statunitense di modernizzare l'*Antitrust enforcement* per "*better serve consumer welfare in the global, high-tech economy*."⁶

Si parla, altresì, con maggiore frequenza, di una ennesima mutazione del sistema economico. Le crisi economiche, in particolare quella del 2008, secondo parte della letteratura, hanno portato alla caduta del capitalismo e alla comparsa di un nuovo sistema economico chiamato tecnofeudalesimo⁷. Il tecnofeudalesimo, che prevede come presupposto un'economia *online*, pone le fondamenta sull'esistenza dominante di piattaforme digitali in cui lavoratori e consumatori sono soggetti al "potere feudale" dei proprietari delle piattaforme stesse. Le nuove piattaforme digitali hanno annichilito la concorrenza sostanzendosi in figure *beyond trust* in quanto costituiscono non solo il mercato stesso ma metaforicamente il feudo dove esistono e si incontrano coloro che sono considerati presunti soggetti, attivi e passivi, di una società economica.

⁶ *Antitrust Modernization Commission Report and Recommendations*, 2007, disponibile a http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf.

⁷ in questo senso Y. Varoufakis, *Tecnofeudalesimo, cosa ha ucciso il capitalismo*, La nave di Teseo, 2023.

1.2 Mercato Unico Digitale

Alle dinamiche del commercio *online* e all'apertura di mercati digitali potenzialmente infiniti si sono accompagnate le promesse, per ora non pienamente mantenute, di liberazione del consumatore dalle logiche di "mercato locale" garantendogli al contempo maggiore scelta, convenienza e trasparenza. La c.d. economia 4.0 è da sempre nelle agende politiche e legislative dell'UE e degli USA che si sono affannati, con più o meno successo, nella sua normativizzazione. Disciplinare un mercato o i mercati ad alto livello di complessità si rivela un intento genuino ma non privo di tribolazioni. Gli effetti promotori delle normative armonizzanti come quelle provenienti dall'Unione Europea generano utili standard *de facto* che costituiscono lo scheletro su cui allenare, in ottica migliorativa, la muscolatura dei singoli ordinamenti e delle singole autorità nazionali.

La IMCO *Committee (Internal Market and Consumer Protection* o, in italiano, la Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori) in seno permanentemente al Parlamento europeo si è spesso preoccupata di segnalare l'irrefrenabile evoluzione dell'economia digitale che è divenuta gran parte dell'economia stessa con un *trend* che preannuncia la possibilità di una quasi completa sostituzione: l'economia digitale sembra inglobare l'intera nozione di economia; soprattutto con il fenomeno pandemico si è registrata una forte impennata della spesa *online* effettuata all'interno dell'UE⁸.

Già nel 2014 la IMCO, in particolare con lo studio "*Contribution to growth. The European Digital Single Market. Delivering economic benefits for citizens and businesses*"⁹ ha ragionato sugli interventi legislativi e le conseguenze economiche successive all'adozione del DSM (*Digital Single Market*). Il mercato interno e il mercato unico digitale (inteso come politica dell'UE) vengono valutati come perni di strategie di potenziamento della crescita economica;

⁸ Cit. "...nel 2015 ci si attestava sui 450 miliardi di euro mentre nel 2020 si è visto un incremento del 56%, rispetto al premesso dato, superando, quindi, i 700 miliardi di euro spesi...", *La pandemia fa volare l'e-commerce, ecco le tutele in Europa*, su Il Sole 24 ore, disponibile a <https://www.ilsole24ore.com/art/la-pandemia-fa-volare-l-e-commerce-ecco-tutele-europa-ADrnetAB>.

⁹ *Contribution to growth. The European Digital Single Market*, disponibile a [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2019\)631044](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2019)631044).

concentrandosi su un mercato unico profittevole si necessita altresì di una *better regulation* tale da favorire e tutelare i consequenziali *benefits* e sopperire alle lacune eco-giuridiche.

Nella *DSM Strategy* il mercato unico digitale viene definito come “*one in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured and where individuals and businesses can seamlessly access and exercise online activities under conditions of fair competition, and a high level of consumer and personal data protection, irrespective of their nationality or place of residence*¹⁰”. Ritorna anche nella definizione la preminenza della libertà individuale di operare all’interno di un “mercato difensivo” rispettoso della concorrenza e della protezione, estesa ai dati personali, del consumatore. In questo senso, grazie a questa linea di azione, è possibile ridurre, *ex multis*, i *markup*, incrementare la varietà e la scelta di prodotti a disposizione del consumatore e migliorare la concorrenza.

Una unione politica ed economica a carattere sovranazionale necessita di un mercato unico e digitale poiché la digitalizzazione favorisce la produttività, riduce i costi di transazione, innova prodotti, servizi e processi, e inoltre garantisce più rilievo competitivo all’UE rispetto agli altri *players* globali. Giova ricordare altresì, con riguardo a quanto premesso, che il diritto antitrust per gli studiosi della *Scuola di Chicago* dovrebbe inseguire la massimizzazione dell’efficienza economica della società, ossia la affannosa ricerca del *total welfare*¹¹. Tuttavia, la prospettiva del costante aumento di ricchezza della società dovrebbe cedere il passo a una visione socialmente più apprezzabile che deve attenere alla preminenza di un *consumer welfare*.

¹⁰ Id., pag. 17.

¹¹ P. Manzini, *Diritto Antitrust dell’Unione Europea*, Giappichelli Editore, Torino, 2022.

1.3 VLOPs, VLOSE e gatekeepers

I valori e i principi della *società online* devono ricercarsi in una trasformazione digitale sicura ma anche nel ruolo centrale della tutela della persona¹². Il decennio digitale si avvia verso il suo tramonto che è lo stesso momento in cui bisogna iniziare a tirare le somme di ciò che è stato fatto e di cosa è necessario fare; all'interno del preambolo della “*Dichiarazione dei diritti e dei principi digitali per il decennio digitale*” si può notare, come si è sottolineato, al punto 2, che “*la trasformazione digitale interessa ogni aspetto della vita delle persone*” agganciandosi, in questo modo, ai diritti fondamentali e inderogabili dei trattati istitutivi dell'Unione Europea e della “*unione di valori*” sancita all'art. 2 del TUE nonché dei principi costituzionali della generalità delle costituzioni nazionali¹³.

In precedenza, si è parlato dei diversi orientamenti attinenti a una regolamentazione giuridica del mercato. Gli orientamenti contrapposti dei *Chicagoans*, tra i primi ad occuparsi delle dinamiche concorrenziali e di antitrust, con le dottrine contemporanee devono, tuttavia, tenere in considerazione i mutamenti sociali e tecnologici; la posizione di nuove entità nel mercato digitale, che si riflette in maniera diretta anche sul mercato fisico, perturbano il sinallagma per cui le valutazioni di legalità oltrepassano l'aspetto di costo sociale giungendo a profili di diversa natura che attengono ai diritti fondamentali della persona; il consumatore non deve essere una riduzione del concetto di quest'ultima bensì una sua estensione da tutelare *tout court*.

È possibile notare come le grandi piattaforme, così come i motori di ricerca per la navigazione *internet*, detengono un potere precipuo nei mercati digitali tanto da scatenare il forte interesse delle autorità regolatorie e degli organi politici. Ad esempio, è facile intuire quale possa essere l'impatto di piattaforme *online* o motori di ricerca, rispettivamente denominati VLOPs (*Very Large Online Platforms*) e VLOSE (*Very Large Online Search Engines*) che registrano un flusso di utenti superiore a 45 milioni al mese nella sola area di traffico europea¹⁴. Il DSA

¹² V. 2023/c 23/01, “*Dichiarazione dei diritti e dei principi digitali per il decennio digitale*” disponibile a [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123(01)).

¹³ Id.

¹⁴ V. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/policies/dsa-vlops>.

(*Digital Services Act*) si inserisce nel quadro giuridico che norma i servizi della società dell'informazione e i servizi intermediari¹⁵.

Questo regolamento viene considerato come la nuova costituzione digitale dell'UE e per questo non si può non analizzare e prendere in considerazione, uno degli obiettivi deve anche essere quello di garantire la trasparenza e la sicurezza dell'utente all'interno del mercato digitale e verso le piattaforme anche quando di dimensioni inferiori alle VLOPs. Tuttavia, gli aspetti preminentemente di carattere antitrust e concorrenziale attengono maggiormente al regolamento gemello *DMA (Digital Market Act)*, quest'ultimo si pone come finalità l'arginamento della posizione dominante dei *gatekeepers*, feudatari dei flussi informativi e dei mercati digitali. In data 25 aprile 2023 la Commissione UE ha individuato 17 VLOPs (*Alibaba, AliExpress, Amazon Store, Apple, AppStore, Booking.com, Facebook, Google Play, Google Maps, Google Shopping, Instagram, LinkedIn, Pinterest, Snapchat, TikTok, Twitter, Wikipedia, YouTube* e *Zalando*) e 2 VLOSE (*Bing* e *Google Search*)¹⁶.

Il 6 settembre 2023, invece, la Commissione UE ha designato sei *gatekeepers*: *Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta* e *Microsoft*. I citati *gatekeepers* inglobano, a loro volta, ventidue servizi di piattaforma di base e avranno sei mesi di tempo per garantire il rispetto degli obblighi imposti dalla legge sui mercati digitali per ogni servizio offerto¹⁷. *Fair and open* sono le direttrici su cui sembra che la Commissione UE intenda costruire l'infrastruttura dei mercati digitali.

¹⁵ V. *ex multis*, L. Bolognini, E. Pelino, M. Scialdone, *Digital Services Act e Digital Market Act. Definizioni e prime applicazioni dei nuovi regolamenti europei*, Giuffrè, Milano, 2023.

¹⁶ V. *Digital Services Act: Commission designates first set of Very Large Online Platforms and Search Engines* disponibile a https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_2413.

¹⁷ V. *Digital Market Act: Commission designates six gatekeepers*, disponibile a https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4328. Al riguardo Thierry Breton: “*More choice for consumers, fewer obstacles for smaller competitors: the DMA will open the gates to the Internet. With today's designation we are finally reining in the economic power of 6 gatekeepers, giving more choice to consumers and creating new opportunities for smaller innovative tech companies, thanks for instance to interoperability, sideloading, real-time data portability and fairness. It was high time that Europe sets the rules of the game upfront, to ensure digital markets are fair and open.*”

In particolare, il *Digital Markets Act*, sulla base del considerato per cui la tecnologia ed i servizi digitali mutano repentinamente – incidendo sugli *status* descritti – ha previsto un meccanismo di riesame periodico (ogni tre anni). Ai sensi dell'articolo 4 del Regolamento DMA, la Commissione può riconsiderare, modificare o revocare, in qualsiasi momento, su richiesta di parte o su propria iniziativa, una decisione di designazione adottata *ex* articolo 3¹⁸.

¹⁸ Cfr. L. Bolognini, E. Pelino, M. Scialdone, *Digital Services Act e Digital Market Act. Definizioni e prime applicazioni dei nuovi regolamenti europei*, Giuffrè, Milano, 2023, pag. 308.