ISSN 2384-9169
Fascicolo n. 4 - 2025
rivista.eurojus.it

La nuova anima costituzionale del diritto antitrust europeo

DI PIETRO MANZINI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'anima costituzionale del diritto antitrust. – 3. Antitrust e libertà di accesso al mercato. – 4. Diritto antitrust e pluralismo e indipendenza dei media. – 5. Antitrust e diritto di *privacy*. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione.

L'obiettivo di questo scritto è illustrare come, in tempi recenti, il diritto antitrust europeo sia stato interpretato ed applicato in modo da contribuire a tutelare taluni principi del costituzionalismo liberale.

Che il diritto antitrust sia nato, in America e in Europa, per esigenze di ordine costituzionale è circostanza ben nota: in entrambi i lati dell'Atlantico lo si era immaginato come uno strumento finalizzato a proteggere l'integrità del processo decisionale delle istituzioni pubbliche dall'influenza delle imprese private detentrici di un potere di tipo monopolistico. Altrettanto noto è che questa anima costituzionale col tempo è stata eclissata da una lettura economicistica dell'antitrust, volta a valorizzare l'uso di quest'ultimo in funzione dell'efficienza economica dei mercati[1]. Il nuovo approccio interpretativo che si vuole illustrare non propone però un ritorno al passato, vale a dire all'idea che per tutelare la democrazia occorra impedire il formarsi o l'operare dei monopoli e che si possa disinteressarsi della relazione esistente tra potere di mercato ed efficienza economica. Futuri sviluppi dell'antitrust nella direzione di imporre vincoli all'allargamento del potere di mercato o addirittura di frammentare le imprese che lo possiedono appaiono irrealistici e, comunque, eccezionali ed episodici.

Diversamente, l'approccio che si vuole illustrare è basato sull'idea, pragmaticamente applicata ed adattata, che il diritto antitrust possa contribuire a salvaguardare i principi costituzionali della democrazia liberale su cui, in base all'art. 2 del TUE, si fonda l'Unione. In

* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea presso l'Università di Bologna – *Alma Mater Studiorum*.
[1] Su questi temi mi permetto di rinviare a P. MANZINI, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Torino, 2022, p. 268, in part. p. 21 ss.

questa prospettiva il diritto antitrust è stato funzionalizzato alla tutela di taluni beni costituzionali. Ci si riferisce in particolare: *i*) alla libertà di impresa, intesa come diritto di accesso al mercato, *ii*) al pluralismo e la libertà di informazione; e *iii*) al diritto alla *privacy*.

Il libero accesso al mercato costituisce il fulcro del liberismo economico, il quale è legato al liberalismo politico in maniera indissolubile[2]. Proprio l'Europa dell'Unione ha dimostrato empiricamente come, dal secondo dopoguerra, il consolidarsi delle democrazie liberali è andato di pari passo con l'affermarsi dei principi del libero mercato. Invero, l'idea stessa del mercato unico europeo presuppone uno spazio fisico o virtuale ove tutti gli operatori economici possono accedere ed esercitare liberamente la loro attività di impresa.

Del pari non ha bisogno di particolari spiegazioni l'importanza del pluralismo e dell'indipendenza dei media per la democrazia liberale[3]. Esso infatti: *i*) concretizza il principio fondamentale della libertà di espressione, sia sotto il profilo del diritto di comunicare informazioni che sotto quello del diritto di riceverne; *ii*) consente di rappresentare le diverse prospettive etiche e culturali della società; *iii*) risulta centrale nello sviluppo del dibattito civile e politico che rappresenta un presupposto necessario per la formazione dell'opinione pubblica; *iv*) consente un'informazione critica dei cittadini-elettori relativamente alle politiche e alle scelte del governo, rendendo quest'ultimo più trasparente ed *accountable* per gli amministrati: secondo una celebre formula giudiziaria, la funzione della libera stampa è «*to serve the governed, not the governors*»[4].

Infine, anche il diritto alla *privacy*, il diritto *to be left alone*, come fu originariamente concepito[5], presenta un legame evidente con la democrazia liberale. Nutre l'autonomia individuale e lo sviluppo personale, favorendo la partecipazione attiva e consapevole alla vita sociale e politica. Protegge gli orientamenti politici privati e impedisce di utilizzare le informazioni personali per intimidire, controllare o manipolare le persone. Consente di votare liberamente e in modo anonimo, di aderire a partiti politici, di protestare senza timore di ritorsioni da parte di poteri pubblici o privati.

Il lavoro è suddiviso come segue. Nel prossimo paragrafo si richiameranno sinteticamente le radici costituzionali del diritto antitrust, sia americano che europeo, nonché la sua evoluzione economicistica. Nel paragrafo 3 si esaminerà la recente giurisprudenza dell'Unione europea in materia di accesso al mercato dei concorrenti di un'impresa dominante, evidenziando come tale accesso sia divenuto il centro della libertà di impresa, anche a discapito dell'integrità del diritto di proprietà. Nel paragrafo 4 si esaminerà come la *Europeam Media Freeedom Act* accolga una specifica disciplina della concorrenza volta a tutelare la libertà e il pluralismo dei media. Nel paragrafo 5 si analizzeranno le conseguenze della giurisprudenza relativa alle circostanze in cui

---

[2] Per L. Einaudi, liberismo economico e liberalismo politico sono indissolubilmente "affratellati", v. L. EINAUDI, *Liberismo e liberalismo*, in B. CROCE, L. EINAUDI, *Liberismo e liberalismo*, Introduzione di F. TEDESCO, Milano, 2021, p. 127.

[3] Sul punto si v. in particolare: G. PITRUZZELLA, *Il costituzionalismo digitale tra Stati Uniti e Europa,* in *Unione europea e diritti*, Fasc 2/2025, p. 1 ss., nonché A. EZRACHI e V. H. S. E. ROBERTSON, *Can competition law save democracy? Reflections on democracy's tech-driven decline and how to stop it*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 13, Issue 2, July 2025, pp. 315–327.

[4] US Supreme Court, New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713 (1971). Non si può pertanto che concordare con chi ha osservato che, nel contesto dell'Unione europea, la libertà dei media dovrebbe essere riconosciuta come uno dei valori dell'Unione evocati dall'art. 2 del TUE, v. in tal senso R. MASTROIANNI, *Freedom and pluralism of the media: an European value waiting to be discovered?*, in *Media Laws*, 2022, p. 1.

[5] S. WARREN and L. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *4 Harvard L.R.,* 193, Dec. 15, 1890.

la disciplina europea della *privacy* influisce sull'applicazione del diritto antitrust. Nel paragrafo 6, infine, sono tratte le conclusioni del lavoro.

2. L'anima costituzionale del diritto antitrust.

È ben noto che il diritto antitrust è nato oltreoceano al fine di tutelare l'integrità del processo democratico dall'influenza delle grandi aggregazioni di potere economico, organizzate sotto forma di *trust* o costituite in *corporation* – quali, ad esempio, la Standard Oil o J.P. Morgan[6]. Fu tale esigenza ad indurre il Congresso statunitense ad adottare, nel 1890, lo *Sherman Antitrsut Act*, certamente la più influente legislazione antimonopolistica. Il potere economico affidato ad una sola persona – dichiarò Sherman illustrando ai colleghi del Senato lo statuto che avrebbe poi preso il suo nome – rappresenta una "prerogativa regale" che contrasta con la forma di governo scelta nel continente americano; un paese che rifiuta un sovrano quale espressione del potere politico, non può accettare un monarca nella produzione, trasporto o vendita dei beni necessari alla vita[7]. La figura che meglio interpretò lo spirito originario delle norme antitrust volute dal Congresso fu senza dubbio Luis Brandeis, per lungo tempo influente giudice nella Corte suprema degli Stati Uniti[8]. In un celebre scritto del 1912[9] egli colse il parallelismo intellettuale esistente tra il mercato concorrenziale e il sistema di governo democratico. «L'unico argomento che è stato seriamente avanzato in favore del monopolio privato – egli osservò - è che la concorrenza comporta degli sprechi, mentre il monopolio li previene e conduce all'efficienza. Questo argomento è però infondato. Gli sprechi comportati dalla concorrenza sono minimi. Le economie del monopolio sono superficiali e illusorie. L'efficienza del monopolio è, al più, temporanea. Indubbiamente la concorrenza causa sprechi. Ma quale attività umana non ne comporta? Gli sprechi della democrazia sono tra i maggiori e più ovvi, ma come compensazione abbiamo la democrazia che ha un valore molto maggiore dello spreco prodotto e che la rende molto più efficiente dell'assolutismo. Ciò vale anche per la concorrenza»[10]. (…) Abbiamo imparato molto tempo fa che la libertà può essere preservata solo limitando in qualche modo la libertà di azione degli individui; altrimenti la libertà conduce all'assolutismo; nello stesso modo abbiamo imparato che, a meno che non vi

[6] Sul tema si v. quanto più ampiamente osservato in P. MANZINI, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, *op. cit.,* p. 21 ss.

[7] «If concentrated power of this combination are entrusted in single man, it is a kingly prerogative inconsistent with our form of government and should be subject to the strong resistance of the state and national authorities. If anything is wrong this is wrong. If we will not endure a king as a political power, we should not endure a king over the production, transportation, and sale of any of the necessities of life». Un'eco giudiziaria di questa tradizione si trova nelle parole del giudice Howard W. Taft, nella sentenza *US v. Addyston Pipe & Steel co*, (175 U.S. 211 (1899), il quale ebbe ad osservare che nella tradizione della common law la contrarietà alle restrizioni del commercio si basava su due ordini di ragioni. Anzitutto «by such contracts a man disabled himself from earning a livelihood with the risk of becoming a public charge, and deprived the community of the benefit of his labor». In secondo luogo, tali restrizioni tendono a conferire al suo beneficiario «a monopoly of trade from which he had thus excluded one competitor, and by the same means, might exclude others».

[8] Louis Brandeis (1856 –1941) membro della Corte Suprema degli Stati Uniti dal 1916 al 1939.

[9] L. BRANDEIS, *Shall we abandon the policy of competition?*, reprintend in *The Course of Bigness (1934)* e ulteriormente ripubblicato in D. CRANE, H. HOVENKAMP (eds), *The making of competition policy – Legal and economic sources,* Oxford, 2013, p. 185, da cui la citazione è tratta (traduzione a cura dell'A.)

[10] L. BRANDEIS, *op. cit.*, pt. 186.

sia regolazione, gli eccessi porteranno alla distruzione della concorrenza stessa e alla sua sostituzione con un monopolio[11].

Anche in Europa le norme antimonopolistiche furono originariamente concepite con una valenza costituzionale. A partire dagli anni Trenta un gruppo di studiosi, inizialmente attivo presso l'Università di Friburgo e oggi noto come Scuola ordo-liberale[12], non solo osservò che il corretto funzionamento delle istituzioni della democrazia poteva essere messo a rischio dall'emergere di potenti aggregazioni economiche private, ma rilevò altresì che un potere economico di tipo monopolistico rischia di innescare una dinamica in base alla quale l'impresa che lo detiene condiziona a suo favore la rappresentanza politica e questa, a sua volta, adotta decisioni che proteggono e rafforzano il potere medesimo[13]. D'altro canto, i primi ordo-liberali poterono assistere di persona al modo in cui parti importanti dell'industria tedesca prestarono un sostengo finanziario al sorgente regime nazista, il quale, dopo aver cancellato le istituzioni democratiche, ricambiò le imprese che avevano appoggiato la sua ascesa con politiche economiche e sociali ad esse gradite. La connessione tra le esigenze della democrazia e il funzionamento concorrenziale del mercato condusse gli ordo-liberali a collocare al centro della loro analisi la libertà economica degli individui, libertà che si esplica, più specificamente, con il potere di scelta. Così come la libertà dei cittadini di scegliere nell'ambito dell'offerta politica è alla base della democrazia, la libertà dei consumatori di decidere quali beni o servizi acquistare rappresenta l'elemento primordiale del mercato[14].

---

[11] L. BRANDEIS, *op. cit.,* p. 188. Nei tempi del gigantismo tecnologico non è strano che il pensiero di Brandeis sia riemerso potente in nuovi studi. Si v. in senso esplicito T. WU *The course of bigness – Antirust in the new gilded age*, N.Y., 2018, p. 154; nonché più tecnicamente, L. M. KAHN, *Amazon's antitrust paradox* ,126, in *The Yale L. Journ*., 2017, p. 564 ss.

[12] Per un inquadramento del pensiero della scuola ordoliberale si vedano, in part.: DAVID J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German neo-liberalism, competition law and the "new" Europe*, in *42 Am. J. Comp. L. 25*, 1994; D. J. GERBER, *Law and competition in twentieth century europe: protecting prometheus*, Oxford, 1998, p. 472.; F. MAYER-RIGAUD, *On normative foundation of completion law – efficiency, political freedom and the freedom to compete*, in D. ZIMMER (ed.), *The goals of competition law*, 2012, p. 132 ss.; P. BEHERENS, *The 'consumer choice' paradigm in German ordoliberalism and its impact upon EU competition law*, Discussion paper n. 1/14, March 2014; E. DEUTSCHER, S. MAKRIS, *Exploring the ordoliberal paradigm: the competition democracy nexus*, in *11 Comp. Law Rev*., 2016, p. 181 ss.

[13] F. BÖHM, *Democracy and economic power in cartel and monopoly in modern law*, 1961, ripubblicato in D. CRANE, H. HOVENKAMP (eds), *The making of competition policy*, *cit*., p. 264 ss. Sulla questione, in termini generali, v. inoltre, M. WOLF, *Why rigged capitalism is damaging liberal democracy*, in *Financial Times*, 18 settembre 2019.

[14] Nonostante il descritto *milieu* intellettuale, nei documenti preparatori ai trattati europei relativi alle norme di concorrenza – gli articoli 85 e 86 del tratto CEE (oggi articoli 101 e 102 TFUE) - non emergono segni di preoccupazioni di ordine costituzionale. Ciò tuttavia non deve sorprendere. Per un verso, i documenti prodromici alla stipulazione dei trattati internazionali non si prestano ad accogliere riflessioni di carattere politico-culturale, per l'altro, l'orizzonte prospettico delle comunità europee originali era unicamente l'istituzione del mercato comune. Nel Rapporto Spaak, del 1956, le delegazioni degli Stati membri osservavano che la dimensione raggiunta dalle imprese o il ricorso ad accordi tra imprese e, di conseguenza, le pratiche monopolistiche, comportava la possibilità di discriminazione e le possibilità di ripartizione del mercato. Le regole di concorrenza risultavano pertanto necessarie 'per evitare che i prezzi doppi praticati dalle imprese abbiano lo stesso effetto dei dazi doganali, che il dumping metta in pericolo produzioni economicamente sane, che la ripartizione dei mercati sostituisca la loro compartimentazione'. Peraltro, il testo delle norme elaborate in Europa risulta, sotto il profilo considerato, sorprendentemente equilibrato. La norma sulle intese anticoncorrenziali consente di tenere in considerazione le esigenze sia dell'efficienza economica delle imprese sia degli utilizzatori (art. 85, par. 3, prima condizione e seconda condizione) e non manca di preoccuparsi di salvaguardare la struttura concorrenziale del mercato, in linea con quanto postulato dagli ordo-liberali. Infatti, sempre il par. 3 dell'art. 85 (lett. b) prevede che, a prescindere delle efficienze economiche e dalla redistribuzione degli utili a favore degli utilizzatori, un'intesa anticoncorrenziale non può mai essere considerata lecita se elimina la concorrenza nel mercato di cui trattasi. A

Tuttavia, nonostante queste origini "alte e nobili", il diritto antitrust si è, col tempo, trasformato – o almeno così è generalmente percepito – in una disciplina settoriale ed economicistica, che si occupa sostanzialmente delle pratiche commerciali pregiudizievoli per i consumatori.

La ragione di questa trasformazione va ricercata nelle lacune dei presupposti di partenza. È vero che il potere economico delle imprese è spesso in grado di influire sul processo di formazione della decisione politica ma, per un verso, l'idea di impedire *ab origine* il formarsi di quel potere si è rivelata concretamente impraticabile e concettualmente troppo dirigistica, e per l'altro, è provato empiricamente che l'aumento di dimensione delle imprese può condurre ad una riduzione dei costi di produzione, in termini di economie di scala, di scopo, di spinta all'innovazione, di organizzazione del lavoro o di costi di transazione. Ciò comporta che il potere economico che si addensa nelle mani dei monopoli o più in generale delle imprese che acquisiscono posizioni dominanti nel mercato, sebbene potenzialmente rischioso per la democrazia, può grandemente incrementare la ricchezza complessiva della società.

A partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, sotto l'influenza intellettuale della c.d. Scuola di Chicago[15], l'esigenza di tutelare le efficienze delle aggregazioni economiche ha progressivamente oscurato l'originale preoccupazione costituzionale. Secondo questo approccio economicista lo scopo, sostanzialmente esclusivo, di tale diritto consisterebbe nell'assicurare la massimizzazione dell'efficienza economica, ossia la costante ricerca dell'incremento di ricchezza della società. Le uniche circostanze in cui l'antitrust dovrebbe opporsi alle pratiche commerciali che limitano la concorrenza tra le imprese e conferiscono a queste ultime un potere di mercato di natura monopolistica sarebbero quelle in cui il costo del monopolio in termini di disallocazione delle risorse risulta superiore al beneficio economico che se ne ricava.

Peraltro nell'ultimo decennio la tradizionale anima costituzionale del diritto antitrust è apparsa "in rimonta", segnatamente in considerazione delle conseguenze della rivoluzione digitale. Secondo gli studiosi che si riconoscono nel c.d. movimento New Brandesian[16] le preoccupazioni per l'integrità del processo democratico a fronte dell'influenza delle grandi piattaforme digitali devono intendersi oggi in maniera altrettanto, se non più, acuta rispetto a quelle che condussero all'adozione dello Sherman Act, oltre un secolo fa. La presenza dei CEO di Apple, Amazon, Google, Meta e Tesla alla cerimonia di insediamento del presidente Trump nel gennaio del 2025 ha illustrato plasticamente l'attualità di queste preoccupazioni.

---

sua volta l'art. 86, realisticamente, non vieta la posizione dominante sul mercato, ma solo l'abuso dello stesso. Tra le condotte proscritte, in particolare, appaiono quelle che conducono all'esclusione dei concorrenti e comportano quindi un pregiudizio di una struttura concorrenziale del mercato già deteriorata dalla presenza dell'impresa dominante.

[15] Tra i membri più noti e influenti della Scuola di Chicago figurano: R. POSNER, *Antitrust Law, An economic Perspective*, Chicago and London, 1976, p. 262, e R. BORK, *The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself*, New York, 1978, pp. 462. Più in generale, nell'ambito di una letteratura letteralmente sterminata sulla scuola di Chicago v., in particolare, R. POSNER, *The Chicago School of antitrust analysis*, in *127, Un. Pa Law. Rev*. 1979, p. 925 ss., H. HOVENKAMP, *Antitrust policy after Chicago*, in *84 Mich. L. Rev*. 1985, p. 213 ss.; si v. anche i saggi raccolti in *How the Chicago School overshot the mark*, R. PITOFOSKY (ed), Oxford, 2008, p. 291, nonchè, più di recente, H. HOVENKAMP, F. SCOTT MORTON, *Framing the Chicago School of antitrust analysis*, in *168 Un. Pa Law Rev.*, 2020, p. 1843 ss.

[16] V. in particolare T. WU, *op. cit.,* p. 154; L.M. KAHN, *Amazon's antitrust paradox*, in *126 The Yale L. Journ*., 2017, p. 564 ss.

3. Antitrust e libertà di accesso al mercato.

L'applicazione del diritto antitrust in funzione di tutela del liberismo economico non è certo nuova: quest'ultimo comporta il pieno esercizio della libertà di impresa che costituisce uno dei presupposti concettuali del diritto antitrust. Tuttavia il rapporto tra libertà di concorrenza e libertà di impresa può risultare distonico. La libertà di impresa presuppone l'esercizio dei diritti di proprietà, ma tale esercizio, in particolare laddove l'impresa *de qua* domini il proprio mercato, può condurre ad una restrizione della libertà di impresa dei concorrenti. Questa antinomia si manifesta in maniera più evidente e concreta nel caso di un'impresa monopolistica, o quasi monopolistica, che nega ai concorrenti il bene o il servizio necessari per la loro attività, precludendo a questi ultimi l'accesso al mercato, o rendendolo più oneroso.

Nell'ordinamento dell'Unione, il cursore tra libertà dell'impresa dominante e libertà di accesso al mercato dei concorrenti era tradizionalmente spostato a favore della prima. Il *leading case* è la sentenza della Corte di giustizia nel caso Oscar Bronner[17], che aveva ad oggetto la legittimità, ai sensi dell'attuale art. 102 TFUE, del rifiuto di un editore di giornali in posizione dominante di concedere l'accesso al suo sistema di recapito a domicilio dei quotidiani ad un concorrente; quest'ultimo, in considerazione della bassa tiratura del suo quotidiano, non era in grado di creare e gestire in modo economicamente conveniente un sistema alternativo di recapito a domicilio.

Tra la tutela del pieno esercizio del diritto di proprietà dell'impresa dominante e la libertà di accesso al mercato dei concorrenti, la Corte scelse di porre l'accento sulla prima, negando che il rifiuto costituisse un abuso, salvo circostanze molto particolari. Essa osservò infatti che per considerare abusivo il rifiuto dell'impresa dominante occorreva che fossero soddisfatte tre condizioni piuttosto rigorose, ossia che tale rifiuto: *i*) avesse come conseguenza la completa eliminazione dell'attività del concorrente nel mercato dei quotidiani, *ii*) non fosse obiettivamente giustificabile e *iii*) l'accesso al sistema di recapito fosse di per sé indispensabile all'attività del concorrente, nel senso che non esistesse alcun modo di distribuzione realmente sostituivo del sistema di recapito *de quo*[18].

La *ratio* del rigore di queste condizioni– note come "condizioni Bronner", o più genericamente come "*essential facilities doctrine*" – era espressa nelle conclusioni presentate dall'A.G. Jacobs. Quest'ultimo rilevava anzitutto che il diritto di scegliere i propri partner commerciali e quello di disporre liberamente dei propri beni sono principi generalmente riconosciuti dagli ordinamenti degli Stati membri, in alcuni casi a livello costituzionale e che pertanto toccare tali diritti richiedeva un'accurata giustificazione[19]. In secondo luogo, notava che l'accesso forzoso ai beni dell'impresa dominante, nel breve periodo, può preservare la posizione dei concorrenti nel mercato collegato, ma nel lungo periodo rischia di avere effetti svantaggiosi per la concorrenza e per i consumatori in termini di riduzione degli incentivi delle imprese ad investire ed innovare. Per l'impresa dominante, la consapevolezza di poter essere obbligata a effettuare forniture contro la sua volontà potrebbe spingerla ad investire in maniera sub-ottimale nella produzione del prodotto o del servizio in questione; per i concorrenti, la

[17] Sentenza del 26 novembre 1998, C-7/97, *Oscar Bronner*, Racc. p. I- 7791.
[18] Sentenza *Bronner*, *cit*., pt. 41
[19] A.G. F. JACOBS, Conclusioni presentate il 28 maggio 1998, in relazione alla causa *Bronner*, C-7/97, pt. 56.

prospettiva di poter accedere, attraverso la coazione antitrust, alle forniture dell'impresa dominante potrebbe indurli a sfruttare opportunisticamente gli investimenti effettuati da quest'ultima anziché effettuarne loro stessi[20].

Recentemente, però, la Corte ha spostato il cursore della tutela decisamente a favore della libertà di accesso al mercato dei concorrenti e quindi del mantenimento di una struttura di mercato aperta e quanto più possibile contendibile. Sostanzialmente essa, a più riprese e in relazione a fattispecie diverse, ha tolto rilevanza alla *essencial faclity doctrine*, precisando che le "*condizioni Bronner*" hanno un ambito di applicazione specifico e molto ridotto[21]. Gli sviluppi giurisprudenziali più significativi sono due.

Nelle sentenze gemelle *Deutsche Telekom AG/Commissione* e *Slovak Telekom/Commissione*[22] si discuteva della legittimità, non di un rifiuto di accesso ad un'infrastruttura opposto a un concorrente, bensì di un accesso effettivamente già accordato, ma a condizioni inique. Sebbene il rifiuto di accesso e l'accesso a condizioni inique siano concettualmente assimilabili dal punto di vista antitrust, poiché entrambe le pratiche sono suscettibili di condurre ad effetti di esclusione dal mercato, la Corte ha affermato che, nel secondo caso, le "condizioni Bronner" non si applicano. Al riguardo ha osservato che l'accesso a condizioni inique non può essere equiparato a un rifiuto puro e semplice, posto che in tal caso l'autorità competente non deve obbligare l'impresa dominante a consentire l'accesso alla propria infrastruttura, poiché quest'ultimo è stato già accordato. Le misure che possono venire adottate in un contesto del genere sono, pertanto, «meno lesive della libertà di contrattare dell'impresa dominante e del suo diritto di proprietà rispetto a imporle di consentire l'accesso alla sua infrastruttura ove essa la riservasse per le esigenze della propria attività»[23]. La Corte ha adottato la stessa soluzione nella sentenza *Google Shopping* resa il 10 settembre 2024[24], in un caso di accesso accordato a condizioni discriminatorie, consistente nella pratica di Google di mostrare nelle sue pagine di risultati generali delle ricerche su internet il suo comparatore di prodotti in modo prominente rispetto ai comparatori di prodotti concorrenti.

Il secondo sviluppo giurisprudenziale è rappresentato dalla sentenza *Alphabet/Google – Enel X*, resa il 25 febbraio 2025[25]. Qui la Corte è andata oltre quanto sopra, escludendo l'applicabilità delle "condizioni Bronner", in caso di vero e proprio rifiuto di accesso al mercato. Tale era il diniego opposto da Google ad una impresa terza – Enel X Italia – di consentire l'interoperabilità di una applicazione sviluppata da quest'ultima con una infrastruttura digitale allestita da Google medesima – c.d. Android Auto – volta a permettere l'accesso alle apparecchiature *infotainement* delle vetture. Le "condizioni Bronner", ha affermato la Corte, si applicano laddove l'impresa dominante abbia sviluppato l'infrastruttura solo per le proprie

[20] V. in tal senso le Conclusioni dell'A.G. Jacobs, *cit*., pt. 57 e in senso conforme gli Orientamenti sugli abusi di esclusione, *cit*., pt. 75.

[21] Sulla recente evoluzione giurisprudenziale si v. in particolare M. MESSINA, *Is indispensability always indispensable? Il test Bronner alla prova Android Auto: il rifiuto di contrattare ai tempi delle piattaforme digitali*, in *Unione europea e diritti,* Fasc. 3/2025, p. 1 ss.

[22] Corte giust., sentenza del 25 marzo 2021, C-165/19 P*, Slovak Telekom / Commissione*, ECLI:EU:C:2021:239 e sentenza del 25 marzo 2021, C-152/19 P*, Deutsche Telekom / Commissione*, ECLI:EU:C:2021:238.

[23] Deutsche Telekom, *cit*., pt. 51.

[24] Corte giust., sentenza del 10 settembre 2024, C-48/22 P, *Google (Shopping),* ECLI:EU:C:2024:726

[25] Corte giust. (Grande Sezione), sentenza del 25 febbraio 2025, C-233/23, *Alphabet Google – Enel X*, ECLI:EU:C:2025:110.

esigenze. Diversa è l'ipotesi in cui l'infrastruttura è stata allestita nella prospettiva di consentire un utilizzo anche da parte di imprese terze[26]. In tali circostanze, ha detto la Corte, l'accesso di parti terze non altera fondamentalmente il modello economico che ha presieduto allo sviluppo dell'infrastruttura in questione e il suo rifiuto non è giustificato né dalla tutela della libertà di contrattare e del diritto di proprietà dell'impresa dominante, né dalla necessità di continuare a incentivare quest'ultima a investire nello sviluppo di prodotti o servizi[27]. Non solo. La Corte non ha identificato solo un mero "obbligo di contrarre" in capo all'impresa dominante, bensì ha imposto a quest'ultima il dovere di predisporre o sviluppare imprenditorialmente gli elementi idonei a garantire un accesso effettivo, e quindi non discriminatorio, dei concorrenti, salvo unicamente il caso che lo sviluppo di tali elementi comprometta l'integrità della struttura imprenditoriale di cui trattasi. Al riguardo essa ha precisato che l'inesistenza del modello per la categoria delle applicazioni sviluppate dall'impresa terza o le difficoltà connesse al suo sviluppo non possono costituire, di per sé, una giustificazione oggettiva del diniego di accesso, sebbene l'impresa dominante possa invocare la necessità di dedicare un periodo di tempo ragionevole a tale sviluppo, nonché esigere un corrispettivo economico adeguato per lo stesso[28]. Solo qualora la concessione dell'accesso comprometta l'integrità della infrastruttura o la sicurezza del suo utilizzo o sia impossibile per altre ragioni tecniche, il rifiuto di interoperabilità opposto dall'impresa dominante potrebbe essere oggettivamente giustificato.

Ma v'è di più. Nella sentenza *European Superleague*[29] la Corte ha assunto la stessa linea di politica giudiziaria favorevole all'accesso dei concorrenti anche in circostanze in cui non viene in rilievo la dottrina delle *essential facilities*. Nella vicenda, la Corte era richiesta, tra l'altro, di chiarie se le associazioni private di diritto svizzero FIFA e UEFA, responsabili dell'organizzazione del gioco del calcio, rispettivamente, a livello mondiale ed europeo, abusassero della loro posizione dominante adottando e applicando norme che subordinavano alla loro previa autorizzazione l'organizzazione, da parte di un'impresa terza, di una nuova competizione calcistica tra club. La Corte ha risposto alla questione facendo riferimento alla sua giurisprudenza relativa ai casi in cui lo Stato conferisce ad una impresa diritti speciali o esclusivi idonei a determinare quali altre imprese possano, ed eventualmente a quali condizioni, esercitare l'attività economica svolta dall'impresa in questione. Tale potere pone l'impresa beneficiaria del diritto speciale o esclusivo in una situazione di conflitto di interessi e le attribuisce un vantaggio sui concorrenti, consentendole di impedire loro l'accesso al mercato interessato o di favorire la propria attività. Nella sua giurisprudenza, pertanto, Corte ha affermato che affinché il conferimento del diritto speciale o esclusivo sia legittimo[30] occorre che esso sia accompagnato da limiti che escludano l'abuso dello stesso. Più nello specifico occorre che il potere autorizzativo sia disciplinato da criteri materiali trasparenti, chiari e precisi, che consentano di evitarne un esercizio arbitrario e non discriminatorio, suscettibile di impedire ai potenziali concorrenti di accedere in maniera efficace al mercato[31]. Nella sentenza

[26] Corte giust., sentenza *Alphabet Google – Enel X, cit*. pt. 44.
[27] Corte giust., sentenza *Alphabet Google – Enel X*, *cit*. ptt. 45 e 46.
[28] Corte giust., sentenza *Alphabet Google – Enel X*, *cit*. ptt. 73-78.
[29] Corte giust. (Grande Sezione), sentenza del 21 dicembre 2023, C-333/21, *European Superleague*, ECLI:EU:C:2023:1011.
[30] Ai sensi dell'art. 106, letto in combinato disposto con l'art. 102.
[31] Sentenza *European Superleague*, *cit*. ptt. 132-136 e giurisprudenza ivi citata.

Superlega la Corte ha traslato questa soluzione dal caso del monopolio *de iure*, a quello del monopolio *de facto*, quale quello di cui beneficiano la FIFA e l'UEFA. Identici criteri a quelli diretti ad escludere l'arbitrio e la discriminazione, ha detto la Corte, «si impongono ancor più quando è con il suo comportamento autonomo, e non in ragione dell'attribuzione di diritti esclusivi o speciali da parte di uno Stato membro, che un'impresa in posizione dominante si colloca essa stessa nella posizione di poter impedire a imprese potenzialmente concorrenti di accedere a un determinato mercato»[32].

Il parallelismo è piuttosto forzato. Nel caso di attribuzione pubblicistica di diritti speciali o esclusivi – in sostanza l'attribuzione di un monopolio o quasi monopolio legale – la regolamentazione di questi diritti è giustificata dal divieto posto dall'art. 106 del TFUE di emanare o mantenere nei confronti delle imprese beneficiarie di tali diritti misure contrarie alle norme dei trattati e in particolare a quelle poste a tutela della concorrenza. Non altrettanto può dirsi nell'ipotesi di monopolio *de facto*, come quello detenuto dall'UEFA e dalla FIFA. In questo caso l'art. 106 non è applicabile, bensì rileva solo l'art. 102. La Corte ha ciò nonostante scelto un'interpretazione di quest'ultima disposizione improntata all'approccio regolamentatorio dell'art. 106, imponendo ai monopolisti FIFA e UEFA l'adozione di norme statutarie dirette a facilitare l'accesso al mercato di nuovi concorrenti e l'esercizio della loro attività economica sulla base di condizioni non discriminatorie.

Come detto, si tratta di una evidente forzatura interpretativa, ma proprio tale elemento sottolinea la rinvigorita politica di libertà di accesso ai mercati perseguita dalla Corte.

4. Diritto antitrust e pluralismo e indipendenza dei media.

Il ruolo che il diritto antitrust può svolgere a favore della democrazia, presidiando il pluralismo dell'informazione, è recentemente stato evocato nella giurisprudenza dell'Unione. Nella sentenza *Google Search* del 2022, il Tribunale, riferendosi a pratiche che avevano avuto l'effetto di privare i concorrenti della possibilità di offrire agli utenti soluzioni alternative al servizio di ricerca generale Google Search, ha affermato che esse ledevano, tra l'altro, l'interesse dei consumatori a disporre di una molteplicità di fonti di informazione in Internet. Interessi di tale tipo, ha rilevato il Tribunale, sono, non solo conformi alla concorrenza basata sui meriti in quanto incoraggiano l'innovazione a beneficio dei consumatori, ma «anche necessari per garantire la pluralità in una società democratica»[33].

Tuttavia è nella disciplina delle concentrazioni che il nuovo approccio "costituzionale" del diritto antitrust è divenuto evidente. Il rapporto tra il fenomeno delle concentrazioni e il problema del pluralismo dei media è intuitivo. Una concentrazione tra imprese, che si definisce in buona sostanza attraverso la creazione di un controllo societario unitario, determina una riduzione della frammentazione del mercato rilevante. Laddove questo riguardi le fonti di informazione, la concentrazione implica, in via di principio, una parallela riduzione della diversificazione delle stesse, poiché l'unicità del controllo societario trascina con sé anche una riduzione o comunque omogeneizzazione delle fonti informative. Certo, si potrebbe ipotizzare che questo non sia un esito ineluttabile laddove il soggetto che controlla l'impresa concentrata mantiene o crea all'interno di quest'ultima un pluralismo di opinioni e voci diversificate. In

[32] Sentenza *European Superleague*, *cit*. pt. 137, v. anche pt. 138.
[33] Sentenza del 14 settembre 2022, T-604/18, ECLI:EU:T:2022:541, pt. 1028.

altri termini, e utilizzando il linguaggio della Corte costituzionale italiana, la riduzione del pluralismo "esterno", ossia nel mercato, potrebbe essere compensata da un pluralismo "interno", ossia nell'impresa[34]. Sebbene l'ipotesi non possa essere del tutto scartata, occorre essere molto prudenti, poiché il pluralismo interno all'impresa soggetta ad un controllo unitario, laddove non sia imposto in via normativa, è una soluzione contro-intuitiva e piuttosto irrealistica.

Il regolamento generale sul controllo delle concentrazioni tra imprese[35] assume un atteggiamento per così dire agnostico nel caso la concentrazione possa avere un impatto sul pluralismo dei media. Per un verso, non prevede alcuna disciplina specifica, né per quanto riguarda le soglie di fatturato che determinano la dimensione europea della concentrazione, né per quanto riguarda il parametro di valutazione della legittimità della concentrazione stessa, il quale, pertanto, rimane quello generale «dell'ostacolo significativo alla concorrenza effettiva nel mercato comune»[36]. Per altro verso, l'art. 21, par. 4, del regolamento, stabilendo la competenza esclusiva della Commissione per adottare le decisioni di autorizzazione o di divieto delle concentrazioni, lascia liberi gli Stati membri di adottare «opportuni provvedimenti per tutelare interessi legittimi diversi da quelli presi in considerazione dal regolamento e compatibili con i principi generali e le altre disposizioni del diritto comunitario». Tra questi interessi legittimi viene esplicitamente menzionata la necessità di preservare la "pluralità dei mezzi di informazione". È noto che gli Stati membri hanno utilizzato questa riserva di spazio normativo per valutare le concentrazioni nel settore dei media in maniera assai diversificata: alcuni utilizzando soglie di attivazione più basse rispetto a quelle europee, altri impiegano parametri di valutazione non unicamente concorrenziali, altri ancora utilizzano entrambe tali soluzioni ed altri infine misurano soltanto gli effetti dell'operazione sulla concorrenza. Ne è sortito un panorama di regimi nazionali di valutazione delle concentrazioni nei mercati dei media coesistente e parallelo con la disciplina generale posta dal regolamento europeo, ma assai frastagliato e confuso[37].

Questa disomogeneità di soluzioni, che può avere un impatto negativo sull'unità del mercato interno, rappresenta una delle principali ragioni che ha indotto i legislatori europei ad intervenire dettando una disciplina generale sulla libertà dei media (di seguito anche EMFA: European Media Freedom Act)[38] divenuta di concreta applicazione l'8 agosto 2025.

Per quanto attiene le concentrazioni, l'EMFA modifica rilevantemente il quadro normativo fissato dal regolamento generale, prevedendo una disciplina delle concentrazioni nel settore dei media diretta tutelare specificamente il pluralismo e l'indipendenza di questi ultimi.

---

[34] V. da ultimo, sentenza del 15 aprile 2025, n. 44/2025, ECLI:IT:COST:2025:44 e ivi ampi riferimenti giurisprudenziali.

[35] Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, *relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese,* "Regolamento comunitario sulle concentrazioni", GUUE L 24 del 29 gennaio 2004, pp. 1-22.

[36] Regolamento comunitario sulle concentrazioni, *cit*. art. 2. parr. 2-3.

[37] V. al riguardo S. FRANK, *Mergers & Media: An overview of EU and national case law*, in *Concurrences, Mergers & Media, e-Competitions*, Special Issue, 2023, p. 1 ss.

[38] Per le prime valutazioni v. MARK D. COLE, CHRISTINA ETTELDORF, *The European Media Freedom Act Unpacked, European Audiovisual Observatory*, Strasbourg, 2024, ISSN 2079-1062; L. MALFERRARI, *New and reinforced rights for media service providers under Article 4 European Media Freedom Act*, in *Rivista Italiana di diritto dell'informatica,* giugno 2025; M. COLE, C. ETTELDORF, *The European Media Freedom Act unpacked*, European Audiovisual Observatory, 2024; O. GRANDINETTI, *Quale nozione di pluralismo nell'EMFA?*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2024, n. 2.

L'art. 22, par. 1, dell'EMFA introduce un obbligo per gli Stati membri di adottare un regime speciale (sia sostanziale che procedurale) che consenta una valutazione delle concentrazioni suscettibili di avere un impatto significativo sul pluralismo dei media e sull'indipendenza editoriale. In base alla medesima disposizione, tale valutazione deve essere "distinta" da quelle a norma del diritto della concorrenza dell'Unione e nazionale, comprese quelle previste dal regolamento generale. Pertanto, una concentrazione nel mercato dei media è soggetta alla valutazione del suo impatto sul pluralismo anche se non supera le soglie del regolamento generale e, se le supera, è soggetta sia alla valutazione dell'impatto sul pluralismo, sia all'accertamento degli ostacoli che potrebbe porre ad una concorrenza effettiva.

Gli elementi portanti dello specifico regime per la valutazione delle concentrazioni suscettibili di produrre un impatto significativo sul pluralismo e l'indipendenza dei media non sono lasciati alla discrezionalità degli Stati membri, bensì ampiamente delineati nell'EMFA stesso. Su due di questi elementi occorre soffermarsi poiché altamente qualificanti dello specifico regime di valutazione posto dall'EMFA. Il primo è rappresentato dalla definizione di uno "*media plurality test*" di carattere europeo. Il secondo consiste in una specifica definizione di concentrazione che tiene conto degli sviluppi dell'economia digitale nel mercato dei media.

Quanto al primo elemento, l'art. 22, par. 2 dell'EMFA, prevede che la valutazione delle concentrazioni suscettibili di avere un impatto nel mercato dei media vada effettuata in base ad un test articolato su cinque parametri, riguardanti: *a*) l'impatto della concentrazione sul pluralismo, *b*) le garanzie offerte per l'indipendenza editoriale; *c*) la sostenibilità economica delle imprese nel mercato, ed eventualmente, *d*) la relazione annuale della Commissione sullo Stato di diritto in merito al pluralismo ed *e*) gli impegni che le parti coinvolte nella concentrazione possono offrire per salvaguardare il pluralismo dei media[39].

Nell'ottica della tutela del pluralismo il parametro più qualificante di questo *test* è senz'altro il primo (previsto al par. 2, lett.a)) poiché esplicitamente prevede una valutazione dell'impatto previsto della concentrazione «sul pluralismo dei media, compresi i suoi effetti sulla formazione dell'opinione pubblica e sulla diversità dei servizi e dell'offerta dei media sul mercato, tenendo conto dell'ambiente online e degli interessi, dei legami o delle attività delle parti in altre imprese del settore dei media o di altri settori». Sebbene lo stesso EMFA preveda che gli elementi del "*media plurality test*" vadano meglio specificati in orientamenti elaborati dalla Commissione[40], il senso di questo parametro sia già abbastanza chiaro. Poiché il pluralismo dei media contribuisce a formare l'opinione pubblica, la valutazione di una concentrazione che interessi il mercato dei media richiede di assicurarsi, non solo che quest'ultimo rimanga segmentato in diversi fornitori di servizi, ma anche che tali fornitori

[39] Più precisamente si tratta dei seguenti: *a*) l'impatto previsto della concentrazione del mercato dei media sul pluralismo dei media, compresi i suoi effetti sulla formazione dell'opinione pubblica e sulla diversità dei servizi e dell'offerta dei media sul mercato, tenendo conto dell'ambiente online e degli interessi, dei legami o delle attività delle parti in altre imprese del settore dei media o di altri settori; *b*) le garanzie per l'indipendenza editoriale, comprese le misure adottate dai fornitori di servizi di media al fine di garantire l'indipendenza delle decisioni editoriali; *c*) la probabilità che, in assenza della concentrazione del mercato dei media, le parti coinvolte nella concentrazione del mercato dei media rimangano economicamente sostenibili e l'esistenza di possibili alternative per garantirne la sostenibilità economica; *d*) se del caso, le conclusioni della relazione annuale della Commissione sullo Stato di diritto in merito al pluralismo e alla libertà dei media; e *e*) se del caso, gli impegni che le parti coinvolte nella concentrazione del mercato dei media possono offrire per salvaguardare il pluralismo dei media e l'indipendenza editoriale.

[40] EMFA, art. 22, par. 3.

esprimano idee ed analisi divergenti. In sostanza, in applicazione di questo parametro, non viene in rilevo soltanto numero dei concorrenti che rimarrebbero sul mercato a seguito della concentrazione, ma anche quello che tali concorrenti offrono in termini di pluralità di voci, opinioni ed analisi. Questo pluralismo informativo, che rappresenta il bene giuridico principalmente protetto dal "*media plurality test*", è speciale ma non esogeno al tradizionale campo di applicazione del diritto antitrust, che rimane la tutela dell'interesse del consumatore. Esso piuttosto coglie un riflesso diverso e più sofisticato di tale interesse, consistente nell'utilità di essere esposti a informazioni diversificate ed anche contrastanti, sul presupposto che ciò consenta di operare scelte più meditate e consapevoli.

Il secondo elemento portante della valutazione delle concentrazioni nel settore dei media prevista dall'EMFA consiste, come sopra accennato, in una specifica definizione di concentrazione che tiene conto degli sviluppi dell'economia digitale nel mercato dei media. Infatti ai sensi dell'art. 2, n. 15 dell'EMFA per concentrazione nel mercato dei media si intende una concentrazione come definita all'articolo 3 del regolamento generale «che interessa almeno un fornitore di servizi di media o un fornitore di una piattaforma online che fornisce accesso a contenuti mediatici».

Questa disposizione sottopone dunque alla disciplina specifica di valutazione sull'impatto sul pluralismo non solo le concentrazioni che coinvolgono i fornitori di servizi di media, come ad esempio gli editori di pubblicazioni di carattere giornalistico, ma anche le concentrazioni che riguardano i fornitori di piattaforme *online*, ossia soggetti che, in via di principio, non offrono contenuti mediatici, ma solo l'accesso a contenuti offerti da altri. La ragione di questa inclusione nella definizione di concentrazione suscettibile di avere un impatto sul pluralismo emerge dal considerando n. 11 dell'EMFA. In esso si osserva che nel mercato digitale dei media, i fornitori di piattaforme per la condivisione di video o i fornitori di piattaforme *online* di dimensioni molto grandi potrebbero rientrare nella definizione di fornitori di servizi di media. Ciò accade quando i fornitori di piattaforme, non solo organizzano l'accesso ai contenuti mediatici (normalmente attraverso algoritmi) offerti da altri, ma esercitano anche un controllo editoriale su una o più sezioni dei loro servizi. In tal caso questi fornitori possono essere considerati anche come fornitori di servizi di media. Se ad esempio una piattaforma esercita un controllo editoriale sulle informazioni giornalistiche veicolate sulla stessa, essa può fondatamente considerarsi un fornitore di servizi di media, e non solo una semplice piattaforma di accesso. Per tale ragione una concentrazione che la riguarda può avere un impatto sul pluralismo dell'informazione e dunque opportunamente l'EMFA la sottopone al vaglio del "*media plurality test*"[41].

[41] Va altresì osservato che la disciplina delle concentrazioni nel settore dei media potrebbe astrattamente essere ulteriormente più specifica. Infatti, l'art. 22, par. 4 dell'EMFA lascia impregiudicato il diritto degli Stati membri, stabilito dall'art. 21.par. 4 del regolamento generale, di adottare opportuni provvedimenti per tutelare interessi legittimi diversi dalla concorrenza, tra i quali 'la pluralità dei mezzi di informazione'. Il coordinamento tra questi eventuali provvedimenti statali e la disciplina dell'EMFA, che in via di principio sono diretti al medesimo obiettivo, non è evidente. In base al considerando n. 66 dell'EMFA, pare di capire che esso si risolva in due conseguenze. Anzitutto, gli Stati, in sede di valutazione delle concentrazioni nei settori dei media, dovrebbero effettivamente adottare questi provvedimenti finalizzandoli all'obiettivo del pluralismo e, in secondo luogo, l'EMFA non intralcia l'adozione di provvedimenti nazionali più dettagliati applicabili alle concentrazioni nel settore dei media a livello regionale o locale.

5. Antitrust e diritto di *privacy*.

Antitrust e *privacy* sono una coppia eccentrica[42]. È ben vero che entrambe le discipline incidono sui rapporti tra individuo e imprese, ma perseguono obiettivi di principio divergenti: il diritto antitrust implicherebbe che i dati conferiti dagli utenti ad un'impresa siano resi disponibili anche ai concorrenti di questa perché ciò promuove la competizione e l'innovazione; viceversa, il diritto alla *privacy* presuppone limiti e condizioni alla condivisione dei dati poiché è in tal modo che si preserva la sfera della libertà personale[43]. Tuttavia, antitrust e *privacy* sono suscettibili di convergere laddove entrambi mirano ad assicurare la lealtà dei negozi commerciali intercorrenti tra l'utente/consumatore e l'impresa, il primo, vietando l'imposizione o l'uso di condizioni contrattuali non eque[44], il secondo, vincolando il trattamento dei dati personali alla prestazione di un consenso dell'interessato in condizioni di equilibrio con l'impresa che intende trattare i dati stessi.

La Corte è intervenuta sul rapporto tra le due discipline nella sentenza *Meta Platform*, resa il 4 luglio 2023[45]. Questa sentenza è nota soprattutto perché in essa i giudici hanno, per un verso, esplicitamente riconosciuto che l'accesso ai dati personali e la possibilità del loro trattamento, ai sensi del GDPR[46], sono diventati un parametro significativo della concorrenza fra imprese dell'economia digitale[47] e, per altro vero, delineato i rapporti di cooperazione che devono instaurarsi tra l'autorità nazionale antitrust e quella garante della *privacy* nel caso in cui la prima ritenga necessario pronunciarsi incidentalmente sulla conformità o meno alla disciplina sulla *privacy* di un trattamento di dati personali effettuato dall'impresa dominante[48].

Tuttavia nella medesima sentenza la Corte ha altresì esplorato le relazioni tra il diritto alla *privacy* e i profili sostanziali del diritto antitrust, toccando in particolare due questioni: i) in che

---

[42] V.P. MANZINI, *Antitrust e privacy: la strana coppia*, in *I post di Aisdue*, 15 settembre 2023, p. 196 ss.

[43] In materia la letteratura è ormai molto vasta. In via meramente indicativa, v. *Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor - Privacy and competitiveness in the Age of Big Data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital economy*, Brussels, March 2014, 2016; M.K. OHLHAUSEN, A. P. OKULIAR, *Competition, consumer protection and the right (approach) to privacy*, in *80 Antitrust L. J.,* 2015, p. 121 ss.; A. ERZACHI e M. E. STUCKE*, Virtual Competition, The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy, Harvard University Press*; G. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Big data, data protection and antitrust in the wake of the Budeskartellamt case against Facebook*, in *Riv. It. Antitrust*, 1 2017, p. 104 ss.; F. COSTA-CABRAL e O. LYNSKEY, *Family ties: the intersection between data protection and competition law,* in *54 CMLRev*., 2017, p. 11 ss.; J. T. LLANOS, *A close look on privacy protection as non-price parameter of competition*, in *15 European Comp. J*., p. 225 ss.; K. KEMP, *Concealed data practices and competition law: why privacy matters*, in *16 European Comp. J.* 2020, p. 628 ss.; H.S.E. ROBERTSON, *Excessive data collection: privacy considerations and abuse of dominance in the era of big data*, in *57 CMLRev*. 2020, p. 161 ss.; I. GRAEF, *Consumer sovereignty and competition law: from personalization to diversity*, in *CMLRev, 58*, 2021, p. 471 ss.; J. LAUX, S. WACHTER, B. MITTELSTADT, *Neutralizing online behavioral advertising: algorithmic targeting with market power as an unfair commercial practice*, in *58 CMLRev*. 2021, p. 719 ss.; G. OLIVIERI, *Sulle relazioni pericolose fra antitrust e privacy nei mercati digitali,* in *Orizzonti del diritto commerciale*, fasc. spec. 2021, p. 359. Si vedano inoltre le riflessioni contenute in: Executive Office of the President of the United States, *Big data and differential pricing, 2015*; Autorité del la concurrence – Bundeskartellamt, *Competition law and data*, 2016; OECD, *Quality considerations in zero-price economy – Note by the European Union*, DAF/COMP/WD(2018)135, 23 novembre 2018; OECD *Consumers data rights and competition – Background Note*, DAF/COMP(2020)1, 29 aprile 2020.

[44] V. art. 101, par. 1, lett. a) e art. 102, lett. a).

[45] Corte giust., 4 luglio 2023, causa C-252/21, *Meta Platform*, ECLI:EU:C:2023:537

[46] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, GUUE L, GU L 119 del 4.5.2016, pag. 1. (più noto come GDPR: *General Data Protection Regulation*).

[47] Sentenza *Meta Platform*, *cit*. pt. 51.

[48] Sentenza *Meta Platform*, *cit*. ptt. 52-59.

misura la violazione della *privacy* rappresenta una violazione del diritto antitrust e ii) in che misura il consenso a trattamento dei dati personali prestato ad una impresa in posizione dominante può considerarsi "libero" ai sensi del GDPR.

Con riguardo alla prima questione, la Corte, a fronte di una condotta di Meta Platform consistente in una combinazione di dati personali senza il consenso dell'interessato, ha affermato che la conformità o non conformità della condotta di un'impresa in posizione dominante alle disposizioni del RGPD può costituire «un importante indizio fra le circostanze rilevanti del caso di specie»[49] per stabilire se il comportamento scrutinato costituisca o meno un ricorso a mezzi diversi dalla normale concorrenza, nonché per valutare le conseguenze di una determinata pratica sul mercato o per i consumatori.

Ci pare che questa relazione sia talmente "stretta" da poter risultare in certi casi "diretta". Infatti, dato che l'illecita combinazione dei dati personali rappresenterebbe principalmente un abuso di sfruttamento nei confronti degli utenti che vengono illegittimamente profilati, non è ben chiaro quali altri indizi siano necessari per provare l'effetto anticoncorrenziale. Nel contesto, dunque, l'illegittimo trattamento dei dati appare rappresentare già *di per sé* un abuso di posizione dominante. Al riguardo giova osservare che nell'ambito del c.d. *Digital Market Act*[50], che costituisce in sostanza una regolamentazione antitrust con amplificati effetti *ex ante*, l'art. 5 par. 2 prevede che la combinazione dei dati personali degli utenti rappresenta in sé una condotta illecita dei *gatekeeper*. In ogni caso, dopo la sentenza *Meta Platform*, non è dubbio che l'accertamento di una violazione della disciplina della *privacy* sia destinato a condizionare grandemente l'esito della valutazione antitrust.

La seconda questione relativa ai rapporti le due discipline sulla quale è, come accennato, opportuno soffermarsi riguarda il carattere "libero" del consenso ai sensi degli art. 4 del GPDR laddove prestato in favore di un'impresa in posizione dominante.

In termini di principio, la Corte non sembra avere dubbi, poiché nella sentenza *Meta Platform* afferma che la circostanza che l'operatore di un *social network online* occupi una posizione dominante sul suo mercato non osta, di per sé, a che gli utenti di tale *social network* possano validamente acconsentire al trattamento dei loro dati personali effettuato da tale operatore[51].

La Corte però aggiunge che il possesso della posizione dominante da parte dell'impresa con cui l'utente si relaziona crea le condizioni in base alle quali il diritto di *privacy* di quest'ultimo può venire più facilmente violato. L'esistenza di una posizione dominante, *in primis*, può incidere sulla libertà di scelta dell'utente laddove questi non sia in grado di rifiutare o di revocare il suo consenso senza subire pregiudizio, come indicato dal considerando 42 del GPDR[52]. Tale posizione, *in secundis*, è tale da creare uno squilibrio evidente, ai sensi del considerando 43 del GPDR, tra l'interessato e il titolare del trattamento, che favorisce, in particolare, l'imposizione di condizioni che non sono strettamente necessarie all'esecuzione del

[49] Sentenza *Meta Platform*, *cit*. pt. 47. Nella versione inglese della sentenza la relazione sembra ancora più stretta, posto che si parla di "vital clue" relativo alla condotta anticoncorrenziale.
[50] Reg. (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2022, *relativo ai mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali)*, GUUE L 265/1, del 12 ottobre 2022.
[51] Sentenza *Meta Platform*, *cit*., pt. 147.
[52] Sentenza *Meta Paltform*, *cit*., pt. 148.

contratto, il che deve essere preso in considerazione conformemente all'articolo 7, paragrafo 4, di tale regolamento[53]. La Corte conclude, nel caso specifico, che gli utenti di un *social network* in posizione dominante «devono disporre della libertà di rifiutare individualmente, nell'ambito della procedura contrattuale, di prestare il loro consenso a operazioni particolari di trattamento di dati non necessarie all'esecuzione del contratto, senza essere per questo tenuti a rinunciare integralmente alla fruizione del servizio offerto dall'operatore del social network online, il che implica che a detti utenti venga proposta, se del caso a fronte di un adeguato corrispettivo, un'alternativa equivalente non accompagnata da simili operazioni di trattamento di dati»[54].

In sostanza, dunque, dalla sentenza *Meta Platform* si ricavano i seguenti insegnamenti relativi al rapporto tra diritto antitrust e diritto alla *privacy*. Primo, la violazione della *privacy* costituisce un indizio molto significativo, quand'anche conclusivo, di violazione del diritto antitrust. Secondo, la disciplina della *privacy* configura nuove forme di abuso che possono essere perpetrate dall'impresa in posizione dominante. Segnatamente, sarebbe abusivo porre l'utente della piattaforma dominante di fronte alla scelta di accettare un trattamento dei suoi dati personali non necessario all'esecuzione del servizio richiesto oppure dover rinunciare al servizio medesimo. Viceversa, l'impresa dominate deve offrire a tale utente, eventualmente dietro corrispettivo, un'alternativa equivalente non implicante il trattamento di dati non necessario[55].

6. Conclusioni.

Ci sembra che l'analisi svolta conforti l'ipotesi di partenza, ossia che, alla luce di una prassi recente, il diritto antitrust europeo sia stato funzionalizzato alla tutela di taluni principi del costituzionalismo liberale. Segnatamente: *i*) la libertà di impresa, intesa come diritto di accesso al mercato, *ii*) il pluralismo e la libertà di informazione; *iii*) il diritto alla *privacy*.

Per quanto riguarda il principio della libertà di impresa, connaturato al liberismo politico delle democrazie occidentali, la giurisprudenza recente della Corte mostra una netta tendenza ad interpretarlo come libertà di accesso al mercato, comprimendo se necessario la tutela dei diritti di proprietà dell'impresa dominante. In particolare, la Corte, a più riprese e in relazione a fattispecie diverse, ha tolto rilevanza alla *essencial faclity doctrine*, precisando che le "*condizioni Bronner*" hanno un ambito di applicazione specifico e molto ridotto. Inoltre la Corte non ha identificato un generico "obbligo di contrarre" in capo all'impresa dominante, bensì ha imposto a quest'ultima il dovere di predisporre o sviluppare imprenditorialmente gli elementi idonei a garantire un accesso effettivo, e quindi non discriminatorio, dei concorrenti al mercato.

---

[53] Sentenza *Meta Platform*, *cit*., pt. 149.

[54] Sentenza *Meta Platform*, *cit*., pt. 150.

[55] Va segnalato, infine, che nel quadro dell'art. 5.2 del *Digital Market Act* che, come sopra accennato vieta la combinazione dei dati di carattere personale senza il consenso dell'interessato questa impostazione potrebbe risultare anche troppo timida, se verrà confermata la decisione della Commissione adottata il 23 aprile 2025 sempre nei confronti di Meta Platform. In essa la Commissione ha infatti giudicato incompatibile con la summenzionata disposizione la regola del "consenso o pagamento" adottata da Meta per l'accesso ai suoi servizi Facebook e Instagram. Questa regola non garantirebbe acconsentano liberamente nel rispetto del RGDP. Ciò sarebbe dovuto all'evidente squilibrio di potere tra Meta e gli utenti finali dei suoi servizi senza annunci pubblicitari e al danno che gli utenti finali rischiano di subire quando rifiutano di fornire il consenso (ad esempio dovendo pagare un abbonamento). Caso DMA 100055 - META _articolo 5.2. v. sintesi della decisione in GUUE C 2025/3466 del 27 giugno 2025.

Per quanto attiene la tutela della libertà e indipendenza dei media, l'EMFA ha introdotto una disciplina specifica delle concentrazioni nel settore dei media basato su un parametro particolare – il "*media plurality test*" – diretto ad accertare, non solo che il mercato rimanga segmentato in diversi fornitori di servizi, ma anche che tali fornitori esprimano idee ed analisi divergenti. Al riguardo, si potuto constatare che questo parametro è speciale ma non esogeno al tradizionale ambito di applicazione del diritto antitrust. Il pluralismo informativo, infatti, coglie comunque un riflesso dell'interesse del consumatore, consistente nell'utilità di essere esposti a informazioni diversificate ed anche contrastanti, sul presupposto che ciò consenta di operare scelte più meditate e consapevoli.

Infine, in relazione alla tutela della privacy, che a sua volta rappresenta un presupposto per l'esercizio dei diritti della democrazia, si è constato che, alla luce della giurisprudenza dei giudici europei, in talune circostanze può emergere una quasi completa sovrapposizione tra privacy e antitrust, nel senso che la violazione del GDPR costituisce un indizio molto significativo di una violazione del diritto antitrust. Inoltre, la disciplina del GDPR configura nuove forme di abuso che possono essere perpetrate dall'impresa in posizione dominante. Segnatamente, sarebbe abusivo porre l'utente della piattaforma dominante di fronte alla scelta di accettare un trattamento dei suoi dati personali non necessario all'esecuzione del servizio richiesto oppure dover rinunciare al servizio medesimo.

In chiusura va sottolineato che il nuovo approccio costituzionale al diritto antitrust non configura una deroga ai principi di concorrenza diretta ad individuare una disciplina *ad hoc* del bene giuridico considerato. Al contrario esso applica concretamente i suddetti principi, ma in maniera funzionalizzata alla tutela del bene in questione. In alti termini si tratta di antitrust, non di qualcosa d'altro.