

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

47

GIANDONATO CAGGIANO, GIANLUCA CONTALDI, PIETRO MANZINI
(a cura di)

Verso una legislazione
europea su mercati
e servizi digitali



G. CAGGIANO, G. CONTALDI, P. MANZINI Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali

ISBN 979-12-5965-087-0



9 791259 650870

ISSN 2784-8566



9 770278 485663

€ 26,00



CACUCCI EDITORE
BARI

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

— 47 —

**GIANDONATO CAGGIANO, GIANLUCA CONTALDI,
PIETRO MANZINI**
(a cura di)

**VERSO UNA LEGISLAZIONE EUROPEA
SU MERCATI E SERVIZI DIGITALI**



CACUCCI
EDITORE
2021

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

Direzione

Ennio Triggiani Ugo Villani
Giandonato Caggiano

Comitato scientifico

Mads Andenas, Sergio M. Carbone, Marta Cartabia, Gianluca Contaldi, Carlo Curti Gialdino, Biagio De Giovanni, Angela Del Vecchio, Angela Di Stasi, Paolo Fois, Marc Jaeger, Diego J. Liñán Nogueras, Roberto Mastroianni, Paolo Mengozzi, Claudia Morviducci, Bruno Nascimbene, Lina Panella, Ornella Porchia, Guido Raimondi, Lucia Serena Rossi, Mario Sarcinelli, Silvana Sciarra, Giuseppe Tesaro, Christian Tomuschat, Gian Luigi Tosato, Claudio Zanghì

Comitato dei referees: Pia Acconci, Roberto Adam, Chiara Amalfitano, Amedeo Arena, Roberto Baratta, Maria Eugenia Bartoloni, Maria Caterina Baruffi, Francesco Bestagno, Franco Botta, Ruggiero Cafari Panico, Susana Cafaro, Cristina Campiglio, Andrea Cannone, Giovanni Cellamare, Bernardo Cortese, Antonella Damato, Carmela Decaro, Patrizia De Pasquale, Marcello Di Filippo, Giuseppe Di Gaspere, Davide Diverio, Ugo Draetta, Fabio Ferraro, Pietro Gargiulo, Italo Garzia, Edoardo Greppi, Massimo Iovane, Simone Marinai, Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Gerardo Martino, Maria Rosaria Mauro, Francesco Moliterni, Luciano Monzali, Paola Mori, Francesco Munari, Lorenzo Federico Pace, Franca Papa, Nicoletta Parisi, Marco Pedrazzi, Piero Pennetta, Emanuela Pistoia, Francesco Rossi Dal Pozzo, Andrea Santini, Girolamo Strozzi, Marisa Tufano, Chiara Enrica Tuo, Michele Vellano, Gabriella Venturini, Gianfranco Viesti, Alessandra Zanobetti

I volumi pubblicati in questa Collana sono sottoposti a referaggio anonimo, con la sola eccezione di quelli caratterizzati dalla particolare autorevolezza scientifica o dalla specifica competenza dell'Autore nell'argomento trattato.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2021 Cacucci Editore - Bari

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacucci.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

INDICE

SEZIONE PRIMA QUESTIONI GIURIDICHE CONNESSE AD UNA REGOLAMENTAZIONE DEI SERVIZI DIGITALI

GIANDONATO CAGGIANO, La proposta di <i>Digital Service Act</i> per la regolazione dei servizi e delle piattaforme <i>online</i> nel diritto dell'Unione europea	3
GIUSEPPE MORGESE, Proposta di <i>Digital Services Act</i> e rimozione dei contenuti illegali <i>online</i>	31
GIANPAOLO MARIA RUOTOLO, La disciplina europea della responsabilità dei fornitori di servizi online tra regime pregresso, proposte di riforma e un rischio di <i>bis in idem</i>	59
ROBERTO CISOTTA, L'accesso alle piattaforme come servizio: spunti di riflessione	71
FLAVIA CALOPRISCO, <i>Data Governance Act</i> , condivisione e "altruismo" dei dati	81

SEZIONE SECONDA QUESTIONI GIURIDICHE CONNESSE AD UNA REGOLAMENTAZIONE DEI MERCATI DIGITALI

PIETRO MANZINI, Equità e contendibilità dei mercati digitali: il <i>Digital Markets Act</i>	99
CRISTOFORO OSTI, Il <i>Digital Markets Act</i> tra regolazione e concorrenza	123
VALERIA FALCE e NICOLA FARAONE, <i>Digital Markets Act</i> : profili istituzionali	143
CRISTINA SCHEPISI, <i>Digital Markets Act</i> e <i>private enforcement</i>	155

SEZIONE TERZA
QUESTIONI GENERALI

FABRIZIO MARONGIU BUONAIUTI, L'ambito di applicazione territoriale del <i>Digital Markets Act</i> e del <i>Digital Services Act</i>	171
MARCO INGLESE, La protezione dei consumatori nel mercato unico digitale tra equilibri sedimentati e nuove esigenze	189
GIANLUCA CONTALDI, La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale e la protezione dei dati personali	207
MICHELE MESSINA, Il mercato unico digitale e la pratica del geo-blocco nel settore dei servizi audiovisivi tra diritto <i>antitrust</i> e tutela dei diritti d'autore	231

PRESENTAZIONE

Con l'espressione "mercato unico digitale", come è noto, si fa riferimento ad una strategia introdotta dalla Commissione europea con una Comunicazione del 2015 (Strategia per il mercato unico digitale in Europa, Bruxelles, 6 maggio 2015, COM(2015) 192 final).

Con detto atto, l'esecutivo perseguiva l'intento di un esteso piano di riforme legislative dirette a regolamentare, in maniera integrale, il funzionamento dei servizi digitali nel mercato interno. Il programma era, indubbiamente, ambizioso. Gli atti che il Consiglio ed il Parlamento europeo avrebbero dovuto attuare nel corso degli anni successivi apparivano, infatti, alquanto articolati. Essi comprendevano, in via esemplificativa, un'estesa protezione dei dati personali, la lotta contro le pratiche di geolocalizzazione, l'uniformazione delle condizioni di accesso ai servizi digitali su tutto il territorio dell'Unione, l'introduzione di forme di responsabilità per i gestori delle comunicazioni sulle piattaforme online, la previsione di specifici mezzi di protezione della concorrenza a favore degli operatori che offrono i propri servizi sulle piattaforme online.

In questo modo, la Commissione mirava, nella sostanza, a recuperare il gap tecnologico che si era andato formando rispetto agli Stati Uniti e alla Cina. In detti paesi, i mercati sono estesamente controllati da pochi operatori commerciali di grandi dimensioni, i quali si sono potuti sviluppare sia grazie ad una scarsa regolamentazione della materia, sia perché hanno usufruito di consistenti aiuti fiscali, che sono stati, in genere, erogati sotto forma di esenzioni ovvero di legittimazione di fatto di pratiche di *profit shifting*.

In tal modo la Commissione europea intendeva favorire lo sviluppo economico dell'industria digitale europea, così da consentire alle imprese stabilite sul territorio degli Stati membri di partecipare al mercato globale e, successivamente, aumentare la crescita economica e creare nuovi posti di lavoro.

D'altro canto, fino al 2016, il mercato digitale europeo era essenzialmente disciplinato dalla direttiva sul commercio elettronico del 2000 (Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 re-

lativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno).

Detta direttiva, tuttora in vigore, si limita ad introdurre talune regole di base, evidentemente sul presupposto che lasciare un'estesa libertà agli operatori del settore costituisca, in sé stesso, un motore di sviluppo economico. In altri termini, questo strumento normativo è chiaramente ispirato da una sorta di liberismo (o, forse, è più corretto dire, di lassismo) giuridico.

Così, in via esemplificativa, essa prevede una sorta di principio di "irresponsabilità" dei prestatori di servizi digitali in relazione ai contenuti che vengono pubblicati sul proprio sito (art. 15). Si tratta di una soluzione evidentemente desunta dal diritto statunitense ed in particolare dall'art. 230 del *Communication Decency Act*, che si ispira sostanzialmente al medesimo principio.

Soprattutto poi, il difetto principale della direttiva è rappresentato dal fatto che la stessa non affronta il problema di una certa asimmetria informativa tra il gestore della piattaforma online, che dispone dei dati dei singoli utenti (ivi inclusi il numero di visualizzazioni, che consentono di acquisire ed elaborare le preferenze commerciali) e gli operatori che su detta piattaforma offrono i propri prodotti e servizi. In altri termini, solo il gestore della piattaforma conosce le regole interne del sistema e stabilisce il funzionamento dell'algoritmo che condiziona le scelte dei consumatori: in questo contesto, lo stesso opera in una sorta di monopolio legale delle informazioni, che può eventualmente sfruttare anche per il proprio tornaconto.

Si tratta, in definitiva, di un assetto non sorprendente, laddove si tenga conto che il testo normativo è stato elaborato nel 2000. Nel frattempo, tuttavia, le modalità di svolgimento delle relazioni economiche sono profondamente cambiate. E sono mutate soprattutto per effetto dell'incidenza della c.d. economia dei dati.

La *digital economy* costituisce, infatti, il comparto produttivo più dinamico negli ultimi anni. Tale particolare ambito commerciale ha, registrato tassi di crescita a livello mondiale particolarmente elevati e le multinazionali operanti nel settore hanno dimostrato di possedere una capacità di capitalizzazione eccezionalmente estesa. I proventi del settore non sono arretrati neppure negli anni della crisi finanziaria internazionale (v. lo *Special Report: the Data Economy*, in *The Economist*, February 22-28th 2020, p. 40 ss.) e sono addirittura cresciuti, a seguito dell'aumento della domanda di impiego delle piattaforme online, durante la pandemia da Covid-19. I bilanci delle società operanti nel settore ammontano, ormai, a svariati miliardi di euro e possono essere equiparati al prodotto interno lordo di paesi di una certa grandezza.

Il principio di base dell'economia digitale è apparentemente semplice e consiste nello sfruttamento dei dati degli utenti al fine di profilare, con la maggiore precisione possibile, le offerte di prodotti e servizi. Più esattamente, esso consiste nell'elaborazione dei dati forniti dagli utenti attraverso sistemi

algoritmici e di intelligenza artificiale. Tale processo presuppone, innanzitutto, l'anonimizzazione dei dati e, successivamente, l'elaborazione delle masse di dati (i c.d. *Big Data*) con lo scopo di individuare sia le preferenze commerciali degli utenti, sia le eventuali appartenenze a gruppi politici, le credenze religiose, l'origine etnica, il livello di benessere economico, la struttura familiare e sociale. Ciò che rileva nella c.d. economia digitale, pertanto, sono non tanto i dati personali, quanto piuttosto l'accumulazione e la loro successiva elaborazione attraverso strumenti informatici. Una volta compiuto questo processo, le masse di dati vengono normalmente cedute a produttori, società di marketing, partiti politici, gruppi di influenza, i quali vi fanno ricorso per indirizzare proposte mirate in funzione ai profili degli utenti. D'altro canto, i sistemi di intelligenza artificiale sono ormai divenuti così sofisticati che consentono non solo di individuare le preferenze dei consumatori, ma finanche di anticiparle e, in qualche modo, di indirizzarle: così, come del pari, si riesce alle volte a prevedere l'esito di determinate tornate elettorali, l'evoluzione dei flussi migratori, l'espansione territoriale delle malattie.

L'Unione europea ha, finora, risposto a queste sollecitazioni in maniera assai timida. Con il regolamento 2019/1150 (Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online), il legislatore europeo ha, infatti, cercato di introdurre taluni rimedi parziali.

Questi consistono, eminentemente, nell'introduzione di un obbligo di trasparenza nelle clausole contrattuali che le piattaforme praticano agli operatori commerciali e nella predisposizione, da parte degli stessi gestori dei servizi, di codici di autocondotta e di sistemi interni di risoluzione delle controversie.

In altri termini, anche tale regolamento si fonda, per lo più, sull'autonomia privata e sulla volontà dei gestori di servizi digitali di introdurre forme di autoregolamentazione, senza tuttavia apprestare rimedi o strumenti sanzionatori specifici di carattere pubblicistico.

Come è evidente, è necessario un passaggio ulteriore per il completamento del mercato unico digitale. Occorre, infatti, introdurre una regolamentazione apposita, capace di applicarsi anche agli operatori localizzati oltreoceano, laddove forniscano i propri servizi sul mercato interno; e occorre altresì completare tali previsioni con specifici rimedi sanzionatori nel caso in cui costoro non rispettino gli obblighi imposti. Il legislatore europeo deve, infatti, riuscire a stabilire regole globali, che siano suscettibili di influenzare il comportamento e le scelte delle multinazionali che operano nell'economia digitale, anche se esse sono stabilite al di fuori del mercato interno.

È in questo contesto che la Commissione europea, in data 15 dicembre 2020, ha presentato due proposte normative di regolamentazione delle piattaforme online. La prima concerne la regolamentazione dei servizi digitali (Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a

un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE, Bruxelles, 15.12.2020, COM(2020) 825 final, 2020/0361(COD), c.d. *Digital Services Act*, DSA); la seconda appresta una disciplina dei mercati digitali (Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), Bruxelles, 15.12.2020, COM(2020) 842 final, 2020/0374(COD), c.d. *Digital Markets Act*, DMA).

In sintesi, il primo degli atti normativi, il citato *Digital Services Act*, si caratterizza per la predisposizione di una disciplina specifica della responsabilità delle piattaforme per l'elaborazione e la diffusione dei contenuti digitali. Lo scopo di questa proposta consiste, infatti, nell'introdurre un meccanismo di responsabilizzazione delle piattaforme per i contenuti digitali che vengono postati dagli utenti. Il cuore del DSA è verosimilmente rappresentato dagli articoli 3, 4 e 8 i quali, seppure da un lato ribadiscono l'esenzione di responsabilità delle piattaforme per il contenuto delle notizie che vengono pubblicate sui *social networks*, dall'altro impongono una serie di obblighi aggiuntivi, quali, in particolare, quello di attivarsi non appena ricevono la comunicazione che sulla piattaforma è presente un contenuto illecito, affinché promuovano dei meccanismi di audit e, se del caso, rimuovano la relativa informazione.

Fino a quando la disciplina del DSA non verrà introdotta, le piattaforme rimarranno libere di disciplinare autonomamente i profili degli utenti e di stabilire le modalità di espressione e di manifestazione del pensiero. In questo contesto, le società che gestiscono le piattaforme possono liberamente decidere quali sono i contenuti leciti (possono, conseguentemente, decidere di bandire taluni argomenti o determinate immagini), a quali utenti riconoscere diritto di parola e a quali negarlo. Il punto fondamentale è che le piattaforme *online* ed i *social network* costituiscono, ormai, strumenti diffusi di espressione e di manifestazione del pensiero, con la conseguenza che non si può – se non a rischio di una grave compressione della libertà di espressione – lasciare a società private, guidate da logiche capitalistiche, il potere di decidere chi ha diritto di parola e chi no. Una regolamentazione europea della materia appare quindi opportuna, dal momento che mira ad evitare che ogni network stabilisca autonomamente le modalità di esercizio del diritto di espressione dei propri iscritti.

Diversa è invece la finalità del *Digital Markets Act*. Questo secondo atto si propone di intervenire nel funzionamento dei mercati digitali, stabilendo una serie di obblighi in capo alle imprese che si pongono come punti di riferimento centrali nel disciplinare l'accesso al mercato (i c.d. *gatekeepers*).

I mercati digitali, infatti, presentano una particolare struttura che ne ha, finora, reso problematica una loro regolamentazione attraverso gli strumenti tradizionali, quali la disciplina antitrust. Lo scopo del DMA è di contenere la posizione dominante delle grandi piattaforme *online* (evidentemente le multinazionali statunitensi, abitualmente identificate con l'acronimo di GAFA:

Google, Apple, Facebook, Amazon) e favorire un sistema economico nel quale anche le imprese di minori dimensioni e di ridotto potere di mercato possono partecipare al mercato dei dati. Ovvero, detto in altri termini, di creare un sistema nel quale possa prosperare una sorta di sovranità digitale europea.

Queste proposte, una volta adottate, condizioneranno la vita di milioni di cittadini e di migliaia di imprese. Se la regolamentazione complessiva del mercato unico digitale sortirà il successo auspicato, in termini di imposizione di standard normativi globali e di nascita di un'effettiva sovranità digitale europea, lo potremo stabilire solo negli anni a venire.

Con i contributi raccolti in questo volume, intendiamo fornire un contributo al dibattito dal punto di vista eminentemente del diritto dell'Unione europea. Il libro si articola in tre sezioni: la prima è dedicata eminentemente alla regolamentazione dei servizi online; la seconda contiene scritti di noti esperti in materia di concorrenza sulla futura regolamentazione dei mercati digitali; la terza ed ultima sezione contiene una serie di lavori di portata orizzontale sulle due proposte normative sopra menzionate; ovvero, che si focalizzano su altri atti adottati o in corso di adozione per il completamento del mercato unico digitale.

GIANDONATO CAGGIANO
GIANLUCA CONTALDI
PIETRO MANZINI

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

diretta da
Ennio Triggiani Ugo Villani
Giandonato Caggiano

1. Ugo VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*⁶, 2020.
2. Piero PENNETTA (a cura di), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie*, 2010.
3. Ennio TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*³, 2021.
4. Elena FALLETTI, Valeria PICCONE (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, 2012.
5. Rossana PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, 2012.
6. Francesco CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al Diritto dell'Unione europea*, 2012.
7. Marina CASTELLANETA, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, 2012.
8. Rosita DEL COCO, Emanuela PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, 2014.
9. Andrea CANNONE (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, 2014.
10. Angela Maria ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, 2015.
11. Giovanni CELLAMARE, *Le operazioni di peacekeeping delle organizzazioni regionali*, 2015.
12. Ennio TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*³, 2021.
13. Ilaria OTTAVIANO, *Gli accordi di cooperazione territoriale nell'Unione europea*, 2017.

14. Gianpaolo Maria RUOTOLO, *La tutela dei privati negli accordi commerciali*, 2017.
15. Sara PUGLIESE, *Il rischio nel diritto dell'Unione europea tra principi di precauzione, proporzionalità e standardizzazione*, 2017.
16. Ivan INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, 2017.
17. Luca PALADINI, *Il Servizio europeo per l'azione esterna – Aspetti giuridici e prospettive di sviluppo*, 2017.
18. Anna IERMANO, *La nozione di pena tra forma e sostanza nel sistema di tutela europeo*, 2018.
19. Andrea CANNONE, *Violazioni di carattere sistemico e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2018.
20. Teresa Maria MOSCHETTA, *Il ravvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno. Riflessioni sul sistema delle fonti alla luce dell'art. 114 TFUE*, 2018.
21. Ennio TRIGGIANI, Anna Maria NICO, Maria Grazia NACCI (a cura di), *Unione europea e governi territoriali: risorse, vincoli e controlli*, 2018.
22. Antonietta DAMATO, *La tutela degli interessi finanziari tra competenze dell'Unione e obblighi degli Stati membri*, 2018.
23. Giandonato CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, 2018.
24. Emanuela PISTOIA, *Limiti all'integrazione differenziata dell'Unione europea*, 2018.
25. Nicola RUCCIA, *Caratteri, limiti e prospettive dell'Unione bancaria*, 2018.
26. Francesco CHERUBINI, *Le decisioni nel sistema delle fonti dell'ordinamento europeo*, 2018.
27. Claudia MORINI, *La tutela dei diritti dei gruppi religiosi nel contesto regionale europeo*, 2018.
28. Giuseppe MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, 2018.
29. Valeria DI COMITE, *La dimensione europea dell'istruzione superiore*, 2018.

30. Lorenzo Federico PACE, *Il regime giuridico dell'euro*, 2018.
31. Maria Caterina BARUFFI, Matteo ORTINO (a cura di), *Dai Trattati di Roma a Brexit e oltre*, 2018.
32. Davide DIVERIO, *Limiti all'accesso al mercato dei servizi. Prospettive interne ed europee*, 2019.
33. Caterina FRATEA (a cura di), *Stato dell'arte e nuove sfide nel diritto europeo della concorrenza*, 2019.
34. Francesco BATTAGLIA, *Il Mediatore europeo*, 2020.
35. Pierre DE GIOIA CARABELLESE, *Crisi bancaria e diritti dei creditori*, 2020.
36. Mario CARTA, *Unione europea e tutela dello stato di diritto negli Stati membri*, 2020.
37. Claudia MORINI, *Dialogo e partecipazione nella governance dell'Unione europea*, 2020.
38. Angela Maria ROMITO, *Ruolo e funzioni dell'European Competition Network. Dal regolamento (CE) n. 1/2003 alla direttiva ECN+*, 2020.
39. Denise MILIZIA (a cura di), *The new European Union. Different perspectives from different Member States*, 2020.
40. Alessandro NATO, *La cittadinanza sociale europea al tempo della crisi economica*, 2020.
41. Ilaria OTTAVIANO, *Profili di tutela giurisdizionale nell'Unione bancaria*, 2020.
42. Daniela VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, 2020.
43. Gianpaolo Maria RUOTOLO, *Scritti di diritto internazionale ed europeo dei dati*, 2021.
44. Maria Luisa TUFANO, Sara PUGLIESE, Mariaconcetta D'ARIENZO (a cura di), *Sovranazionalità e sovranismo in tempo di COVID-19*, 2021.
45. Lorenzo Federico PACE, *La natura giuridica dell'Unione europea: teorie a confronto. L'Unione ai tempi della pandemia*, 2021.
46. Claudio SCIANCALEPORE, *Le risorse proprie nella finanza pubblica europea*, 2021.