

LA GRANDE SFIDA: REGOLAMENTARE L'ECONOMIA DIGITALE IN UE

Il Digital Services Act e il Digital Markets Act per la
creazione del mercato unico digitale

A cura di **Michael Bernardi, Veronica Saletti, Claudia Schettini e
Paolo Sasdelli**



REPORT



Ottobre 2021

Orizzonti Politici

Chi siamo?

Siamo un Think Tank di studenti e giovani professionisti che condividono la passione per la politica e l'economia. Nasciamo nel 2018 da un'idea di quattro studenti dell'Università Bocconi, ed in tre anni di attività il nostro gruppo è arrivato a coinvolgere oltre 80 membri da tutta Italia. Il nostro desiderio è quello di trasmettere le conoscenze apprese sui banchi universitari e in ambito professionale per contribuire al processo di costruzione dell'opinione pubblica e di policy-making nel nostro Paese.

Cosa facciamo?

La nostra attività principale consiste nel produrre analisi riguardo a temi politici ed economici disponibili su www.orizzontipolitici.it. Oltre a questo, collaboriamo con importanti testate nazionali, dove pubblichiamo i nostri contenuti. Non utilizziamo però solo le analisi per spiegare argomenti politico-economici: anche le interviste ad esperti sono per noi uno strumento che si presta alla spiegazione accessibile di contenuti e innovativo rispetto a tanti altri think tank. Scriviamo anche report di ricerca e proposte di policy con il duplice obiettivo di spiegare più in profondità determinati argomenti e offrire soluzioni ai problemi del Paese. Inoltre, organizziamo eventi con importanti esponenti del mondo economico e politico italiano ed europeo, che ci offrono l'opportunità di interagire con i nostri lettori al di là dello schermo di un computer.

Abbiamo collaborato con:

- Lavoce.info;
- Youtrend;
- Il Sole 24 Ore;
- Business Insider Italia;
- Wall Street Italia.

La nostra missione?

Il nostro fine principale è quello di stimolare un dibattito consapevole tra i cittadini, fornendo loro gli strumenti necessari per analizzare e decifrare il complesso scenario economico e politico italiano, europeo ed internazionale. Inoltre, vogliamo offrire soluzioni concrete e basate sui dati ai problemi più importanti del nostro Paese. Scrivendo report di ricerca e proposte di policy, vogliamo offrire soluzioni ad aziende, organizzazioni ed istituzioni riguardo alle sfide in questi campi e contribuire al processo di policy-making nel nostro Paese.

*“La verità è che si può cambiare il mondo,
o almeno il mondo che ci circonda,
è sempre una questione di orizzonti.”*

Contenuti

Introduzione	4
I contenuti illegali e la responsabilità delle grandi piattaforme	7
Cosa dice la Direttiva E-Commerce?	7
Introduzione	7
Elementi chiave	7
Effetti e limiti	8
Cosa potrebbe cambiare con il Digital Services Act?	9
Introduzione	9
Effetti	10
Il caso Glawischnig-Piesczek-Facebook: tra diritto d'espressione e controllo dei contenuti diffamatori	12
Introduzione	12
Direttiva E-commerce e Digital Services Act a confronto	14
La competitività nel mercato digitale europeo	16
Cosa dice il regolamento Platform-to-Business (P2B)	16
Introduzione	16
Elementi chiave	16
Effetti e limiti	17
Cosa potrebbe cambiare con il Digital Markets Act	18
Introduzione	18
Effetti	19
Il caso Google-Android: come contrastare gli abusi dei gatekeepers digitali	22
Introduzione	22
P2B e DMA a confronto	24
Conclusioni	26
Bibliografia	27

Sommario

Il seguente rapporto propone un'analisi dello stato dell'arte della **legislazione europea** rispetto al settore dell'**economia digitale**. L'obiettivo del rapporto è quello di mostrare come l'Unione Europea si stia attrezzando ai nuovi cambiamenti dell'era del digitale attraverso la proposta di nuove leggi per tutelare i consumatori e responsabilizzare maggiormente le grandi piattaforme digitali.

Il report si divide in due macro-sezioni, legate rispettivamente alle due principali proposte di legge europee al centro del dibattito odierno: **il Digital Services Act (DSA)** e **il Digital Market Act (DMA)**.

La prima sezione mette a confronto il DSA con la Direttiva E-Commerce, strumento legislativo primario fino ad ora utilizzato dall'UE per regolamentare il commercio digitale. In particolare, dopo una analisi di effetti e limiti della Direttiva E-Commerce dalla sua entrata in vigore ad oggi, il report si focalizza sul DSA, analizzandone contenuti e possibili effetti sul mercato dell'economia digitale. Il report utilizza quindi il **caso Glawischnig-Piesczek-Facebook** per mostrare la differenza fra i due strumenti legislativi e per comprendere come cambierebbe la legislazione europea qualora il DSA venga approvato.

La seconda sezione adotta un simile meccanismo di confronto e analisi. Una prima sezione confronta il Regolamento Platform-to-Business (P2B) con il DMA. La struttura delle sezioni successive segue l'esempio della macro-sezione precedente, al fine di confrontare le due leggi per comprendere come potrà migliorare la regolamentazione delle piattaforme online. **Il caso Google-Android** è stato preso in esame per mostrare le lacune della legge P2B in materia di regolamentazione delle piattaforme digitali e i possibili benefici che il DMA potrà portare.

Introduzione

Il primo a parlare di economia digitale è stato Don Tapscott nel 1995 nel libro "L'economia digitale: promesse e pericoli nell'era dell'intelligenza in rete". L'economia digitale comprende **tutte le attività economiche che si sono sviluppate sulle tecnologie digitali e che ad esse fanno riferimento**. Tra le varie forme che può assumere, la più conosciuta è sicuramente l'e-commerce, una forma di vendita di beni o servizi che si effettua attraverso Internet.

Secondo il report Digital 2020¹ il numero di persone in tutto il mondo che utilizzano Internet è cresciuto a 4,54 miliardi e ci sono 3,80 miliardi di utenti di social media; come è possibile vedere in Figura 1 **l'utilizzo di Internet è aumentato in maniera esponenziale in Unione Europea e anche in Italia nell'ultimo ventennio**. Tutti questi utenti rappresentano potenziali consumatori all'interno dell'economia digitale, si pensi che circa 3/4 degli utenti mondiali di internet tra i 16 e i 64 anni comprano qualcosa online ogni mese, spendendo in media quasi 500 dollari in acquisti ogni anno (vedere Figura 2 per trend storico degli acquisti online). Le categorie che raggiungono profitti maggiori nel mercato digitale sono: "Viaggi" (inclusi i soggiorni) con 1.19 trilioni di dollari, seguiti da "Moda e bellezza" e "Elettronica"².

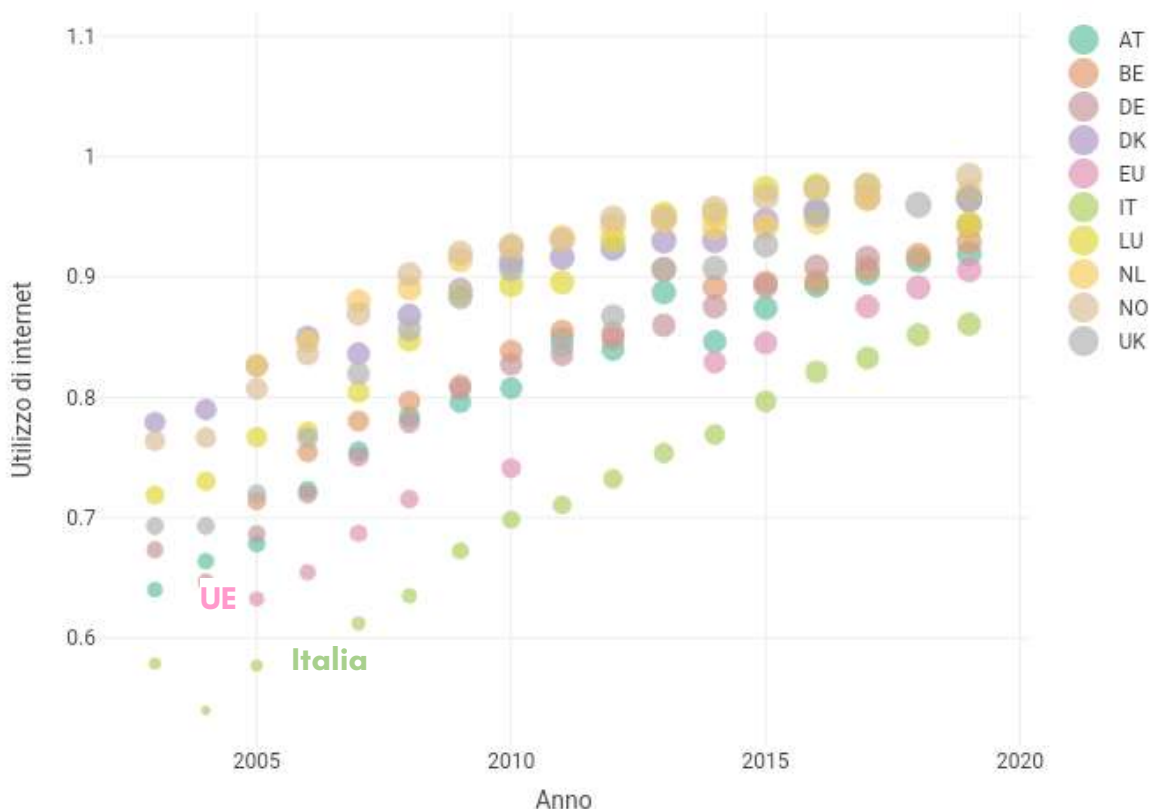


Figura 1: Utilizzo di internet per paesi Europei, trend storico dell'indicatore DESI
Fonte: Commissione europea (DESI)

¹Datareportal (2020), "Digital 2020: Global Digital Overview", <https://datareportal.com/reports/digital-2020-global-digital-overview>

² ibid 1

Il recente sviluppo del mercato digitale l'ha reso tuttavia difficile da regolare, sia da un punto di vista fiscale che legale.

Le grandi piattaforme come Google, Amazon e Facebook hanno rimpiazzato i piccoli intermediari divenendo attori dominanti sulla rete. Più dati queste piattaforme raccolgono, meglio funzionano gli algoritmi su cui si basa l'AI e più profitti riescono a trarre per mantenere la loro posizione egemonica. Secondo le stime rilasciate da Facebook, questo gigante digitale può potenzialmente raggiungere 1.95 miliardi di utenti attraverso i suoi annunci.

Tra le altre problematiche emerse negli ultimi decenni c'è quella della **responsabilità**: nel mercato digitale è difficile definire chi sia il soggetto responsabile per comportamenti illegali, questo è vero in particolare per gli intermediari, che possono essere considerati come dei "portatori neutrali" di informazioni che processano dati per conto di altri per trarne profitti.

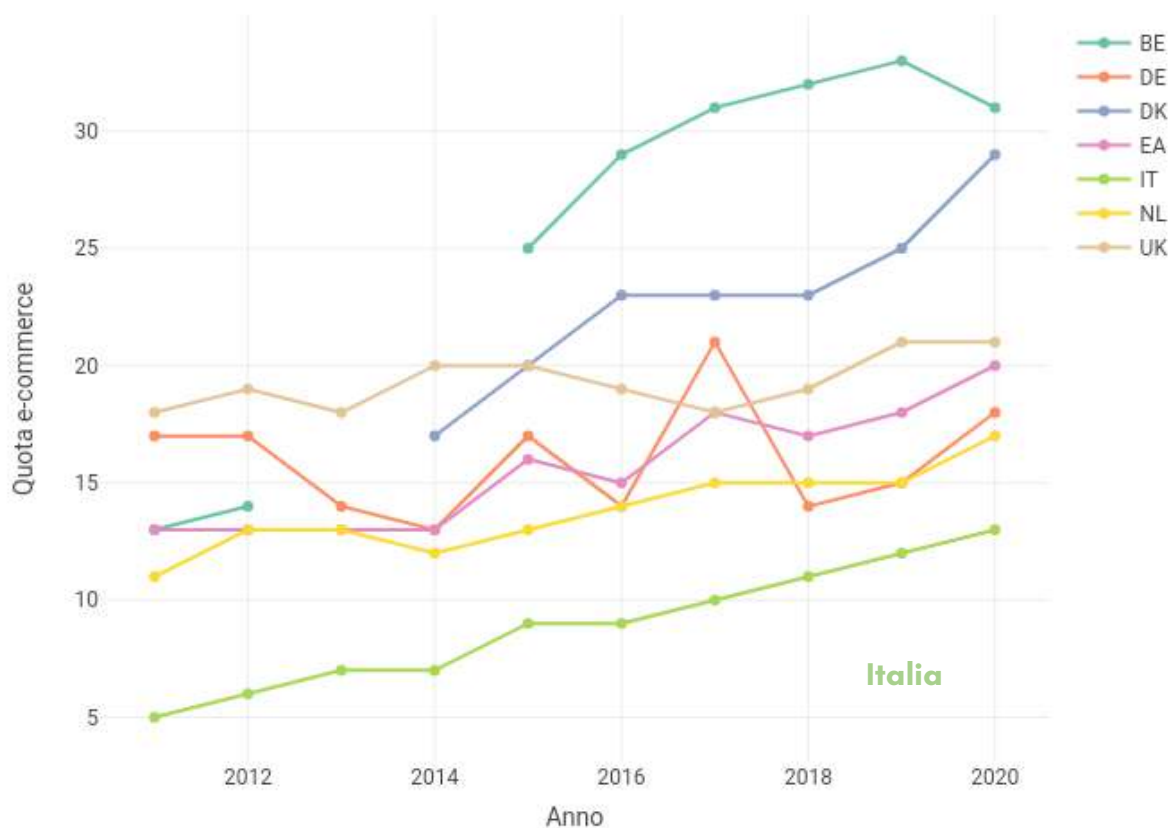


Figura 2: Quota di vendite tramite canali e-commerce sul totale delle vendite, trend storico
Fonte: Platform Observatory

Di fronte a queste problematiche la Commissione europea ha recentemente annoverato la creazione di un mercato unico digitale tra le priorità fondamentali da perseguire. In UE, questo desiderio è apparso visibile nella Strategia Digitale del 2020 e la Commissione Europea ha proposto due regolamenti europei: il Digital Services Act (DSA) e il Digital Market Act (DMA). Il fatto che l'idea originale presente della Strategia Digitale 2020 di avere un singolo testo abbia poi prodotto due documenti differenti è il risultato non solo della complessità della materia ma anche del bisogno di ridefinire il ruolo del diritto della concorrenza, di cui si occupa il DMA.

Uniformare e regolamentare correttamente il mercato digitale nell'Unione Europea ha molteplici benefici, in primis per gli utenti e la loro sicurezza, ma anche per le aziende: secondo le stime del Boston Consulting nel rapporto Digitizing Europe³, il Digital Single Market consentirebbe di accrescere il Pil dell'Unione europea di 415 miliardi l'anno.

³ Boston Consulting (2016), "Digitizing Europe", <https://www.bcg.com/en-nor/digitizing-europe-why-northern-european-frontrunners-must-drive-digitization-of-the-eu-economy>

I contenuti illegali e la responsabilità delle grandi piattaforme

Cosa dice la Direttiva E-Commerce?

Introduzione

La direttiva sul commercio elettronico ha un campo di applicazione molto ampio, poiché copre qualsiasi servizio fornito a distanza con mezzi elettronici su richiesta individuale di un destinatario, quindi la maggior parte dei servizi digitali che siamo abituati a usare. **La direttiva è stata adottata nel 2000 in un momento in cui le piattaforme online erano agli inizi e molte tecnologie e applicazioni attuali non esistevano ancora.** Due dei pilastri della direttiva, che mirano a stimolare lo sviluppo delle piattaforme online e del commercio elettronico in Europa, proteggendo allo stesso tempo gli utenti di queste piattaforme, sono (i) l'**armonizzazione** di alcune regole di protezione degli utenti (ii) l'**esenzione della responsabilità** per i contenuti online illegali a favore di alcune piattaforme e a certe condizioni. Dall'adozione della Direttiva nel 2000, la Corte di giustizia dell'UE ha chiarito la portata della direttiva e ha cercato di delineare i confini dell'esenzione di responsabilità. Tuttavia, per quanto riguarda la responsabilità, alcune questioni portano ancora a interpretazioni divergenti tra gli Stati membri.

Elementi chiave

La Direttiva sul commercio elettronico stabilisce le regole generali e orizzontali per la regolazione del commercio digitale. Dall'adozione della direttiva, molte nuove regole e strumenti di applicazione relativi ai fornitori di servizi della società dell'informazione, oggi conosciuti come piattaforme online, sono state adottate a livello UE. Alcune di queste regole riguardano categorie specifiche di servizi della società dell'informazione e mirano a introdurre misure per affrontare preoccupazioni specifiche come i contenuti illegali e dannosi, la disinformazione online, la pubblicità per le piattaforme di condivisione video o il pagamento dei diritti d'autore da parte delle piattaforme di condivisione di contenuti online⁴. Con l'adozione di queste nuove regole, è emerso un quadro più complesso della regolamentazione del commercio elettronico. Gli Stati membri stanno anche adottando alcune leggi nazionali, in particolare per rafforzare le misure che le piattaforme online dovrebbero adottare per affrontare i contenuti illegali online. **Tuttavia, queste leggi nazionali rischiano di minare il completamento del mercato unico digitale.**

A lungo si è discusso della legge adottata dalla Francia il 13 maggio 2020, una legge contro gli "hate speech" che ha preso di mira i giganti della Silicon Valley. Dopo mesi di dibattito, il Parlamento ha adottato la legislazione controversa, che richiede a piattaforme come Google, Twitter e Facebook di rimuovere i contenuti di odio entro 24 ore e messaggi di propaganda terroristica entro un'ora. In caso contrario, potrebbero essere inflitte multe fino a 1,25 milioni di euro⁵. La legge, che fa eco a regole simili già in

⁴ Alexandre de Streel, Martin Husovec (2020), "The e-commerce Directive as the cornerstone of the internal market", Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies Directorate-General for Internal Policies

⁵ Laura Kayali (2020), "France gives final green light to law cracking down on hate speech online", Politico, <https://www.politico.eu/article/france-gives-final-green-light-to-law-cracking-down-on-hate-speech-online/>

vigore in Germania, aumenta la pressione sulle grandi piattaforme online per sorvegliare milioni di messaggi quotidiani nei due paesi più popolosi d'Europa. L'opinione pubblica e politica si è divisa in due parti: tra i sostenitori della legge e chi l'ha definita come un attacco alla libertà di espressione. Anche la Commissione europea ha espresso delle critiche, scrivendo al governo francese per chiedere il rinvio della legislazione. L'esecutivo UE aveva chiesto a Parigi di aspettare che le nuove regole europee per le piattaforme, presenti nel Digital Service Act, fossero passate, in modo tale da stabilire uno standard comune a livello UE sul controllo dei contenuti illegali online⁶.

Effetti e limiti

La Commissione europea ha portato a termine tre principali studi di valutazione della direttiva sul commercio elettronico e più in generale delle regole e delle politiche dell'UE sulle piattaforme digitali. Nella prima valutazione che ha avuto luogo nel 2003⁷, quando la direttiva stava per essere recepita dagli Stati membri, la Commissione ha osservato tendenze positive, in particolare una riduzione dei procedimenti giudiziari sulla responsabilità delle piattaforme digitali e la soddisfazione generale del principio del paese d'origine. Nella seconda valutazione, che ha avuto luogo nel 2011-2012, la Commissione ha riscontrato che i principi e le regole della Direttiva sul commercio elettronico erano solidi, ma che alcuni miglioramenti erano necessari⁸. In questa valutazione, la Commissione ha valutato che lo sviluppo del commercio elettronico avrebbe potuto generare per i consumatori un guadagno di circa 204 miliardi di euro (1,7% del PIL europeo dell'epoca) qualora il commercio elettronico avesse raggiunto il 15% delle vendite al dettaglio e se gli ostacoli al mercato unico fossero stati eliminati⁹. Nella terza valutazione, che ha avuto luogo nel 2016-2017¹⁰, la Commissione ha riscontrato nuovamente che i principi e le regole della Direttiva erano validi. Tuttavia, la Commissione ha osservato la crescente importanza delle piattaforme online e **i nuovi rischi di frammentazione del mercato unico digitale**. Le critiche alla direttiva possono essere riassunte come segue: (1) la direttiva manca di garanzie sufficienti per prevenire le violazioni dei diritti fondamentali, in particolare la libertà di espressione; (2) la direttiva non prevede che le notifiche possono essere inviate da robot e non riesce a incentivare la qualità delle notifiche inviate e riviste; (3) la direttiva non impedisce la frammentazione dovuta alla divergente applicazione del criterio di passività da parte dei tribunali nazionali; (4) la direttiva non copre gli hyperlinking e i motori di ricerca e altri nuovi servizi; (5) la direttiva serve solo come limite e non come strumento completo di rimozione dei contenuti illegali.

⁶ Lorenzo Formicola (2020), "Dopo la Germania, anche la Francia si muove per censurare i social network", Centro Studi Machiavelli, <https://www.centromachiavelli.com/2020/06/03/legge-avia-social-censura-francia-germania/>
⁷ Report of the Commission of 21 November 2003 on the application of Directive on electronic commerce, COM(2003) 702,

[https://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2003/0702/COM_COM\(2003\)0702_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2003/0702/COM_COM(2003)0702_EN.pdf)

⁸ Commission Staff Working Document of 11 January 2012, Online services, including e-commerce, in the Single Market, SEC(2011) 1641, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2d17d3dd-4f00-4e3c-b75c-98c03b135047/language-en>

⁹ Commission Staff Working Document of 11 January 2012, Bringing e-commerce benefits to consumers, SEC (2011) 1640, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011SC1640>

¹⁰ Commission Staff Working Document of 25 May 2016, Online Platforms, SWD (2016), <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>

Successivamente Alexandre de Streel e Martin Husovec hanno realizzato uno studio ("The e-commerce Directive as the cornerstone of the internal market") per la Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori del Parlamento europeo, dove hanno proposto una serie di modifiche della Direttiva. **Secondo gli esperti la nuova legislazione dovrebbe:** (1) prescrivere rimedi forti, rapidi e scalabili contro la rimozione di contenuti legittimi, anche attraverso un organo esterno (che potrebbe essere finanziato da tasse più alte pagate dai provider che erroneamente rimuovono i contenuti) per incentivare una migliore revisione interna della qualità; (2) stabilire incentivi concreti per un processo di notifica e revisione di alta qualità per mezzo di regole sviluppate attraverso la standardizzazione tecnica in diverse aree; (3) includere una serie di nuovi porti sicuri, almeno per gli hyperlink, i motori di ricerca e le autorità dei nomi di dominio; e (4) creare una base legale a livello UE per misure mirate (preventive). **Lo studio mette in luce la necessità di promuovere regole che siano coerenti ed efficaci, ma soprattutto l'importanza di rivedere la Direttiva sul commercio elettronico per renderla coerente con le nuove regole generali emerse negli ultimi anni.** Come vedremo nella sezione successiva, alcune di queste proposte si sono concretizzate nella proposta del Digital Service Act, in modo tale da definire e chiarire il tema della responsabilità e del monitoraggio per i contenuti online, che come abbiamo già visto e indagheremo ora sono stati al centro di numerosi dibattiti.

Cosa potrebbe cambiare con il Digital Services Act?

Introduzione

Il mondo digitale attuale è diventato sempre più difficile da regolamentare a causa della crescente **diminuzione di soggetti responsabili per comportamenti illegali**, in particolare gli intermediari possono essere considerati come dei "portatori neutrali" di informazioni che processano dati per conto di altri per trarne profitti dal processo¹¹.

Il Digital Services Act (DSA) è il risultato del tentativo di ridefinire la regolamentazione delle piattaforme online, in particolare le responsabilità e le obbligazioni dei fornitori di servizi digitali e delle piattaforme online¹².

Due fattori hanno determinato il bisogno di rivedere tale framework. **Il primo è l'idea che attori sempre più potenti economicamente debbano assumersi maggiore responsabilità:** in questo senso il DSA sarebbe un'opportunità per indurre le piattaforme a maggiore moderazione in modo tale da "guadagnarsi" questo loro status preferenziale. Nelle ultime fasi del processo della 2020 Digital Strategy il DMA è stato separato dal DSA proprio con il compito di introdurre regole ex ante per i "guardiani" delle piattaforme, proponendo, di conseguenza, degli strumenti ibridi di diritto della concorrenza simili a quelli utilizzati nella regolamentazione delle telecomunicazioni nell'UE¹³.

¹¹ Gruppo di lavoro CONSOB, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, Università Bocconi, Università di Pavia, Università di Roma 'Tor Vergata', Università di Verona (2019), "La digitalizzazione della consulenza in materia di investimenti finanziari", https://www.consob.it/documents/46180/46181/FinTech_3.pdf/64bcf8bd-7fda-459d-9e01-82b1504dc316

¹² Proposal for a Regulation on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, COM (2020) 825 final, 15.12.2020

¹³ Commissione europea (2020), "A European strategy for data", https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_3.pdf

Il secondo fattore è da ricondurre, invece, al bisogno di allontanarsi da un modello regolamentare non interventista verso un modello più proattivo che permetta di distinguere le piattaforme più piccole da quelle dominanti e che richieda più assunzione di responsabilità dagli attori che dominano il mercato online.

Diverse opzioni di policy sono state prese in considerazione nell'Impact Assessment della Commissione Europea all'interno del pacchetto del DSA tra cui, quella che maggiormente ci interessa per i fini del nostro report, **riguarda l'introduzione di regole ex ante per i "guardiani" delle piattaforme**. Tale sistema che deriva ed utilizza i principali concetti del diritto di concorrenza è attualmente utilizzato nelle leggi dell'UE relative alle telecomunicazioni dove i rimedi sono imposti in anticipo su imprese preselezionate perché hanno un potere di mercato significativo¹⁴.

Effetti

La normativa del DSA, al fine di adeguarsi ai repentini cambiamenti del mondo digitale, è in costante evoluzione nel suo testo attuale, così come sta accadendo per il DMA.

Le più rilevanti modifiche finora previste hanno lo scopo di impedire la diffusione di messaggi pubblicitari personalizzati agli utenti utilizzando i loro dati di profilazione e, a tutela dei contenuti dei giornali, sono in discussione anche l'istituzione di arbitrati obbligatori fra i gestori delle grandi piattaforme e gli editori di giornali e l'attribuzione alle prime di obblighi di informazione circa le modalità di sfruttamento delle notizie sui siti web.

L'attuale regolamento non copre le disposizioni generali sui servizi del commercio digitale ma si focalizza unicamente sulla responsabilità intermedia. La direttiva DSM (Dir. 790/2019/UE) aveva già fornito precise indicazioni circa gli obblighi di rimozione dell'accesso ai contenuti illeciti e in merito alla responsabilità dei fornitori di servizi sottolineando che "i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online dovrebbero essere responsabili per atti di comunicazione al pubblico non autorizzati di opere o altri materiali, quando, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata, non agiscono tempestivamente per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti web le opere e o altri materiali oggetto di segnalazione¹⁵. Inoltre, tali prestatori di servizi "dovrebbero essere responsabili anche se non riescono a dimostrare di aver compiuto i massimi sforzi per impedire in futuro il caricamento di specifiche opere non autorizzate, sulla base delle informazioni pertinenti e necessarie fornite a tal fine dai titolari dei diritti"¹⁶. Il Regolamento DSA nell'includere fra i "contenuti illegali" qualsiasi informazione che non sia conforme alle norme comunitarie o a quelle dei singoli stati membri (Art. 2 lett. g)¹⁷, riprende gli stessi criteri che determinano il sorgere della

¹⁴ European Commission, "Impact Assessment, Digital Services Act package: deepening the Internal Market and clarifying responsibilities for digital services", <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12417-Digital-Services-Act-deepening-the-Internal-Market-and-clarifying-responsibilities-for-digital-services>

¹⁵ Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790&from=RO>

¹⁶ ibid.

¹⁷ Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en>

responsabilità degli intermediari secondo la Direttiva eCommerce e cioè quelli derivanti dalla "effettiva conoscenza" delle violazioni segnalate dagli aventi diritto (Art. 14.3)¹⁸.

In secondo luogo, **il testo del provvedimento comunitario ad oggi non precisa in alcun modo che la responsabilità derivante dalle segnalazioni provenienti dai titolari dei diritti riguarda tutti gli intermediari**, inclusi i fornitori dei servizi di DNS (Domain Name System), nonché i CDN (Content Delivery Networks), i quali, al pari di taluni servizi "cloud", sono utilizzati sempre più frequentemente per nascondere o impedire l'identificazione dei gestori dei siti che mettono a disposizione del pubblico contenuti abusivi. Questo aspetto permette di comprendere il fatto che l'utilizzo di servizi che facilitano gli atti di pirateria è in costante crescita: secondo i dati della Ricerca FAPAV/Ipsos 2020, a giugno del 2020, il 20,5% degli utenti Internet italiani utilizzava un provider DNS alternativo per accedere a siti web illegali¹⁹.

Sono, tuttavia, **i capitoli III e IV a contenere il fulcro di ciò che è realmente nuovo del DSA**: queste previsioni sono centrate sull'idea che le piattaforme necessitano di agire in maniera più responsabile, ossia di rispettare obblighi maggiori di diligenza, trasparenza e, nel caso di piattaforme molto grandi e potenti, obbligazioni di amministrazione di rischi sistemici. In particolare, gli obblighi applicabili a tutti gli intermediari sono: stabilire un punto di contatto (Art 10); stabilire rappresentanti legali (Art 11); stabilire termini e condizioni (Art 12); rispettare gli obblighi di trasparenza che prevedono che i fornitori debbano pubblicare ogni anno report sulle misure contenutistiche in cui sono coinvolti (Art 13)²⁰.

Un'importante novità, infine, è rappresentata dall'Art 6 che, per la prima volta, introduce la c.d. **"Protezione del Buon Samaritano"**: i fornitori di servizi non sarebbero responsabili di eventuali illeciti se essi, volontariamente, investigassero, scoprissero, identificassero e rimuovessero o disabilitassero l'accesso a contenuto illegale o che, allo stesso tempo, è contro gli obiettivi della legge dell'UE²¹.

Il Regolamento si applica per tutti i destinatari il cui luogo di stabilimento o la residenza o la sede legale/amministrativa è all'interno dell'UE, senza tener conto della localizzazione del fornitore di servizi (riprendendo il modello del GDPR).

Il varo del DSA - in Italia esaminato e valutato dal Dipartimento Politiche Europee della Presidenza del Consiglio d'intesa con il MISE - ha posto sul tavolo la revisione della Direttiva sul Commercio Elettronico (Dir. 2000/31/CE), introdotta in Italia con il D. Lgs. 70/2003²². La proposta di "Regolamento per il mercato unico dei servizi digitali" mira sia a creare un quadro normativo comunitario armonizzato in materia di servizi e di

¹⁸ Art 14.3, DSA

¹⁹ FAPAV/Ipsos (2020), "La Pirateria audiovisiva in Italia", https://fapav.it/wp-content/uploads/2020/07/FAPAV-PRESENTAZIONE-Indagine-sulla-pirateria-audiovisiva-2019-e-lockdown_9-Luglio-2020-1.pdf

²⁰ Regulation of The European Parliament and of The Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en>

²¹ On this problem in the EU see J. Barata (2019), "Positive Intent Protections: Incorporating a Good Samaritan principle in the EU Digital Services Act", Center for Democracy and Technology, <https://cdt.org/wpcontent/uploads/2020/07/2020-07-29-Positive-Intent-Protections-Good-Samaritan-principle-EU-Digital-Services-Act-FINAL.pdf>

²² Decreto Legislativo 9 aprile 2003, n. 70, Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico, <https://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/03070dl.htm>

piattaforme digitali, sia **a fare sì che ciò che è illecito nel mondo "offline", lo divenga anche in quello "online"**.

Gli argomenti che riguardano la tutela dei diritti dei produttori e dei distributori di contenuti protetti, da un lato, e le imprese che fanno da intermediari fra di essi e gli utenti o consumatori, dall'altro, sono di vitale importanza per un equilibrato sviluppo del futuro mercato dei media.

Il caso Glawischnig-Piesczek-Facebook: tra diritto d'espressione e controllo dei contenuti diffamatori

Introduzione

Negli ultimi anni si è assistito ad un incremento delle sentenze relative al controllo delle informazioni su Internet da parte dei fornitori di servizi della società dell'informazione (i.e. piattaforme online). Il caso più recente, (causa C-18/18)²³ riguarda l'impatto della direttiva sul commercio elettronico (direttiva 2000/31/CE)²⁴, in particolare il divieto di monitoraggio generale di cui all'articolo 15 di tale direttiva. I fatti all'origine di questo rinvio sono semplici: **Glawischnig-Piesczek, politica austriaca e membro del partito dei Verdi, ha denunciato a Facebook alcuni post diffamatori ma Facebook non ha rimosso i post**. Di conseguenza, Glawischnig-Piesczek ha ottenuto un ordine del tribunale che imponeva a Facebook di interrompere la pubblicazione del contenuto contestato. Tale decisione ha dato origine ad ulteriori controversie e la Corte Suprema austriaca ha posto una serie di domande alla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) chiedendo chiarimenti.

La Corte ha iniziato la sua analisi chiarendo che **l'immunità dalla querela concessa dall'articolo 14 della Direttiva non è un'immunità generale da ogni obbligo giuridico**. In particolare, le autorità nazionali restano competenti per esigere che un host ponga fine all'accesso o rimuova le informazioni illegali.

"Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, per un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa, in conformità agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di esigere che il prestatore ponga fine ad una violazione o la impedisca nonché la possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime."²⁵

La Corte ha anche osservato che l'articolo 18 della direttiva sul commercio elettronico impone agli Stati membri di disporre di azioni giudiziarie appropriate per affrontare il contenuto illegale. Esso afferma che:

"Gli Stati membri provvedono affinché i ricorsi giurisdizionali previsti dal diritto nazionale in materia di attività dei servizi della società dell'informazione consentano la rapida adozione di misure, anche provvisorie, intese a far cessare le presunte violazioni e a prevenire ogni ulteriore pregiudizio degli interessi in causa."²⁶

²³ Judgment of the Court (Third Chamber), 3 October 2019, [CURIA - Documenti \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/curia/doclist/curia/doclist.do?uri=CELEX:32000L0031)

²⁴ Direttiva 2000/31/ce del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («direttiva sul commercio elettronico»), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031>

²⁵ Paragrafo 3 Articolo 14

²⁶ Paragrafo 1 Articolo 18

misure per controllare i flussi di materiale dannoso e illegale, salvaguardando al contempo il diritto di libertà d'espressione.

Direttiva E-commerce e Digital Services Act a confronto

Perché si è arrivati ad una riforma più profonda della regolazione di Internet? Quali le lacune da colmare all'interno della regolazione precedente contenuta nella Direttiva E-commerce?

Se si guarda alla regolamentazione precedente, la direttiva 2000/31/CE, o direttiva E-commerce, era lecito per un'autorità giudiziaria o amministrativa richiedere la rimozione seriale di contenuti ad un servizio di hosting qualora essi fossero stati identici o equivalenti ad un contenuto ritenuto illecito dalle stesse autorità³². **Tuttavia, vi era l'impossibilità di imporre ad un servizio di hosting un obbligo generale di sorveglianza e/o quello di una ricerca attiva di informazioni.**

La questione centrale della decisione della Corte, nonché la maggiore novità apportata dal DSA, meglio nota come "clausola del Buon Samaritano", è la delega a Facebook della rimozione di contenuti individuati dalle autorità pubbliche, ossia la privatizzazione della censura³³. La differenza principale, nonché la più grande lacuna colmata dal DSA rispetto alla direttiva E-Commerce, riguarda la responsabilità delle piattaforme di intermediazione online, ovvero fornitori di infrastrutture e regole abilitanti l'insieme di quei servizi il cui scopo è favorire l'interazione tra gli utenti o facilitare l'accesso e la diffusione oppure lo scambio di contenuti, beni e servizi, come Amazon, Microsoft, Apple, Uber, Airbnb, PayPal, Google, Twitter, eBay, Facebook, Sony PlayStation, Visa, MasterCard. Oltre a provvedere ad un intervento legislativo unitario e non più a macchia di leopardo per garantire un mercato digitale unico, la Commissione Europea tramite il **DSA ha previsto delle iniziative volontarie per individuare le violazioni del regolamento o contenuti illeciti presenti sulle stesse piattaforme.** Inoltre, diversamente dalla direttiva E-Commerce che si riferiva unicamente a "contenuti illegali" senza darne una definizione, il DSA ha definito i "contenuti illegali" come qualunque informazione non attinente al diritto dell'UE o al diritto di uno stato membro³⁴.

Infine, un'altra differenza rilevante tra le due regolamentazioni è l'introduzione, da parte del DSA di un meccanismo sanzionatorio che colpirebbe sia gli Stati Membri sia, a livello europeo, la Commissione, mentre con la E-commerce solo gli Stati Membri erano passibili di sanzioni.

Tuttavia, il principale problema che, allo stato attuale, nessuna legge è in grado di cogliere è che nessuna intelligenza artificiale è così evoluta per distinguere un «contenuto illegale» da uno legale, né tantomeno contenuti "equivalenti a contenuti ritenuti illegali"³⁵. Ciò che è certo, come la stessa presidente dell'esecutivo europeo,

³²Direttiva 2000/31/ce del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («direttiva sul commercio elettronico»), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031>

³³ Judgment of the Court (Third Chamber), 3 October 2019, [CURIA - Documenti \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62019J0003)

³⁴ European Commission (2020), "Communication: Shaping Europe's digital future"

³⁵ Crawford, K. (2021), "Atlas of AI: Power, Politics, and the Planetary Costs of Artificial Intelligence", Yale University press.

Ursula von der Leyen, ha fatto proprio nella sua Candidatura alla Presidenza della Commissione nell'Agenda politica 2019-2024, è che una nuova legge sui servizi digitali è necessaria al fine di migliorare le norme di responsabilità e sicurezza per piattaforme, servizi e prodotti digitali e completare il mercato unico digitale.

La competitività nel mercato digitale europeo

Cosa dice il regolamento Platform-to-Business (P2B)

Introduzione

Attraverso la Platform-to-Business (P2B) Regulation³⁶, entrata in vigore il 31 Luglio 2019, l'Unione Europea ha posto un'importante pietra nella regolamentazione delle attività commerciali online, che è successivamente sfociata nella proposta di legge odierna del Digital Markets Act (DMA)³⁷.

I motivi di tale necessità legislativa nascono dal fatto che le piattaforme online possono essere fondamentali per il successo commerciale delle aziende che le utilizzano per raggiungere i consumatori. Tuttavia, **i fornitori di tali piattaforme hanno spesso un potere contrattuale superiore all'utente commerciale e all'utente finale**, che consente loro di imporre unilateralmente pratiche che si discostano grossolanamente dalla buona condotta commerciale o sono contrarie alla buona fede e alla correttezza. **L'obiettivo del regolamento P2B è quindi affrontare tali potenziali attriti nell'economia delle piattaforme online.**

Elementi chiave

Il Regolamento P2B ha l'obiettivo di promuovere l'equità e la trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online. Il regolamento richiede, infatti, che le piattaforme online stabiliscano le proprie condizioni sui principali parametri relativi al ranking dei link sui motori di ricerca e sui motivi della loro specifica importanza.

Il regolamento P2B si applica a (i) servizi intermedi online (piattaforme) e (ii) motori di ricerca online forniti a utenti aziendali e utenti di siti web aziendali stabiliti nell'UE, laddove tali utenti aziendali e utenti di siti web aziendali offrano beni o servizi a consumatori situati in Europa attraverso tali servizi intermedi online o tramite motori di ricerca.

Gli elementi chiave del regolamento sono i seguenti.

Condizioni contrattuali specifiche

Il regolamento stabilisce che, al fine di garantire che i rapporti contrattuali tra i fornitori di servizi di intermediazione online e gli utenti commerciali siano condotti in buona fede e basati su un comportamento corretto, i fornitori di servizi di intermediazione online

³⁶ Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1150&from=EN>.

³⁷ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/proposal-regulation-single-market-digital-services-digital-services-act_en.pdf.

debbano: (a) non imporre modifiche retroattive ai termini e alle condizioni, tranne quando sono necessarie per rispettare un obbligo normativo o quando le modifiche retroattive sono vantaggiose per gli utenti aziendali; b) garantire che i loro termini e condizioni includano informazioni sulle condizioni grazie alle quali gli utenti commerciali possono risolvere il rapporto contrattuale con il fornitore; (c) includere nei loro termini e condizioni una descrizione dell'accesso tecnico e contrattuale alle informazioni fornite o generate dall'utente commerciale.

Motori di ricerca online

Il regolamento obbliga i fornitori di motori di ricerca online a definire una descrizione di ogni trattamento differenziato, in relazione a beni e servizi, che viene offerto ai consumatori da un lato, e agli altri utenti del sito web aziendale dall'altro.

Condivisione dei dati

La condivisione dei dati con terzi è incorporata nell'articolo 9, paragrafo 2, lettera d), come requisito di informazione, anche per quanto riguarda lo scopo di tale condivisione dei dati.

Effetti e limiti

Il regolamento P2B ha creato una maggiore trasparenza generale nel funzionamento delle piattaforme online. Le pratiche commerciali sleali, come le cancellazioni improvvise di accounts, il declassamento ingiustificato negli elenchi dei risultati di ricerca o il ranking non trasparente sono state arginate dagli obblighi del regolamento. Sebbene, infatti, le pratiche sleali non siano vietate in quanto tali, gli obblighi di divulgazione imposti dal regolamento P2B hanno portato a una certezza giuridica significativamente maggiore da parte degli utenti della piattaforma commerciale.

Il regolamento P2B può quindi essere considerato l'antecedente dell'odierna proposta del DMA. **Se il regolamento P2B basa la propria efficacia sulla serie di obbligazioni di trasparenza per le piattaforme online, il DMA vuole andare oltre tutto ciò, cambiando il panorama regolatorio del settore.** Infatti, sebbene le piattaforme siano state tradizionalmente soggette a una regolamentazione "leggera", dopo il DMA molto probabilmente si atterranno a regole che richiedono loro di introdurre modifiche alle loro pratiche di gestione e controllo del mercato.

In particolar modo, quello che il DMA spera di ottenere è superare il limite della regolamentazione ad-hoc per il settore, ben identificabile attraverso il regolamento P2B. Infatti, il limite principale del regolamento P2B è quello di essere parte della regolamentazione settoriale, non rendendo quindi più semplice, ma più complessa la comprensione della regolamentazione del settore delle piattaforme online.

L'obiettivo del DMA è quello, quindi, di offrire una legge che rifletta adeguatamente ed in modo completo anche obblighi di altri regolamenti che si applicano alle piattaforme

online (come gli obblighi di trasparenza stabiliti nella Direttiva³⁸ sui diritti dei consumatori e i vincoli del diritto alla portabilità dei dati sanciti dal GDPR)³⁹ per porsi come punto di riferimento per la regolamentazione tutta del mercato digitale.

In questo modo, **il settore delle piattaforme online in Europa passerebbe così da una regolamentazione frammentaria e "leggera", utilizzabile per lo più *ex-post*, ad una più "universale" e completa, efficace principalmente *ex-ante*.**

Cosa potrebbe cambiare con il Digital Markets Act

Introduzione

Il nuovo stato dell'arte dell'antitrust Europea si fonda sul diritto di regolare *ex-ante*, anticipando gli equilibri del mercato. Questo cambio di paradigma è codificato nella proposta di regolamento dal nome *Digital Markets Act*, ispirata alla vigilanza bancaria e dettata da alcuni cambiamenti strutturali nel mercato unico.

Nell'**Unione Europea l'economia è in transizione verso il digitale**: specialmente start-up e piccole medie imprese hanno iniziato a sfruttare il potenziale offerto ad esempio dai servizi di piattaforma e cloud computing principalmente di Google e Amazon, ma non solo. La logica è di convenienza, in quanto il progresso digitale rende possibile convertire costi fissi (quali investimenti in reti e server interni all'azienda) con costi variabili (e.g. outsourcing a G-suite o AWS). Si sono di fatto abbassate le barriere all'entrata per un nuovo entrante (attraverso la riduzione degli investimenti richiesti) mentre, per alcune imprese, il mercato si è espanso sul web e i costi si sono contratti.

Questa nuova opportunità ha chiaramente portato a un **ulteriore aumento del potere di mercato delle ancora poche e consolidate aziende che offrono questi servizi**, e che erano in parte già leader in altri mercati digitali (come l'*ad tech*). Molte di queste aziende nascono proprio grazie all'esistenza di una specifica piattaforma, a cui si legano per i loro profitti. La lenta transizione verso un'economia digitale in tutti i settori è stata catalizzata⁴⁰ dai *lockdown* e la pandemia COVID-19, durante i quali la maggior parte della popolazione si è digitalizzata⁴¹, aumentando il numero di pupille con potenziale di guadagno.

Grazie anche all'avvento di nuove tecnologie come la rete 5G e a un'espansione delle infrastrutture digitali (ad esempio le CDN⁴²), è chiaro come il mercato sia ancora in fase embrionale, con importanti sviluppi all'orizzonte sia per l'industria che per i regolatori. ||

³⁸ Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2011/83/oj>.

³⁹ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>.

⁴⁰ McKinsey (2020), "How COVID-19 has pushed companies over the technology tipping point—and transformed business forever", <https://www.mckinsey.com/business-functions/strategy-and-corporate-finance/our-insights/how-covid-19-has-pushed-companies-over-the-technology-tipping-point-and-transformed-business-forever>

⁴¹ UNCTAD (2021), "How COVID-19 triggered the digital and e-commerce turning point", <https://unctad.org/news/how-covid-19-triggered-digital-and-e-commerce-turning-point>

⁴² Wikipedia: definizione di Content Delivery Network, https://it.wikipedia.org/wiki/Content_Delivery_Network

DMA si volge principalmente al rapporto *business-to-business* ma indirettamente deriva dal ruolo che le grandi piattaforme hanno sui loro utenti finali e si intreccia con la disciplina sulla proprietà dei dati.

Effetti

La proposta di regolamento datata 15 Dicembre 2020 capitalizza⁴³ sulle normative in materia di concorrenza (in particolare gli articoli TFUE 101, 102 e il regolamento 139/2004 sulle acquisizioni), si ispira agli accordi di Basilea (ad esempio per i *disclosure requirements* in ambito servizi finanziari) ed è una prima esecuzione mondiale di una regolazione digitale specifica⁴⁴.

Se fino ad oggi sono principalmente il prezzo e la qualità i due metri usati per determinare l'intervento dell'antitrust, tracciando gli effetti sul benessere dei consumatori dell'organizzazione industriale, **con il DMA il focus è sul limitare che i mercati digitali vengano soffocati da pochi grandi attori, i cosiddetti *gatekeepers*** (vedi box sotto).

Il concetto di *gatekeeper* è definito dalla commissione Europea come: una grande piattaforma online; rilevante economicamente ma anche in numero di utenti privati e commerciali nell'unione; che ha una posizione stabile nel tempo⁴⁵. Nonostante i consumatori abbiano inizialmente beneficiato da un aumento del numero di servizi digitali a prezzo nullo o molto basso, il danno potenziale di queste piattaforme deriva, secondo la commissione, essenzialmente da comportamenti anticompetitivi che sfruttano sia le posizioni cementate degli attuali player nel mercato, sia le caratteristiche economiche dei dati⁴⁶, in cui il DMA si integra con il GDPR⁴⁷.

Per spiegare come questi comportamenti hanno origine è utile osservare i *business model* di queste aziende. Nei casi dei *gatekeepers* più rilevanti come Google e Facebook si può notare come essi siano incentrati estensivamente sui dati degli utenti sfruttando, ad esempio: gli effetti di rete⁴⁸ diretti e indiretti; gli effetti di ecosistema⁴⁹ e di piattaforma multilaterale⁵⁰ ed il costo marginale sostanzialmente nullo nel crescente

⁴³ Shahzada Aamir Mushtaq, Fariha Sabahat and Huma Rao (2020), "The Dawn for a New Antitrust Law Framework for Digital Platforms, Evidence from an Empirical Comparative Analysis of EU Antitrust Decisions," Journal of Business and Social Review in Emerging Economies

⁴⁴ Alcuni tentativi includono quello del Bundeskartellamt tedesco, che in un certo senso anticipa nella messa in atto il DMA: Jens-Uwe Franck & Martin Peitz (2021), "Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act," CRC TR 224 Discussion Paper Series crctr224_2021_297, University of Bonn and University of Mannheim, Germany.

⁴⁵ I criteri quantitativi includono un fatturato minimo di €6,5 mld nei tre esercizi finanziari precedenti o una capitalizzazione di €65 mld di una gatekeeper attivo come piattaforma di base in tre stati membri. Inoltre, dovrà contare 45 mln utenti finali o 10mila commerciali annui nell'UE.

⁴⁶ Identificate nel report IMF (2019), "The Economics and implications of Data", <https://www.imf.org/en/Publications/Departmental-Papers-Policy-Papers/Issues/2019/09/20/The-Economics-and-Implications-of-Data-An-Integrated-Perspective-48596>

⁴⁷ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/o>

⁴⁸ Definizione da Harvard Business School online, <https://online.hbs.edu/blog/post/what-are-network-effects>

⁴⁹ Differenza tra ecosistema e piattaforma, da Medium.com, <https://medium.com/ben-and-dion/the-difference-between-platforms-and-ecosystems-37c61f34a908>

⁵⁰ Rochet, Jean-Charles, and Jean Tirole (2003), "Platform competition in two-sided markets", Journal of the european economic association 1.4: 990-1029.

numero di utenti. Tutti fattori che portano a economie di scala. Si aggiungono i cosiddetti *exhaust data*, ossia esternalità in termini di dati generate dal consumo di servizi da parte di utenti finali⁵¹, economie di scopo derivate dallo sfruttamento dei dati acquisiti in un ambito in altri servizi offerti dalla stessa piattaforma, assenza di *multi-homing* dei dati tra diverse piattaforme ed effetti di *lock-in* per via di frizioni comportamentali degli utenti, una volta abituati a un livello di consumo. Tutti questi fattori derivanti dai dati depositano nelle mani di chi li possiede un vantaggio competitivo, potenzialmente a danno di piccoli attori (ad esempio perché nuovi sul mercato).

Le conseguenze economiche per l'industria derivano da un aumento della scala efficiente a cui operare, con conseguente aumento dei costi fissi e quindi crescenti barriere all'entrata. Questo porta a un'ulteriore selezione dei potenziali entranti nel mercato e l'integrazione verticale, con il rischio di rallentamento dell'innovazione nel settore per via dello sfruttamento delle rendite posizionali⁵². **Il principale danno al consumatore non origina quindi in un più alto prezzo nel breve termine, ma potenzialmente da una minore scelta e uno sfruttamento dei dati generati per estrarre rendite** (vedere Figura 3).

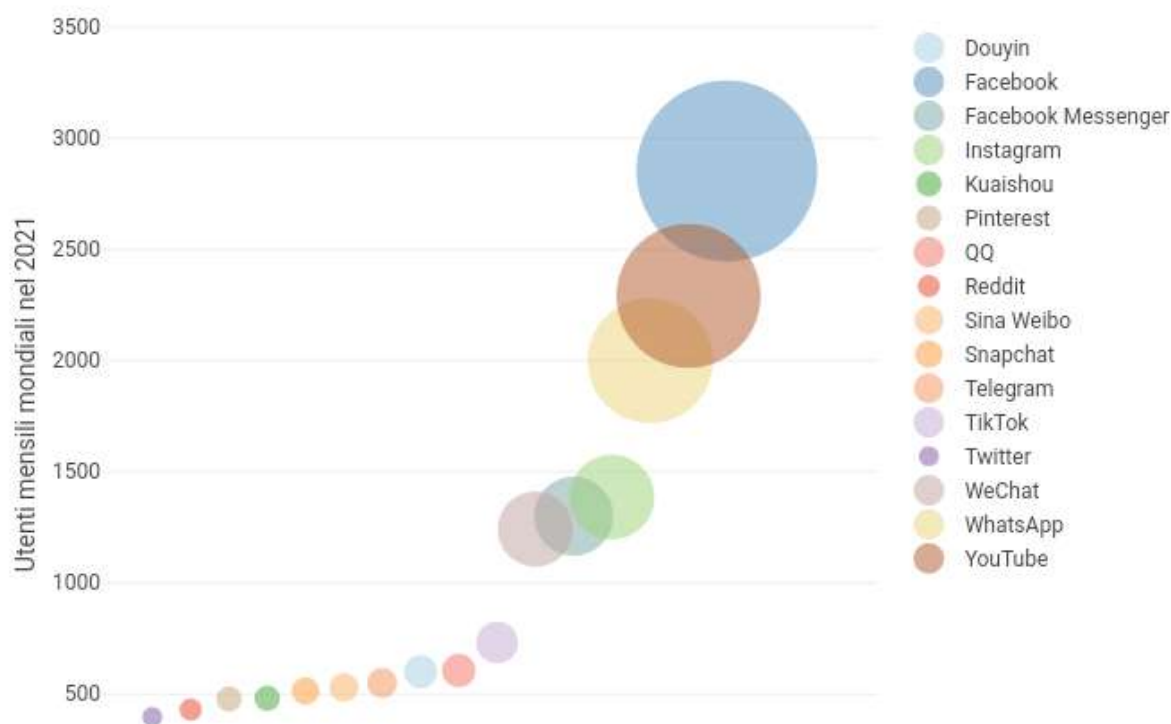


Figura 3: Social media per numero di utenti mensili mondiali nel 2021

Fonte: Our World in Data

⁵¹ Ichihashi, Shota (2021), "The economics of data externalities", Journal of Economic Theory: 105316.

⁵² van den Boom, Jasper, and Peerawat Samranchit (2020), "Assessing the long run competitive effects of digital ecosystem mergers"

In questo nuovo scenario economico, l'autorità competente soffre uno svantaggio nel regolare i nascenti mercati. In primo luogo, infatti, **i confini dei mercati digitali sono essi stessi non nitidamente definiti** (l'articolo 102 TFUE⁵³ prevede infatti la definizione del mercato rilevante per stabilire i comportamenti dannosi, vedi caso Google Android di seguito). In secondo luogo, **le autorità regolatorie devono agire prima che il comportamento anticompetitivo abbia luogo e che i danni diventino difficili da arginare**. Il DMA pone quindi in capo ai designati *gatekeepers* obblighi volti a preservare una condotta pro-competitiva (articoli 5 e 6 DMA).

I principali nuovi vincoli riguardano i rapporti con utenti commerciali su servizi di piattaforma di base e quindi solo indirettamente gli utenti finali. Tra questi figurano vincoli contrattuali con utenti commerciali e motori di ricerca da parte delle piattaforme, che devono implementare clausole eque⁵⁴. In secondo luogo, deve essere garantita l'interoperabilità tra servizi di operatori commerciali e *gatekeeper*, anche attraverso l'accesso ai dati e alle interfacce di programmazione (API) per terze parti. Questo primo insieme di obblighi vuole rimodulare il rapporto relativo di forza a sfavore dei grandi *player*. L'accesso ai dati in particolare ha il potenziale di permettere una competizione più equa sui servizi, attraverso maggiore precisione per le terze parti commerciali.

Per quanto riguarda il mercato delle app, non dovranno essere favoriti di default i servizi offerti dalla piattaforma stessa, ad esempio con la preinstallazione. Inoltre, dovrà essere garantito libero accesso ai negozi di applicazioni e a negozi di applicazioni di terzi. Particolare attenzione e priorità di accesso ai dati dei *gatekeepers* è riservata agli editori e inserzionisti, in quanto altamente esposti ai comportamenti delle piattaforme per i loro flussi di reddito⁵⁵. Infine, i destinatari del DMA saranno sottoposti ad audit sui metodi di profilazione dei clienti impiegati e dovranno garantire il *multi-homing* (inteso come utilizzo di più piattaforme concorrenti da parte degli utenti finali). In questi articoli l'obiettivo è di favorire l'interoperabilità ed evitare fortificazioni delle posizioni attraverso lo sfruttamento della massa critica accumulata.

A questa serie di vincoli si aggiunge nuovo potenziale per sanzioni al *gatekeeper*, in caso dovesse adottare comportamento deviante, per un massimo del 10% del fatturato totale. Inoltre, i rimedi possono essere strutturali (in base a proporzionalità), andando dalla separazione funzionale e giuridica fino, in *ultimum refugium*, alla cessazione dell'attività.

Nonostante sia una bozza perfezionabile⁵⁶, specie sulla definizione stessa di *gatekeeper* che è ritenuta troppo ampia di margini ma anche circa la verifica del rispetto degli obblighi potenzialmente molto onerosa, **c'è consenso circa la necessità di un regolamento di questo tipo, che coordini gli sforzi degli stati membri nella regolazione di questo nuovo genere di attori**. Il nuovo strumento si prospetta

⁵³ Treaty on the Functioning of the European Union - Article 102 (ex Article 82 TEC), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12008E102&from=DE>

⁵⁴ FRAND: Fair, reasonable, non discriminatory clauses

⁵⁵ A questo riguardo il caso Google e Facebook news in Australia, <https://www.bbc.com/news/world-australia-56163550>

⁵⁶ Alcuni problemi sono stati sollevati: Damien Gerardin (2021), "The DMA proposal: Where do things stand", The Platform Law, <https://theplatformlaw.blog/2021/05/27/the-dma-proposal-where-do-things-stand/>

potenzialmente molto ampio di utilizzo, e una delle maggiori integrazioni al 102 TFUE dalla sua nascita.

APPROFONDIMENTO

I GATEKEEPERS NEL DIGITAL MARKET ACT

Cos'è un servizio di piattaforma di base?

- a. servizi di intermediazione online;
- b. motori di ricerca online;
- c. servizi di social network online;
- d. servizi di piattaforma per la condivisione di video;
- e. servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero;
- f. sistemi operativi;
- g. servizi di cloud computing;
- h. servizi pubblicitari, compresi reti pubblicitarie, scambi di inserzioni pubblicitarie e qualsiasi altro servizio di intermediazione pubblicitaria, erogati da un fornitore di uno dei servizi di piattaforma di base

Quali sono i requisiti per essere designato gatekeeper?⁵⁷

- Offrire servizi di piattaforma di base nell'Unione Europea
- Avere un alto impatto sul mercato: fatturato maggiore di €6,5 mld nei tre esercizi finanziari precedenti o capitalizzazione di €65 mld, oltre a essere attivo come piattaforma di base in tre stati membri;
- Ingaggiare annualmente almeno 45 mln utenti finali o 10 mila commerciali situati nell'unione;
- Ha inoltre una posizione consolidata, se i requisiti valgono per gli ultimi 3 esercizi finanziari.

Il caso Google-Android: come contrastare gli abusi dei gatekeepers digitali

Introduzione

Dopo le denunce di FairSearch e Aptoide nell'Aprile e Giugno 2014⁵⁸, il 15 aprile 2015 la Commissione Europea ha avviato un'indagine ufficiale contro Google⁵⁹ rispetto alla sua predominanza nel mercato digitale.

In particolare, nelle 300 pagine di sentenza, la Commissione ha affermato che **Google aveva intrapreso azioni illegali per mantenere la sua posizione dominante nel mercato** mobile grazie al modo in cui concedeva in licenza la sua *suite* di applicazioni

⁵⁷ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (Digital Markets Act), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=en>

⁵⁸ FairSearch (2018), Google- Android Decision press pack, https://fairsearch.org/fairsearch-google-android-decision-press-pack-18-july-2018/#_Toc519670804

⁵⁹ Commission Decision of 18 July 2018 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (the Treaty) and Article 54 of the EEA Agreement (AT.40099 - Google Android), https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf

Android. Questo caso è utile quindi per illustrare un esempio di abuso da parte di un *gatekeeper*, e degli strumenti, ad oggi, nelle mani della Commissione per contrastare tali abusi.

In base all'articolo 102 del TFUE e all'articolo 54 dell'accordo sullo spazio economico europeo (EEA)⁶⁰, Google è in prima istanza indicata come detentrica di una posizione dominante nei mercati di: servizi di ricerca; mercati online di applicazioni (Play Store); sistemi operativi mobili (Android); browser, servizi digitali (G suite), streaming contenuti (Youtube); e-mail (Gmail)⁶¹.

Va tenuto a mente come ogni ricerca genera 'dati di scarico' (*exhaust data*), che possono essere utilizzati per apprendimento algoritmico, e quindi ricavi pubblicitari, la principale fonte di reddito per Alphabet. L'ubiquità nei mercati digitali di Google rende quindi possibile una profilazione molto accurata dei clienti, attraverso le loro attività su diversi servizi tramite un solo account.

Google detiene, infatti, una quota di circa il 92% nel mercato di ricerca per l'Europa⁶², staccando tutti gli altri competitors in maniera netta ed eccessiva, a parere della Commissione. La posizione di Google nel mercato open source è dominante, ma per determinare la violazione dell'articolo 102 TFUE la Commissione ha bisogno di criteri più stringenti⁶³ tra cui la riduzione della scelta per gli utenti finali⁶⁴.

Questa posizione dominante è stata abusata da Google tramite specifiche pratiche commerciali scorrette, citate nella sezione 20 art. 1 della sentenza:

1. Vendite abbinate (*Tying*), forzando i produttori a pre-installare la Google Search App e Chrome insieme al Play Store⁶⁵;
2. Pagamenti a favore dei produttori che avessero pre-installato le app Google (di Default, generando attrito nella libera scelta del consumatore);
3. Ostruzione alla concorrenza sul sistema Android tramite divieto di vendita su versioni alternative, cosiddette *Forks*, di Android (sulla carta sistema open source) non approvate da Google (accordi anti-fragmentation).

Secondo la Commissione, inoltre, Google, nata prima del mercato dei dispositivi mobili, ha potuto sfruttare la sua posizione per accedervi e diventare dominante (un

⁶⁰ Agreement on the European Economic Area, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:21994A0103\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:21994A0103(01)&from=EN)

⁶¹ Sezione 9 della sentenza AT.40099

⁶² Per rendere l'idea del divario: Bing detiene il 3%, Yahoo il 2%, Yandex l'1% e altri il 2%. Da New York Times (2015), "Europe Challenges Google, Seeing Violations of Its Antitrust Law", <https://www.nytimes.com/2015/04/16/business/international/european-union-google-antitrust-case.html>

⁶³ Auer, Dirk (2020), "Making Sense of the Google Android Decision", ICLE Antitrust & Consumer Protection Research Program, White Paper 1.

⁶⁴ Sundar Pichai (2018), Android has created more choice, not less, <https://www.blog.google/around-the-globe/google-europe/android-has-created-more-choice-not-less/>.

⁶⁵ Nella sentenza due punti separati

gatekeeper), prevenendo⁶⁶ lo sviluppo di sistemi concorrenti e quindi a danno dei consumatori. Il danno alle imprese deriva anche dal vincolo di installazione del PlayStore, importante fonte di reddito per Google e ora contestata in un caso separato⁶⁷.

Per questo è stata sanzionata nell'ordine di €6,7 miliardi di euro ed è stata obbligata a porre rimedi efficaci. Nel 2019, Google ha annunciato che offrirà agli utenti europei di telefoni Android l'opzione di scegliere quale browser e motore di ricerca desiderino sul proprio telefono al momento dell'acquisto, in modo da conformarsi ulteriormente alla decisione della Commissione⁶⁸.

P2B e DMA a confronto

Il caso Google Android è esemplare per comprendere le motivazioni che hanno spinto l'UE a migliorare la legislazione europea per il settore, passando dalla cosiddetta Platform-to-Business (P2B) Regulation all'odierna proposta di legge del Digital Markets Act (DMA).

Attraverso il Regolamento P2B, la Commissione non avrebbe i mezzi legislativi necessari per contrastare *ex-ante* le pratiche dei colossi tech, ma solamente *ex-post*. Infatti, la P2B aiuterebbe soltanto l'UE a fare in modo che i rapporti tra fornitori di servizi digitali e consumatori siano più trasparenti possibili, soprattutto da un punto di vista contrattuale, ma non a prevenire gli abusi da parte di Google nel mercato digitale. Nello specifico, solamente l'articolo 9 della legge P2B sulla condivisione dei dati potrebbe aiutare l'UE a prevenire *ex-ante* tali comportamenti scorretti da parte dei fornitori di servizi digitali. Infatti, secondo l'articolo 9, i fornitori di servizi di intermediazione online sono obbligati nei vari contratti stipulati chiare disposizioni riguardo l'utilizzo e la condivisione con terzi dei dati dei consumatori che usufruiscono dei loro servizi.

Tuttavia, la legge P2B, e con essa le altre leggi europee utilizzate per regolamentare, fino ad ora, le attività commerciali online, non hanno mai legiferato sulla natura di questi colossi tech, definiti nel DMA come "gatekeepers". Questo aspetto, insieme al fatto che il DMA racchiude in sé, in modo ampio e complessivo, molteplici particolarità del settore rimaste fino ad ora frammentate in diverse leggi europee, è la grande novità del DMA e di tutta la regolamentazione europea del mercato digitale.

Per capire l'effetto del DMA in questo caso può essere utile partire dalle dinamiche tra piattaforma e OEMs. Gli OEMs si trovavano al *gateway*⁶⁹ del mercato mobile, installare Android e con esso il Play Store garantisce accesso al relativo mercato delle app (effetti di rete indiretti) e quindi attrarre utenti finali⁷⁰. Essendo Google offerente di servizi di

⁶⁶ Sezioni 11-13 della sentenza AT.40099

⁶⁷ Reuters (2021), "Epic Games says Google paid phone and game makers to avoid \$1-bln app store hit", <https://www.reuters.com/technology/epic-games-says-google-paid-phone-game-makers-avoid-1-bln-app-store-hit-2021-08-19/>

⁶⁸ The Verge (2019), "Google will give Android users a choice of browser and search engine in Europe", <https://www.theverge.com/2019/3/20/18273888/google-eu-browser-search-choice>

⁶⁹ Gateway: porta di accesso al mercato

⁷⁰ Sezione 6.2.2 della sentenza AT.40099

piattaforma di base tramite Android e il Play Store, e ingaggiando 1.5 miliardi di utenti a livello globale, la sua posizione è chiaramente asimmetrica, prevedendo la designazione come *gatekeeper*⁷¹.

La posizione in sé non sarebbe dannosa, se Google stessa non competesse anche in mercati collegati quali motori di ricerca e browser (elencati nella sezione 9 della sentenza). **In quel caso invece il DMA porrebbe in capo a Google obblighi tra cui:** il divieto esplicito di discriminare tra utenti commerciali (nella sentenza vengono menzionati pagamenti esclusivi a favore di alcuni OEMs⁷²), condizioni eque per offerenti di motori di ricerca (integrando P2B), l'installazione di applicazioni di terze parti, accesso alle API, e, crucialmente, la disinstallazione di app preinstallate sui servizi di piattaforma.

In conclusione, **il caso Google-Android è utile per capire gli obiettivi che il regolatore ha nell'approcciare i mercati digitali e gli ostacoli che non possono essere sormontati da strumenti regolatori tradizionali.** Gli obiettivi sono di mantenere un livello di competizione potenziale. Questo sia *all'interno* dei mercati digitali (non più strettamente definiti, come emerso dalla sentenza) che *per* i mercati stessi, nella forma di competere per arrivare alla posizione di piattaforma. Gli ostacoli che la Commissione ha nel regolare (no più mercati ma piattaforme in senso lato), tra cui la lentezza delle procedure legali, possono essere attutiti da regolamenti come P2B e prevenuti con un cambio di paradigma, da *ex-post* a *ex-ante*.

⁷¹ Articolo 3, proposta di regolamento per mercati digitali equi e aperti (Digital Markets Act), https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/proposal-regulation-single-market-digital-services-digital-services-act_en.pdf

⁷² Sezione 13 della sentenza AT.40099

Conclusione

Attraverso la presente analisi, **il report ha voluto mostrare anzitutto come sia molto difficile regolamentare a livello europeo il mondo attuale dell'economia digitale**, soprattutto a causa della crescente diminuzione di soggetti responsabili per comportamenti illegali. Lo studio ha quindi voluto mettere in luce come l'Unione Europea stia provando ad adeguarsi ai cambiamenti dell'era del digitale attraverso la promozione di leggi più coerenti ed efficaci, ma soprattutto che responsabilizzino chi adotta comportamenti illegali a discapito dei consumatori.

Il confronto fra E-Commerce e DSA ha mostrato che una nuova legge sui servizi digitali è necessaria al fine di migliorare le norme di responsabilità e sicurezza per piattaforme, servizi e prodotti digitali e completare il mercato unico digitale. Tuttavia, ciò non sarà semplice, perché, allo stato attuale, nessuna legge è in grado di cogliere è che nessuna intelligenza artificiale è così evoluta per distinguere un «contenuto illegale» da uno legale, né tantomeno contenuti "equivalenti a contenuti ritenuti illegali"⁷³.

Allo stesso modo, l'analisi di P2B e DMA, attraverso l'analisi delle due leggi e il caso Google-Android, ha chiaramente messo in risalto le lacune della legislazione europea in materia di piattaforme digitali. In particolare, **l'analisi ha evidenziato come, attraverso il Regolamento P2B, l'UE non avrebbe i mezzi legislativi necessari per contrastare *ex-ante* le pratiche dei colossi tech, ma solamente *ex-post*, ed in modo assai limitato**. invece, attraverso il DMA, l'UE responsabilizzerebbe *ex-ante* i colossi tech impedendo loro di attuare pratiche illegali anti-competitive a discapito dei fornitori di servizi meno potenti.

In conclusione, sebbene DSA e DMA siano ancora al vaglio di Parlamento e Consiglio, l'UE ha già chiara la via da percorrere per tutelare gli interessi di tutti rispetto ai cambiamenti portati dal digitale nelle nostre vite ed attività commerciali: anticipare le pratiche scorrette delle grandi piattaforme ed assicurare trasparenza e accountability a fornitori e consumatori.

⁷³ Crawford, K. (2021), "Atlas of AI: Power, Politics, and the Planetary Costs of Artificial Intelligence", Yale University press.

Bibliografia

Agreement on the European Economic Area, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:21994A0103\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:21994A0103(01)&from=EN).

Alexandre de Stree, Martin Husovec (2020), "The e-commerce Directive as the cornerstone of the internal market", Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies Directorate-General for Internal Policies

Auer, Dirk. (2020), "Making Sense of the Google Android Decision." ICLE Antitrust & Consumer Protection Research Program, White Paper 1.

Boston Consulting (2016), "Digitizing Europe", https://www.bcg.com/en-nor/digitizing-europe-why-northern-european-frontrunners-must-drive-digitization-of-the-eu-economy_

Cabral Luis & Haucap Justus & Parker Geoffrey & Petropoulos Georgios & Valletti Tommaso & Van Alstyne Marshall (2021), "The EU Digital Markets Act", JRC Working Papers JRC122910, Joint Research Centre (Seville site), <https://ideas.repec.org/p/ipt/iptwpa/jrc122910.html>

Carriere-Swallow, Yan & Haksar, Vikram (2019), "The Economics and Implications of Data: An Integrated Perspective.", Departmental Papers / Policy Papers. 18. 10.5089/9781513511436.087, <https://www.imf.org/en/Publications/Departmental-Papers-Policy-Papers/Issues/2019/09/20/The-Economics-and-Implications-of-Data-An-Integrated-Perspective-48596>

Commission Staff Working Document of 11 January 2012, Online services, including e-commerce, in the Single Market, SEC(2011) 1641, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2d17d3dd-4f00-4e3c-b75c-98c03b135047/language-en>

Commission Staff Working Document of 11 January 2012, Bringing e-commerce benefits to consumers, SEC(2011) 1640, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011SC1640>

Commission Staff Working Document of 25 May 2016, Online Platforms, SWD(2016), <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>.

Commission Decision of 18 July 2018 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (the Treaty) and Article 54 of the EEA Agreement (AT.40099 - Google Android), https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf

Commissione europea (2020), "A European strategy for data", https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_3.pdf

Corte di giustizia dell'Unione europea, comunicato stampa n. 99/16 Lussemburgo, 15 settembre 2016, "Sentenza nella causa C-484/14 Tobias Mc Fadden / Sony Music Entertainment Germany GmbH", <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-09/cp160099it.pdf>

Crawford, K. (2021), "Atlas of AI: Power, Politics, and the Planetary Costs of Artificial Intelligence", Yale University press.

Damien Gerardin (2021), "The DMA proposal: Where do things stand ", The Platform Law, <https://theplatformlaw.blog/2021/05/27/the-dma-proposal-where-do-things-stand/>

Decreto Legislativo 9 aprile 2003, n. 70, Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico, <https://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/03070dl.htm>

Proposal for a Regulation on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, COM (2020) 825 final, 15.12.2020

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act),
https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/proposal-regulation-single-market-digital-services-digital-services-act_en.pdf

Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1150&from=EN>

Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>

Report of the Commission of 21 November 2003 on the application of Directive on electronic commerce, COM (2003) 702,
[https://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2003/0702/COM_COM\(2003\)0702_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2003/0702/COM_COM(2003)0702_EN.pdf)

Regulation of The European Parliament and of The Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC,
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en>

Rochet, Jean-Charles, and Jean Tirole (2003), "Platform competition in two-sided markets.", Journal of the european economic association 1.4 (2003): 990-1029,
<https://www.rchss.sinica.edu.tw/cibs/pdf/RochetTirole3.pdf>

Shahzada Aamir Mushtaq & Fariha Sabahat & Huma Rao (2020), "The Dawn for a New Antitrust Law Framework for Digital Platforms, Evidence from an Empirical Comparative Analysis of EU Antitrust Decisions," Journal of Business and Social Review in Emerging Economies, CSRC Publishing, Center for Sustainability Research and Consultancy Pakistan, vol. 6(3), pages 959-974, September,
<https://ideas.repec.org/a/src/jbsree/v6y2020i3p959-974.html>

Treaty on the Functioning of the European Union, Article 102 (ex Article 82 TEC),
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12008E102&from=DE>

Vezzoso, Simonetta (2021), "The Dawn of Pro-Competition Data Regulation for Gatekeepers in the EU",
<https://ssrn.com/abstract=3772724>

Van den Boom, J., & Samranchit, P. (2020), "Assessing the long run competitive effects of digital ecosystem mergers", Available at SSRN 3766282,
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3746343



ORIZZONTI POLITICI

Indipendenti
Costruttivi
Accessibili



www.orizzontipolitici.it



info@orizzontipolitici.it



Orizzonti Politici



@orizzontipolitici



@orizzontipo



Orizzonti Politici