

Le proposte di disciplina di *digital services* e *digital markets* della Commissione del 15 dicembre 2020

di Gianpaolo Maria Ruotolo

Title: December 2020 European Commission's proposals on digital services and digital markets

Keywords: Digital markets; digital services; EU Commission.

1. – Il 15 dicembre 2020 la Commissione europea ha presentato un pacchetto di misure per aggiornare la disciplina UE del settore digitale, distinte in due proposte di adozione di atti di diritto derivato: il regolamento Digital Services Act (DSA – Documento 15 dicembre 2020 COM(2020) 825 final), che mira a modificare la direttiva 2000/31/CE (*Direttiva sul commercio elettronico*, per esteso 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) e a regolare la sicurezza, la trasparenza e le condizioni di accesso ai servizi online, e il regolamento Digital Markets Act (DMA – Documento 15 dicembre 2020 COM(2020) 842 final), che si occupa invece degli aspetti commerciali e di concorrenza.

Le due proposte sono collegate alle misure anticipate nella Comunicazione della Commissione del 19 febbraio 2020 “Plasmare il futuro digitale” (*Shaping Europe's digital future*, reperibile [qui](#)) e alle politiche relative alla c.d. “sovranità digitale” dell'Unione (Si veda al riguardo anche l'*EPRS Ideas Paper* intitolato appunto *Digital sovereignty for Europe* predisposto dal Parlamento europeo e reperibile [qui](#)). Ricordiamo che con quest'ultima espressione, a volte resa anche con “sovranità tecnologica”, si fa riferimento alla capacità dell'Unione (e dei suoi Stati membri) di agire in modo indipendente nel mondo digitale con strumenti sia difensivi sia offensivi, per promuovere l'innovazione digitale e proteggersi, al contempo, dall'influenza economica e sociale di imprese tecnologiche extra-UE che, secondo alcuni, starebbero mettendo in pericolo il controllo dei cittadini europei sui loro dati personali, nonché limitando la crescita delle imprese hi-tech europee e addirittura la capacità di legislatori nazionali e dell'UE di garantire l'*enforcement* delle proprie normative (al riguardo, v. tutta la *saga* delle cause promosse dall'attivista Maximilian Schrems dinanzi a corti interne e alla Corte di giustizia, il cui ultimo atto è rappresentato da Corte giust., sent. 16-7-2020, causa C-311/18, *Data Protection Commissioner contro Facebook Ireland Limited e Maximilian Schrems*, su cui M. Nino, *La sentenza Schrems II della Corte di giustizia UE: trasmissione dei dati personali dall'Unione europea agli Stati terzi e tutela dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, 733 ss.; I. Oldani, *The future of data transfer rules in the aftermath of Schrems II*, in *SidiBlog*, 2020).

In questo contesto il regolamento DSA mira quindi a rivedere le regole che disciplinano il c.d. *user generated content* e la relativa responsabilità dei fornitori con riferimento ai profili relativi a violenza, *fake news*, *hate speech* et similia, nonché alle violazioni dei diritti di proprietà intellettuale. A tal fine il DSA mira a creare “categorie” di fornitori di servizi digitali e a graduare, di conseguenza, la loro responsabilità, anche in base alle loro capacità di conoscenza dei contenuti caricati dagli utenti.

La proposta pare sviluppare, senza innovare in maniera rivoluzionaria, concetti già contemplati dal diritto UE (e sui quali ci permettiamo di rinviare a G.M. Ruotolo, *A Little Hate, Worldwide! Di libertà d'opinione e discorsi politici d'odio on-line nel diritto internazionale ed europeo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, 549 ss.): essa, ad esempio, distingue i meri *provider*, che forniscono solo servizi di connettività e che quindi hanno scarse o nulle capacità di moderazione dei contenuti diffusi dai loro clienti, dai fornitori come Facebook o Google che, invece, hanno capacità di conoscenza – e quindi di moderazione – ben più penetranti, e aggrava la responsabilità di questi ultimi.

Il DSA, quindi, mira ad imporre solo ai fornitori di quest'ultimo gruppo una serie di penetranti obblighi di rimozione rapida dei contenuti illegali – rendendo così vincolante quanto da loro già volontariamente accettato con una serie di codici di condotta, in particolare quello relativo alla lotta ai discorsi d'odio (ricordiamo che il 31 maggio 2016, la Commissione, in applicazione della decisione quadro 2008/913/GAI e dell'art. 16 della direttiva sul commercio elettronico, ha promosso un Codice di condotta per il contrasto all'illecito incitamento all'odio online, al quale hanno aderito i principali operatori privati di servizi online, tra cui Google, Instagram, Snapchat, Dailymotion, Facebook, Twitter, Microsoft e YouTube) – e nuove responsabilità, tra cui quella di garantire alle istituzioni pubbliche la possibilità di sottoporre ad esame approfondito i loro dati interni, nonché l'obbligo di produrre annualmente un rapporto sullo stato di rischio dei loro servizi e di nominare un responsabile esterno e indipendente che verifichi il rispetto di tutte queste regole da parte loro.

Un altro passaggio del *draft* proposto dalla Commissione vuole poi imporre ai fornitori di servizi online l'obbligo di fornire ai loro utenti “informazioni significative” (anche se ora come ora è poco chiaro cosa ciò stia a significare) sui meccanismi che regolano la pubblicità online e, in particolare, sugli algoritmi di profilazione che decidono in tempo reale quale specifica inserzione mostrare loro.

Da quanto si legge, insomma, il regolamento DSA non pare ribaltare *upside-down* la regolamentazione UE della responsabilità dei fornitori di servizi online per i contenuti caricati dai loro utenti, quanto, più semplicemente, razionalizzarla nel rispetto di criteri e principi pregressi, di elaborazione prima giurisprudenziale e poi inseriti in misure normative già in vigore, come, ad esempio la già citata direttiva sul commercio elettronico (i cui artt. 14 e 15 escludono sia la responsabilità dei *provider* di servizi online per *user generated content* – sempre che il *provider* non sia effettivamente a conoscenza dell'illiceità e che, non appena al corrente di ciò, abbia agito immediatamente per rimuovere le informazioni illecite – sia ogni obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che questi trasmettono o memorizzano o più specifico di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite) o quella sul diritto d'autore nel mercato unico digitale (il cui art. 17, par. 3, prevede esplicitamente che quando il prestatore di servizi di condivisione di contenuti online operi alle condizioni stabilite dalla direttiva stessa, la limitazione di responsabilità di cui all'art. 14, par. 1, della direttiva sul commercio elettronico non possa trovare applicazione con riguardo ai profili relativi alla violazione di diritti di proprietà intellettuale - Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019. Per una analisi dettagliata di questo aspetto v. G.M. Ruotolo, *A Season in the Abyss, Il nuovo copyright UE tra libertà di informazione, diritti fondamentali e mercato unico digitale*, in *Il dir. dell'UE*, 2019, 367 ss.).

Quanto al regolamento DMA, invece, esso, avendo come obiettivo quello di rilanciare la competitività delle aziende europee in un settore dominato in larga misura da imprese statunitensi, va ad impattare sulle regole di concorrenza, mediante l'individuazione di imprese c.d. *gatekeeper*.

Con questa espressione si fa riferimento a quelle imprese che godono di una particolare posizione di dominio e che, per questo, possono costituire barriere all'ingresso di nuove aziende su un determinato mercato rilevante (si pensi ai mercati, distinti, del social networking, del cloud computing, della messaggistica, dello streaming, e così via...). Secondo il progetto della Commissione saranno considerate *gatekeepers*, in base a un criterio quantitativo, le imprese che in un anno fatturano, in UE almeno 6,5 miliardi di euro o che hanno almeno 45 milioni di utenti tra i cittadini dell'Unione, nonché, con un criterio invece qualitativo, le aziende, pur di dimensioni minori, che detengono posizioni di particolare dominio su mercati molto specifici. Tutte queste saranno soggette a regole volte a impedir loro di adottare comportamenti anticompetitivi: tali regole – e questa pare essere una delle innovazioni del pacchetto proposto, che però potrà essere valutata compiutamente solo dopo la sua approvazione definitiva – sono volte, ancor prima che a sanzionare *ex-post* le violazioni del diritto *antitrust*, ad impedire preventivamente comportamenti anticoncorrenziali.

I *gatekeeper*, infatti, non potranno promuovere esclusivamente i propri servizi o favorirli a discapito di quelli altrui, ciò che, invece, avviene attualmente: le aziende che gestiscono gli *store* di *app* (si pensi al caso dell'Apple Store) saranno quindi obbligate a garantire la parità di trattamento ai prodotti dei concorrenti, anche consentendo l'utilizzo di sistemi di pagamento e di abbonamento diversi dai loro (nei mesi scorsi, lo ricordiamo, si è assistito ad una controversia tra la Epic, azienda produttrice del notissimo videogioco online Fortnite e la Apple proprio per le modalità di pagamento del gioco imposte sullo Apple Store).

L'impianto punitivo proposto per la violazione di questi obblighi appare piuttosto severo, contemplando sanzioni *una tantum* fino al 10% del fatturato mondiale dell'azienda responsabile e sanzioni periodiche fino al 5% del fatturato globale giornaliero, con il loro aggravamento in caso di recidiva.

Le proposte, la cui approvazione definitiva è prevista entro il 2023, dovranno essere esaminate dalle Istituzioni UE competenti per la procedura legislativa ordinaria (Parlamento europeo e Consiglio, come noto) ed è probabile, come è già avvenuto in passato in occasione della procedura d'approvazione della direttiva sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale, che le proposte saranno oggetto di un dibattito molto acceso, tanto a livello istituzionale quanto di opinione pubblica: si pensi, ad esempio, agli interessi che potrebbero muovere Membri UE come il Lussemburgo o l'Irlanda, in cui hanno la loro sede europea molti degli "Over the Top", o all'impatto che le misure proposte dalla Commissione potrebbero avere sulla libertà d'espressione.

Gianpaolo Maria Ruotolo
Dip.to di Giurisprudenza
Università di Foggia
gianpaolo.ruotolo@unifg.it