

Luca Bolognini  
Enrico Pelino  
Marco Scialdone  
(a cura di)

Tech e-Law

# Digital Services Act e Digital Markets Act

Definizioni e prime applicazioni  
dei nuovi regolamenti europei

## Introduzione

Il DSA è stato definito la nuova costituzione digitale dell'Unione europea (1). Mantiene davvero la promessa di rafforzare i diritti e di creare un ambiente online più sano e sicuro, soprattutto più trasparente?

Il DMA cerca di limitare il ruolo dominante dei padroni dei flussi informativi, i c.d. *gatekeeper*, ossia i guardiani dei grandi mercati digitali. Assicura davvero condizioni più eque e spazi di sviluppo alle imprese che fanno uso dei loro servizi e agli utenti?

Questo libro, il primo in Italia a esplorare in modo sistematico la materia, cerca di spiegare che cosa sono il DSA e il DMA, i due gemelli normativi della strategia digitale dell'Unione, atti complessi, talvolta sfuggenti, specie se non collocati in una geografia giuridica più ampia. Cerca di decostruirli, di raccontare come funzionano, per quali operatori, in quali settori, con quali prospettive di incidenza sulla vita relazionale e professionale di chi opera nell'Unione.

Il volume si propone anche di tracciare un primo bilancio, non privo di ombre — lo anticipiamo — perfino rispetto ai temi che più immediatamente connotano i due corpi normativi, ossia, per il DSA, l'esigenza di attivare un contrasto efficace alla disinformazione e la proliferazione online di contenuti illeciti, pur rispettando la pluralità delle voci; quanto al DMA, l'esigenza di assicurare maggiore concorrenza e opportunità di sviluppo, pur evitando soluzioni troppo interventiste sul mercato.

Quello che si offre è allo stesso tempo, tuttavia, un quadro non privo di luci: sono effettivamente introdotte regole, pregevoli, di trasparenza e di tutela, che possono fornire altrettante leve operative, da comprendere e utilizzare. È dato inoltre ampio spazio a un approccio anticipatorio, di *accountability* cioè, scelta apprezzabile perché, se efficacemente presidiata, ha conseguenze di sistema, permette trasformazioni sociali e culturali ben più utili e stabili di quelle legate a meccanismi di violazione/sanzione.

**A chi si rivolge il volume** — L'opera si rivolge a chi utilizza professionalmente motori di ricerca, *marketplace*, piattaforme *social* per promuovere attività o competenze, a chi gestisce un servizio intermediario, per esempio piattaforme di incontro di domanda e offerta tra professionisti o tra professionisti e consumatori, a chi si informa e informa in rete, a chi ritiene pregiudicata la propria reputazione online, a chi si duole degli automatismi di rimozione dei contenuti, a chi si interroga sul rapporto tra algoritmi di raccomandazione e radicalizzazione, a chi riflette sulle trasformazioni sociali determinate dalle piattaforme

---

<sup>1</sup> Cfr. T. WÖLKEN, *SC&D negotiator on the Digital Services Act initiative report in the committee for legal affairs*, cfr. *Euractive press release*, 15 dicembre 2020, <https://pr.euractiv.com/pr/digital-co-institution-europe-s-20-years-overdue-people-must-come-profit-210591>.

online di dimensioni molto grandi e desidera individuare strumenti legali di contrasto, agli operatori del diritto, agli attivisti digitali e ai semplici curiosi del nuovo che avanza. Il taglio è giuridico, necessariamente, e tuttavia, per quanto possibile, anche divulgativo.

**Che cos'è dunque il DSA** — Alla base c'è un'idea ambiziosa. La società dell'informazione è anche la società della troppa informazione, dell'informazione non di qualità, della dipendenza da automatismi computazionali, della diffusione di teorie cospirazioniste e di manipolazioni governative, del bullismo digitale. L'idea normativa ambiziosa è quella di disciplinare il mercato a un livello elevato di complessità e di farlo in anticipo sugli altri legislatori mondiali, di contare cioè sul c.d. "*Brussels effect*", ossia l'effetto trainante della normativa europea, che tende a creare *standard de facto* a livello globale. Se non possiamo competere in tecnologia, competiamo in diritto, assicurando i nostri valori, cercando di creare le condizioni perché altri li replichino.

Non che non esistano già regole, intendiamoci. Ci sono quelle dei vari settori che incrociano la società dell'informazione, anche aggiornate di recente, ad esempio il GDPR in materia di protezione dei dati personali. Tuttavia, sul terreno più specifico, quello proprio cioè degli intermediari di servizi digitali, ossia l'elemento che, in questo ambito, davvero connette tutto, il nucleo centrale della disciplina era concentrato sulla manciata di precetti contenuti negli artt. da 12 a 15 della direttiva 2000/31, modellati idealmente sulla *Section 230* del CDA statunitense. Sono regole tanto lungimiranti da avere trovato conferma esatta nel DSA, e tuttavia largamente insufficienti nell'attuale sviluppo della società digitale, che nel 2000 presentava tratti solo embrionali e non lasciava prevedere i futuri impatti economici, sociali e relazionali.

**Quali servizi sono disciplinati dal DSA** — Deve essere subito chiaro che il DSA disciplina non i servizi della società dell'informazione in generale, ma solo quelli forniti da intermediari. Con ciò, tuttavia, affronta anche il settore economico più strategico. Per chiarire, sono intermediari: i motori di ricerca, i *marketplace*, le piattaforme *social*, le piattaforme di condivisione di video, i fornitori di servizi di messaggistica, i fornitori di infrastrutture cloud, di CDN (*content distribution network*), i fornitori di connessione a Internet (*Internet service provider*), i gestori di *forum* online. Il volume affronterà in dettaglio il concetto di intermediario e le sue implicazioni nella società dell'informazione.

**Come è strutturato il DSA** — Con qualche semplificazione, si può dire che l'atto è strutturato su tre grandi partizioni di estensione disomogenea: (i) disciplina della responsabilità degli intermediari, o meglio dell'esonazione di responsabilità, che ripete con minime eccezioni le regole poste dalla direttiva 2000/31; (ii) obblighi di diligenza degli intermediari, che costituiscono la parte veramente innovativa e sono impostate per scaglioni di regolamentazione, su base sia quantitativa (numero medio di utenti) sia qualitativa; (iii) definizione del ruolo delle autorità di vigilanza e del particolare ruolo dei "coordinatori", poteri della

Commissione europea, individuazione dei livelli sanzionatori e dei mezzi di ricorso, parte anche questa completamente nuova.

**Parole chiave del DSA** — Parole chiave della nuova normativa sono per esempio le seguenti: amplificazione algoritmica, sistemi di raccomandazione dei contenuti, profilazione, decisioni automatizzate, moderazione, contenuti illeciti.

**Di che cosa tratta in concreto il DSA** — Il DSA ha un oggetto caratteristico, ma ha anche sviluppo trasversale che incrocia diversi settori del diritto. Il nucleo caratteristico riguarda il contrasto all'*hate speech*, alla pedopornografia, alla manipolazione di informazioni, alle *bot farm*, alla distorsione informativa, alla censura online, ai condizionamenti nell'approvvigionamento di informazioni. Lo sviluppo trasversale riguarda settori come la tutela del consumatore, incluso il contrasto ai *dark pattern* e alla pubblicità non conforme; la tutela del diritto d'autore e dei diritti di proprietà industriale; la protezione dei dati personali; temi legati ad *antitrust* e concorrenza, filo che lo collega al suo gemello diverso, il DMA, quasi interamente sviluppato appunto in chiave anti-monopolistica e di favore allo sviluppo tecnologico. Come lo yin ha un puntino bianco, così anche lo yang ha un puntino nero: anche nel DMA sono rinvenibili disposizioni che toccano le garanzie del dibattito democratico, giacché tale regolamento risponde non soltanto ad esigenze di riequilibrio della contestabilità dei mercati digitali, ma origina altresì dalla consapevolezza del ruolo che le piattaforme possono giocare in termini di accesso all'informazione e di condizionamento dei comportamenti individuali.

Quello che rende insieme afferrabile ma sfuggente il DSA è proprio che si occupa di molti settori, di qui l'ampia (e giuridicamente complessa) serie di norme che riconoscono la prevalenza sul DSA (*lex generalis*) di svariate leggi più specifiche, ad esempio: GDPR ed *ePrivacy Directive* (dir. 2002/58), la direttiva sui servizi audiovisivi o "AVMSD" (direttiva 2018/1808/UE), the direttiva sul diritto d'autore e diritti connessi nel mercato unico digitale, direttiva 2019/790/UE; la normativa consumeristica; il regolamento (EU) 2021/784 in materia di contrasto alla diffusione di contenuti terroristici online.

**Alcune delle novità più interessanti** — Infine, un breve elenco delle novità più significative: chiarimenti procedurali e contenutistici sugli ordini per il contrasto dei contenuti illegali e sugli ordini di fornire informazioni; obbligo per gli intermediari di permettere agli utenti (i destinatari) la segnalazione (*flag*) di contenuti non conformi; regolamentazione dei "segnalatori attendibili"; prescrizione di elementi essenziali che devono essere contenuti nei termini e condizioni degli intermediari; nuove regole per i *marketplace* volte a rafforzare gli *standard* attesi dai fornitori di beni e servizi leciti, tracciabilità dei prodotti; possibilità di presentare reclami alle piattaforme in occasione della rimozione di contenuti; informazioni obbligatorie da rendere agli utenti nel caso di rimozione e restrizione di contenuti; introduzione di regole e tutele in materia di moderazione; proibizione dello *shadow banning*; disciplina di alcuni aspetti dei sistemi di

raccomandazione dei contenuti; maggiore trasparenza sulla pubblicità; garanzie rafforzate a protezione dei minori; obblighi stringenti e analisi basate sul rischio sistemico per le piattaforme e i motori di dimensioni molto grandi; facilitazioni alla conoscenza di dati per attività di ricerca scientifica; individuazione di una struttura di vigilanza con ruoli specifici e canali di cooperazione.

**Nota sulla versione italiana del DSA** — Si segnalano al lettore errori di traduzione nella versione italiana del regolamento. Talvolta si tratta di meri refusi (es., art. 34.1 « I fornitori *die* piattaforme online »; art. 26.3 e cons. 69 « categorie speciali » anziché « categorie particolari »), talaltra di questioni di impatto sostanziale (es., art. 13.1 « possono designare » invece di « devono designare »; art. 14.1 « includono nelle loro condizioni generali informazioni sulle restrizioni », anziché « includono nelle loro condizioni generali informazioni su *qualsiasi* [*any*, n.d.a.] restrizione »). Si raccomanda pertanto sempre di confrontare le diverse versioni linguistiche con l'originale in inglese, certi che il diritto non lo faccia un traduttore distratto ma il legislatore.

**Che cos'è il DMA** — L'obiettivo del DMA è quello di introdurre una regolazione volta a porre rimedio, a livello europeo, alle conseguenze negative del potere di mercato delle piattaforme online che agiscono come punti d'accesso (c.d. *gatekeeper*) in relazione a un insieme di *core platform services*. L'obiettivo è assicurare l'equità e la contendibilità dei mercati digitali nei quali operano i *gatekeeper* attraverso una serie di obblighi *ex ante* imposti nei confronti di questi ultimi.

Si tratta, dunque, di una disciplina che mescola caratteristiche antitrust a tratti eminentemente regolatori nel dichiarato intento di proteggere la competitività del tessuto produttivo ed imprenditoriale europeo, caratterizzato dalla presenza preponderante di piccole e medie imprese, in quanto tali sprovviste del potere negoziale necessario per opporsi efficacemente — da sole — alle condizioni contrattuali imposte dai *gatekeeper*.

**Quali servizi sono disciplinati dal DMA** — A dispetto del nome, il DMA non intende regolare ogni aspetto né ogni soggetto dei mercati digitali, al contrario, è stato concepito per trovare applicazione nei confronti di un numero ristretto di operatori dalle considerevoli dimensioni. Basti pensare che si presumono *gatekeeper* (e, dunque, sono soggetti ai relativi obblighi) le imprese che: *a*) raggiungono un fatturato annuo nell'Unione Europea pari o superiore a 7,5 miliardi di euro in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari, o abbiano una capitalizzazione di mercato media nell'ultimo esercizio finanziario quanto meno pari a 75 miliardi di euro; *b*) annoverano nell'ultimo esercizio finanziario più di 45 milioni di utenti finali attivi mensilmente, stabiliti o situati nell'Unione, e oltre 10.000 utenti commerciali attivi annualmente, o occupano una posizione ec-

Sezione non inclusa

Parte I  
IL *DIGITAL SERVICES ACT* (DSA)

## 1.

# Il *Digital Services Act* e la libertà d'impresa

di Luca Bolognini

## 1. La libertà d'impresa come diritto fondamentale

Ogni normativa, anche la più tecnica o settoriale, porta con sé e valorizza un'idea di mondo e ne esclude, o almeno penalizza, altre e differenti. Potremmo affermare che ogni norma, primaria, secondaria, terziaria e così via, in tale prospettiva, è sempre frutto di una scelta politica, che mira a combinare equilibri e direzioni sociali, economiche, istituzionali in un senso o nell'altro. Il *Digital Services Act* (DSA) non sfugge a questa regola e si pone come strumento d'innalzamento dei livelli di salvaguardia e valorizzazione di diritti, libertà, interessi meritevoli di tutela nell'ordinamento europeo, da un lato, e come elemento di limitazione dell'estensione di altri diritti, libertà, interessi. Tra essi, sia al positivo (oggetto di valorizzazione) sia al negativo (oggetto di limitazione), troviamo senza dubbio le libertà d'intrapresa e d'iniziativa economica.

Recita l'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rubricato « Libertà d'impresa »: « È riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali ». Anche l'articolo 41 della Costituzione italiana sancisce la libertà d'iniziativa economica come pilastro fondamentale, pur nei limiti posti dall'ordinamento e dal necessario bilanciamento con altri diritti, libertà, interessi: « L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali ».

## 2. Bilanciamento tra diritti, libertà, interessi

La libertà d'impresa è un diritto fondamentale, di persone fisiche e giuridiche, e, come tale, va salvaguardata e non può essere annientata, né da poteri privati, né dal legislatore, né dalle autorità pubbliche chiamate ad applicare la legge. È pacifico che il bilanciamento tra diritti, libertà e interessi non possa avvenire in generale e in astratto, tantomeno in assoluto, ma vada operato caso per caso. Nell'esercizio di bilanciamento tra diritti e libertà fondamentali e interessi pubblici, devono guidare i principi di proporzionalità e ragionevolezza. Ragionevolezza che, stando alle parole della sentenza della Corte costituzionale n. 1130 del



1988, « lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti »; per poi lievitare, questo impasto misto e bilanciato tra proporzionalità e ragionevolezza, nella formula della cosiddetta “razionalità pratica”, adottata dalla Corte costituzionale con sentenza n. 172 del 1996.

Sempre attraverso le parole della Corte costituzionale italiana, nella sentenza n. 85 del 2013 sul caso ILVA, si aclara che « tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro” (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona ».

### 3. L’impatto del DSA sul mercato

Non è qui in discussione che le nuove regole imposte con il *Digital Services Act* (DSA) vadano a incidere sui margini di manovra, in termini di libera iniziativa economica, dei prestatori di servizi intermediari, delle piattaforme online e dei motori di ricerca. E non è un caso che questo Regolamento “si tenga” strettamente con l’altro, il *Digital Markets Act* (DMA, regolamento (UE) 2022/1925), motivo per cui questo volume li analizza insieme — pur non rinviando mai ad esso e rintracciandosi, nel DMA, un mero accenno a quello che sarebbe stato il futuro DSA (« un regolamento relativo a un mercato unico per i servizi digitali ») nel considerando 12.

Nelle pagine di questo volume, gli Autori e le Autrici hanno avuto agio nell’evidenziare adempimenti e requisiti che mirano, appunto, a ottenere effetti equilibranti di mercato. Di più, il primo obiettivo del Regolamento in questione è proprio il corretto e bilanciato funzionamento del mercato, come chiarito all’art. 1: « L’obiettivo del presente regolamento è contribuire al corretto funzionamento del mercato interno dei servizi intermediari stabilendo norme armonizzate per un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile che faciliti l’innovazione e in cui i diritti fondamentali sanciti dalla Carta, compreso il principio della protezione dei consumatori, siano tutelati in modo effettivo ». Lo potremmo definire un obiettivo “eteropolitico” che contempera insieme ambi-

Termine estratto capitolo

## 2.

# L'interazione tra DSA e GDPR

di Enrico Pelino

### 1. Valutazioni predittive e profilazione

L'effetto del DSA non può essere realmente apprezzato se non lo si colloca nella complessa geografia della normativa dell'Unione sul digitale. Il presente volume ne esplora la relazione con vari settori del diritto: disciplina consumeristica, diritto d'autore, diritto industriale. Qui di seguito vengono toccati, senza pretese di esaustività, alcuni aspetti del collegamento con il GDPR. Va premesso che ogni interazione di persone fisiche identificabili con i servizi di intermediari dà luogo a trattamenti di dati personali. Sono per esempio dati personali le *query* immesse nel campo di ricerca di un motore, sono dati personali i *post* scritti su una piattaforma *social*, riguardano dati personali le reazioni a *post* altrui (“*like*” e similari), sono trattamenti di dati personali le profilazioni svolte dagli intermediari, le valutazioni sull'attività dei destinatari (gli utenti), attivate anche autonomamente dai fornitori di *hosting* per apprezzare “il sospetto” che « sia stato commesso, si stia commettendo o probabilmente sarà commesso un reato che comporta una minaccia per la vita o la sicurezza di una o più persone » (art. 18 e cons. 56 DSA), per citare solo alcuni esempi.

Quelli menzionati sono temi rilevanti tanto nel DSA quanto nel GDPR, si pone perciò la questione della prevalenza dell'uno o dell'altro, quantomeno nelle aree di effettiva sovrapposizione e nella misura in cui i destinatari definiti all'art. 3, lett. b) del DSA siano persone fisiche. Prevale, rispetto ad attività coinvolgenti il trattamento di dati personali, il GDPR in quanto *lex specialis*, come si evince dal considerando 10, che fa salva altresì la direttiva 2002/58, cd. “*ePrivacy Directive*”, e dall'art. 2.4, lett. g). Non si può dunque applicare correttamente il DSA senza tenere conto delle rilevanti disposizioni della disciplina unionale citata. Una conseguenza notevole è che, per esempio, la liceità di sistemi unicamente automatizzati per rilevare, elaborare e decidere in merito a contenuti illeciti va valutata attraverso gli stringenti limiti posti dall'art. 22 del GDPR, si veda più oltre. Possono peraltro darsi più sottili meccanismi di interazione, suscettibili di alterare il rapporto con il GDPR. In proposito, il considerando 56 opportunamente precisa: « Il presente regolamento non fornisce la base giuridica per la profilazione dei destinatari dei servizi al fine dell'eventuale individuazione di reati da parte dei prestatori di servizi di memorizzazione di informazioni ». Il punto ha molto pregio, perché impedisce avventure predittive sugli utenti. Non sarà cioè possibile fare leva sul DSA al fine di costruire un siffatto trattamento di

profilazione, che non troverebbe base né nella lettera c) dell'art. 6.1 del GDPR<sup>1</sup>, vale a dire in un obbligo giuridico né, stante la chiara precisazione del considerando 56, nella lettera e), compito di interesse pubblico, e neppure nella lettera f), legittimo interesse.

## 2. Sistemi di raccomandazione

Altro tema d'incrocio tra DSA e GDPR riguarda i sistemi di raccomandazione, i quali del resto sono normalmente basati sulla profilazione del destinatario. Il considerando 70 del DSA chiarisce che « tali sistemi di raccomandazione possono avere un impatto significativo sulla capacità dei destinatari di recuperare e interagire con le informazioni online », e che « svolgono inoltre un ruolo importante nell'amplificazione di determinati messaggi, nella diffusione virale delle informazioni e nella sollecitazione del comportamento online ». Va notato che la raccomandazione di contenuti costruita su una profilazione andrebbe disattivata per *default* ai sensi dell'art. 25 del GDPR, *lex specialis*<sup>2</sup>. A meno di espressa richiesta del destinatario, sussumibile a seconda dei casi nella lettera a), consenso, dell'art. 6.1 o nella lettera b), contratto, non sembra perciò possibile costruire il trattamento sull'interesse legittimo, non potendo essere considerato legittimo un interesse in contrasto con la normativa, nella specie con l'art. 25 del GDPR. Anche in queste considerazioni gioca dunque un ruolo decisivo la qualificazione del GDPR come *lex specialis*.

Il Regolamento generale sui dati personali è atto basato sulla trasparenza e in particolare sull'esplicitazione degli elementi chiave che definiscono il trattamento, cfr. art. 13 e, se del caso, art. 14. In tal senso, appare particolarmente utile la precisazione dell'art. 27 del DSA, in combinato disposto con il citato considerando 70, laddove impone alle piattaforme online adeguati obblighi di informazione ai destinatari volti a illustrare come i sistemi di raccomandazione incidono sull'ordine di visualizzazione delle informazioni e possono influen-

---

<sup>1</sup> È utile rimarcare, anche in termini generali, le preoccupazioni manifestate dall'EDPS rispetto all'eccessivo tracciamento dei destinatari, cfr. opinione 1/2021, punto 53: « *The EDPS reiterates that the Proposal does not aim to mandate or otherwise legitimate general surveillance of individuals' online activities. Given, however, the already endemic monitoring of individuals' behaviour, in particular on online platforms, there is a risk that this proposal would exacerbate the situation if the measures taken prove not to be proportionate. In such a delicate area, EU law must be as precise and clear as possible* ».

<sup>2</sup> EDPS, *op. cit.*, punto 73: « *The risks of profiling and micro-targeting in the context of recommender systems or online advertising was already raised by the EDPS in his Opinion on online manipulation and personal data. The EDPS recommends the EU legislator to clarify that that, in accordance with the requirements of data protection by design and by default, recommender systems should by default not be based on "profiling" within the meaning Article 4(4) of Regulation (EU) 2016/679* ».

zarne la stessa presentazione. Occorre indicare chiaramente almeno: *a*) i criteri più significativi per determinare le informazioni suggerite al destinatario del servizio; *b*) le ragioni per l'importanza relativa di tali parametri. Sul punto specifico quindi il DSA non collide con il GDPR, ma integra i presidi di trasparenza già in essere. L'art. 27.3 del DSA consente altresì al destinatario la possibilità di scegliere tra diverse opzioni, ove presenti, nell'impostazione delle raccomandazioni, spostando in tal modo la leva decisionale nelle mani di costui. Non si può non ravvisarvi un'applicazione del diritto di controllo riconosciuto all'interessato, che è centrale nel GDPR. Ancora, l'art. 38 del DSA, applicabile tuttavia solo a VLOP e VLOSE, permette ai destinatari di attivare almeno un'opzione di raccomandazione non basata sulla profilazione. In realtà, tale possibilità dovrebbe essere consentita da tutti gli intermediari a prescindere dalla loro dimensione, in ottemperanza dell'art. 5 del GDPR, del citato art. 25 del GDPR, e in ogni caso dei diritti dell'interessato.

### 3. Pubblicità mirata

Altro tema essenziale riguarda la pubblicità mirata. Anche qui alla base c'è una profilazione, spesso una micro-profilazione, la cui compatibilità con l'interesse legittimo (art. 6.1, lett. *f*) del GDPR) è fortemente dubbia. In ogni caso, pare a chi scrive che la successiva (successiva cioè alla profilazione) promozione di contenuti commerciali nel “*feed*” della piattaforma o nelle comunicazioni dirette ai destinatari, ossia la vera e propria trasmissione di messaggi di *marketing*, sia possibile solo sulla base del consenso dell'utente, venendo in considerazione in tal senso l'art. 13, par. 1 dir. 2002/58, che è *lex specialis*. Tale disposizione fa riferimento infatti all'utilizzo della posta elettronica per attività promozionali, e la nozione giuridica di « posta elettronica » risulta particolarmente ampia (cfr. *ivi* lett. *h*) dell'art. 2 dir. cit.), applicandosi ai « messaggi contenenti testi, voci, suoni o immagini trasmessi attraverso una rete pubblica di comunicazione, che possono essere archiviati in rete o nell'apparecchiatura terminale ricevente fino a che il ricevente non ne ha preso conoscenza ». Il tenore di tale definizione lata appare in linea di massima compatibile anche con il *feed* e con le comunicazioni di una piattaforma online, e inoltre siffatta lettura sembra coerente con gli obiettivi della direttiva *ePrivacy*<sup>3</sup>, tenuto conto dell'ingiustificata carenza di tutela che verrebbe altrimenti a registrarsi rispetto ad alcune tipologie di mes-

<sup>3</sup> Cfr. *ex multis* CGUE, *Vodafone Kabel Deutschland*, 2 dicembre 2021, causa C-484/20, punto 19: « Conformemente a una costante giurisprudenza della Corte, ai fini dell'interpretazione di una norma del diritto dell'Unione si deve tener conto non soltanto del tenore letterale della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte (sentenze del 13 ottobre 2016, *Mikolajczyk*, C-294/15, EU:C:2016:772, punto 26, e del 26 gennaio 2021, *Szpital Kliniczny im. dra J.*

saggi commerciali. Va dato atto tuttavia che sussistono anche posizioni dubitative<sup>4</sup>.

Venendo ora più direttamente al DSA, occorre innanzitutto menzionare gli obblighi di trasparenza enunciati all'art. 26.1 per le piattaforme online, che permettono di tracciare, almeno in parte, l'origine, le ragioni, gli interessi economici sottesi ai messaggi pubblicitari. Si tratta della formalizzazione normativa di pratiche spontaneamente già adottate, ancorché sovente in modo superficiale, da ampi settori del mercato. C'è da auspicare che un'applicazione stringente dell'art. 26.1 possa condurre a esiti più rigorosi. Restano fermi, in conformità della prevalenza del GDPR e della direttiva 2002/58, le disposizioni più specifiche di tali atti normativi e i diritti dell'interessato di trattamento, cfr. sul punto espressamente cons. 68 DSA.

Giova anche segnalare la rilevante previsione contenuta al par. 3 dell'art. 26 in commento, da leggere anche alla luce del considerando 69, che vieta attività di *marketing* basata sulla profilazione svolta utilizzando dati sensibili (o particolari), ossia le categorie di dati personali di cui all'art. 9, par. 1, GDPR. In questo caso si registra un interessante accrescimento di tutela. Se infatti, rispetto a tali categorie di dati, non è mai stata lecita una profilazione basata sul legittimo interesse, non figurando tale base tra quelle consentite dalla norma citata, è tuttavia possibile richiedere il consenso esplicito dell'interessato. Orbene, si desume dal par. 3 dell'art. 26 del DSA che tale consenso, anche ove prestato, non sarà idoneo, nel caso di piattaforme online che profilano per finalità di *marketing*, a superare il divieto. Si tratta di un'innovazione di notevole portata, che elimina alla radice pratiche oggi vigenti di acquisizione surrettizia di consensi.

Si richiama l'attenzione anche sulle ragioni del divieto, sviluppate dal citato considerando 69, che evidenzia il rischio connesso a tecniche di *targeting* ottimizzate per soddisfare gli interessi dei destinatari e « potenzialmente attirare le loro vulnerabilità », chiarendo che « ciò può avere effetti negativi particolarmente gravi. In alcuni casi, le tecniche di manipolazione possono avere un impatto negativo su interi gruppi e amplificare i danni per la società, ad esempio contribuendo a campagne di disinformazione o discriminando determinati gruppi. Le piattaforme online sono ambienti particolarmente sensibili per tali pratiche e presentano un rischio per la società più elevato ».

---

Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie, C-16/19, EU:C:2021:64, punto 26) ».

### 3.

## Coordinamento tra DSA e disciplina consumeristica

di Antonio Landi

### 1. Introduzione

Il DSA va a inserirsi nel quadro normativo volto a disciplinare i servizi della società dell'informazione e i servizi intermediari, i quali sono diventati un elemento fondamentale dell'economia dell'Unione europea andando a impattare la vita quotidiana dei suoi cittadini.

L'assetto giuridico esistente per i suddetti servizi è stato disciplinato da oltre vent'anni dalla direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (c.d. "direttiva sul commercio elettronico"), relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico nel mercato interno. Tuttavia, i nuovi modelli di business e i servizi innovativi di recente sviluppati, come ad esempio i *social network* e le piattaforme online che consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza con operatori commerciali, hanno permesso agli utenti commerciali e ai consumatori di accedere alle informazioni, diffonderle ed effettuare transazioni attraverso nuove metodologie. Ad oggi, quindi, la stragrande maggioranza dei cittadini dell'Unione europea utilizza quotidianamente tali servizi e, di conseguenza, la trasformazione digitale ad essi connessa ha generato nuovi rischi e sfide per i singoli destinatari dei vari servizi, per le imprese e per la società nel suo insieme. Al fine di perseguire gli obiettivi del DSA, e in particolare per andare a migliorare il funzionamento del mercato interno e garantire un ambiente online sicuro e trasparente, è necessario stabilire una serie chiara, efficace, prevedibile ed equilibrata di obblighi armonizzati in materia di dovere di diligenza per i prestatori di servizi intermediari. Questi obblighi dovrebbero essere finalizzati a realizzare diversi obiettivi di interesse pubblico, tra i quali rientra la sicurezza e la fiducia dei destinatari del servizio, compresi i consumatori.

In linea generale, il considerando 10 del DSA, in ottica di massima chiarezza, prevede che il Regolamento non debba pregiudicare il diritto dell'Unione europea volto alla tutela dei consumatori, in particolare il regolamento (UE) 2017/2394 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori; il regolamento (UE) 2019/1020 sulla vigilanza del mercato e sulla conformità dei prodotti; le direttive del Parlamento

europeo e del Consiglio: 2001/95/CE <sup>1</sup> relativa alla sicurezza generale dei prodotti, 2005/29/CE <sup>2</sup> relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno, 2011/83/UE <sup>3</sup> sui diritti dei consumatori e 2013/11/UE <sup>4</sup> sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori; nonché la direttiva 93/13/CEE <sup>5</sup> del Consiglio, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

Pertanto, la presente sezione del libro è volta ad analizzare le disposizioni del DSA a “tutela dei consumatori” e come le stesse vanno a innestarsi rispetto alla disciplina consumeristica esistente.

## 2. Contrasto ai “contenuti illegali”

Al fine di perseguire l’obiettivo di garantire un ambiente online sicuro, affidabile e prevedibile, il DSA introduce il concetto di « contenuto illegale », il quale dovrebbe ricalcare ampiamente le norme vigenti nell’ambiente offline. In particolare, il legislatore ritiene che il concetto di « contenuto illegale » debba avere un’accezione ampia, in modo tale da poter ricomprendere anche le informazioni riguardanti i contenuti, i prodotti, i servizi e le attività illegali.

Tale concetto dovrebbe, in particolare, essere riferito (ai sensi del considerando 12 DSA) « alle informazioni, indipendentemente dalla loro forma, che ai sensi del diritto applicabile sono di per sé illegali, quali l’illecito incitamento all’odio o i contenuti terroristici illegali e i contenuti discriminatori illegali, o che le norme applicabili rendono illegali in considerazione del fatto che riguardano attività illegali ». Tra queste, il legislatore ricomprende espressamente anche « la ven-

---

<sup>1</sup> Direttiva 2001/95/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 dicembre 2001, relativa alla sicurezza generale dei prodotti (GU L 11 del 15.1.2002, p. 4).

<sup>2</sup> Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio (“direttiva sulle pratiche commerciali sleali”) (GU L 149 dell’11.6.2005, p. 22).

<sup>3</sup> Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (GU L 304 del 22.11.2011, p. 64).

<sup>4</sup> Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (GU L 165 del 18.6.2013, p. 63).

<sup>5</sup> Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (GU L 95 del 21.4.1993, p. 29).

dita di prodotti o la prestazione di servizi in violazione della normativa sulla tutela dei consumatori ».

È rimesso comunque alle autorità nazionali competenti la possibilità di emettere ordini contro contenuti considerati illegali, oppure ordini indirizzati ai prestatori di servizi intermediari, compresi quelli stabiliti in un altro Stato membro, al fine di rilasciare informazioni sulla base del diritto dell'Unione o del diritto nazionale conforme al diritto dell'Unione. Inoltre, viene precisato all'interno del Regolamento che le condizioni e prescrizioni applicabili agli ordini di contrastare i contenuti illegali devono lasciare impregiudicati altri atti dell'Unione i quali stabiliscono sistemi analoghi per contrastare specifiche tipologie di contenuti illegali, come, ad esempio, il regolamento (UE) 2017/2394 « che conferisce alle autorità degli Stati membri responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori specifici poteri per disporre la fornitura di informazioni, mentre le condizioni e le prescrizioni che si applicano agli ordini di fornire informazioni lasciano impregiudicati gli altri atti dell'Unione che prevedono norme analoghe pertinenti per settori specifici » (v. in tal senso il considerando 34 DSA).

Queste condizioni e prescrizioni non dovrebbero andare a intaccare le norme in materia di conservazione delle informazioni ai sensi del diritto nazionale applicabile, secondo quanto stabilito dal diritto dell'Unione e dalle richieste di riservatezza provenienti dalle autorità di contrasto alla non divulgazione di informazioni.

### **3. Il concetto di "esenzione di responsabilità" (come beneficiarne)**

Il DSA introduce anche l'esenzione di responsabilità per i servizi di memorizzazione di informazioni e, per accedere a tale beneficio, il prestatore dovrebbe agire immediatamente per rimuovere le attività illegali o i contenuti illegali o per disabilitare l'accesso agli stessi non appena ne venga effettivamente a conoscenza o ne divenga consapevole. Per poter procedere alla rimozione dei contenuti o la disabilitazione dell'accesso ad essi, il prestatore deve agire rispettando i diritti fondamentali dei destinatari del servizio, in particolare garantendo il diritto alla libertà di espressione e di informazione. Il legislatore prevede che il prestatore può acquisire conoscenza o consapevolezza della natura illegale del contenuto, tra l'altro, mediante indagini volontarie o mediante segnalazioni presentategli da persone o enti, conformemente al Regolamento, « nella misura in cui tali segnalazioni sono così sufficientemente precise e adeguatamente motivate da consentire a un operatore economico diligente di individuare ragionevolmente, valutare e, se del caso, contrastare i presunti contenuti illegali. Tuttavia, tale conoscenza o consapevolezza effettiva non può essere considerata acquisita per il solo



motivo che tale prestatore è consapevole, in senso generale, del fatto che il suo servizio è utilizzato anche per memorizzare contenuti illegali » (ex considerando 22 DSA).

Tuttavia, rispetto ai fornitori di piattaforme online che consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza con operatori commerciali definendo il prezzo dei beni o dei servizi offerti dall'operatore commerciale, « l'operatore commerciale potrebbe essere considerato come agente sotto l'autorità o il controllo di tale piattaforma online » e, pertanto, l'esenzione dalla responsabilità non dovrebbe applicarsi poiché « il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore di servizi di memorizzazione di informazioni » (v. in tal senso il considerando 23 DSA).

In particolare, viene precisato che al fine di assicurare una efficace tutela ai consumatori che effettuano transazioni commerciali intermedie online, determinati prestatori di servizi di memorizzazione di informazioni, ovvero sia quelle piattaforme online che permettono ai consumatori di perfezionare contratti a distanza con operatori commerciali, non dovrebbero poter beneficiare dell'esenzione dalla responsabilità per i prestatori di servizi di memorizzazione di informazioni stabilita dal DSA « nella misura in cui tali piattaforme online presentano le pertinenti informazioni relative alle transazioni in questione in modo tale da indurre i consumatori a ritenere che tali informazioni siano state fornite dalle piattaforme online stesse o da operatori commerciali che agiscono sotto la loro autorità o il loro controllo e che tali piattaforme online siano pertanto a conoscenza delle informazioni o le controllino, anche se in realtà potrebbe non essere così » (v. in tal senso il considerando 24 DSA). Al riguardo il legislatore fornisce addirittura degli esempi concreti di tali condotte, ovvero:

- nel caso in cui una piattaforma online non mostri chiaramente l'identità dell'operatore commerciale, contrariamente a quanto prescritto dal DSA;
- nel caso in cui una piattaforma online non riveli l'identità dell'operatore commerciale o le informazioni di contatto fino a dopo la conclusione di un contratto tra l'operatore commerciale e il consumatore; oppure
- nel caso in cui una piattaforma online commercializzi il prodotto o il servizio a proprio nome anziché in nome dell'operatore commerciale che fornirà tale prodotto o servizio.

In tali circostanze è opportuno analizzare tutte le circostanze del caso al fine di addivenire ad una valutazione oggettiva per stabilire se la presentazione possa indurre un consumatore medio a credere che l'informazione in questione sia stata fornita dalla stessa piattaforma online o da operatori commerciali sotto la sua autorità o il suo controllo.

## Termine estratto capitolo

## 4. L'interazione del DSA con altre regole sui servizi digitali

di Andrea Michinelli

### 1. Il puzzle: un *framework* tra normative, *soft law*, autoregolamentazione e co-regolamentazione

Lo si è già capito nei capitoli precedenti: per via dell'art. 114 TFUE (sull'armonizzazione delle legislazioni per il mercato interno) su cui è basata, l'architettura del DSA vuole essere di un piano orizzontale, una disciplina generale che non esclude altre normative settoriali, bensì vi si innesta come potenziale norma complementare di base assieme ai pertinenti atti di *soft law*. Le ulteriori fonti di disciplina già esistenti e future, diverse dalla normativa, dovrebbero sia adeguarsi a tali norme settoriali che al DSA, avvicinandole il più possibile tra loro. Le fonti aggiuntive rispetto alla legislazione comprendono sia strumenti di co-regolamentazione (cooperazione o supervisione delle autorità pubbliche) che di autoregolamentazione (di sola iniziativa e gestione degli aderenti), come i codici di buone pratiche e di condotta. Alcuni codici di condotta sono già previsti agli artt. 45-47 del DSA (per es. sulla pubblicità online e l'accessibilità<sup>1</sup>). L'ecosistema complessivo di disciplina sarà una complessa articolazione e stratificazione tra fonti, nazionali e sovranazionali, oltre ai differenti livelli di forza vincolante, scomponendo e ricomponendo le possibili responsabilità. Con il "collante" dei diritti fondamentali della Carta (soprattutto quelli evidenziati dal DSA — citiamo la libertà di espressione e informazione su tutti), farò ultimo per cercare di dare coerenza all'insieme.

---

<sup>1</sup> Fino ad ora, l'adozione dei codici di condotta promossi dall'UE per regolare la moderazione di contenuti (come il terrorismo e l'odio online) è stata criticata principalmente per due motivi: (i) la mancanza di sanzioni coercibili; (ii) l'assenza di indicatori di efficacia (KPI - *key performance indicators*) per valutare l'operato dei *provider*. L'integrazione e sviluppo dei codici nel quadro del DSA mira a risolvere tali lacune — per approfondimenti, rimandiamo al cap. 11.3 di V. M. Pavese in questo volume. Nonostante questa previsione, permangono alcuni dubbi irrisolti: oltre alla non obbligatorietà dei codici (che limita la partecipazione dei *provider* di medie e piccole dimensioni), bisognerà capire cosa succederà, per esempio, se i firmatari di un codice decidono di ritirare la loro adesione (e in che modo la Commissione dovrà tenerne conto durante le valutazioni di conformità al DSA, se rendendo *de facto* obbligatori strumenti "volontari") — v. N. CRACK (a cura di), *Report on policy for Content Moderation*, 2023, 74-77, in (consultato il 25 maggio 2023) [https://www.ai4media.eu/wp-content/uploads/2023/03/D6.2\\_Report\\_on\\_Policy\\_for\\_Content\\_Moderation\\_final.pdf](https://www.ai4media.eu/wp-content/uploads/2023/03/D6.2_Report_on_Policy_for_Content_Moderation_final.pdf).

Tornando al testo, l'art. 2.4 del DSA recita che « non pregiudica le norme stabilite da altri atti giuridici dell'Unione che disciplinano ulteriori aspetti della prestazione di servizi intermediari nel mercato interno o che precisano e integrano il presente regolamento ». A cui segue una lista di normative che fanno parte di questo insieme <sup>2</sup>, in via non esaustiva (la verifica spetterà sempre all'interprete, caso per caso). Il considerando 10 del DSA approfondisce: nella misura in cui gli altri atti giuridici dell'Unione perseguono gli stessi obiettivi del DSA, il DSA si applicherà alle questioni che (i) non sono affrontate o (ii) non sono pienamente affrontate da tali altri atti giuridici, nonché (iii) alle questioni sulle quali tali altri atti giuridici lasciano agli Stati membri la facoltà di integrazione nazionale. Una funzione di “cerniera” atta a colmare lacune e risolvere, tra l'altro, le disarmonie normative locali.

Non possiamo dilungarci in questa sede sui numerosi casi di possibile sovrapposizione e interazione del DSA con differenti norme, comunque pensati in una meccanica di generale complementarietà. Nel tempo la giurisprudenza e autorità ci potranno chiarire se l'ulteriore normativa prevale quale *lex specialis*, e se sì in che misura rispetto al DSA *lex generalis*. Partendo dal dato di fatto che — oltre al principio sancito all'art. 2.4 DSA — in vari punti il DSA segnala più chiaramente l'inderogabilità, in casi specifici, delle altre normative: per un esempio, si veda

---

<sup>2</sup> Accenniamo ad alcune normative che possono interagire con il DSA: sui servizi media audiovisivi, la direttiva 2010/13/UE modificata dalla direttiva 2018/1808/UE (si riflette su diversi possibili tipi di contenuti online); sul contrasto alla diffusione di contenuti terroristici online, la direttiva 2017/541/UE, il regolamento (UE) 2021/784, la raccomandazione (UE) 2018/334 della Commissione del 1° marzo 2018, nonché il regolamento (UE) 2019/1148 sull'immissione sul mercato e l'uso di precursori di esplosivi; sul contrasto a contenuti pedopornografici, la direttiva 2011/93/UE e il regolamento (UE) 2021/232; sulla tutela dei consumatori, specie sulla sicurezza e pericolosità dei prodotti, i regolamenti (UE) 2017/2394 e 2019/1020, nonché le direttive 2001/95/CE e 2013/11/UE, oltre al recentissimo regolamento (UE) 2023/988 relativo alla sicurezza generale dei prodotti; sull'equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online, il regolamento (UE) 2019/1150; sui discorsi d'odio, la direttiva 2010/13/UE e la Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio; la proposta del Consiglio di un regolamento relativo alla trasparenza e al *targeting* della pubblicità politica (COM(2021) 731); quanto agli aspetti procedurali, possiamo menzionare la cooperazione giudiziaria in materia civile (regolamento (UE) 1215/2012), la cooperazione giudiziaria in materia penale (regolamento (UE) 2018/1727 e una direttiva recante norme armonizzate sulla nomina di rappresentanti legali ai fini dell'acquisizione di prove nei procedimenti penali, la proposta COM(2018) 226 tuttora in discussione). Dovrebbe rilevare altresì, una volta approvata, la discussa proposta di regolamento (COM(2022)457 final) che istituisce un quadro comune per i servizi di media nell'ambito del mercato interno (legge europea per la libertà dei media — “*European Media Freedom Act*”) e riguardante in maniera complementare, tra l'altro, le garanzie contro la rimozione ingiustificata, sulle piattaforme di dimensioni molto grandi, di contenuti prodotti secondo gli standard professionali da fornitori di servizi di media (giornalistici). Altrettanto discussa (e discutibile) è un'ulteriore proposta europea, quella del regolamento UE che vuole stabilire norme per la prevenzione e la lotta contro l'abuso sessuale su minori (COM(2022) 209 final) e che espressamente si pone a complemento del DSA.

l'art. 25.2 del DSA dove si afferma il valore di *lex specialis*<sup>3</sup> della direttiva 2005/29/CE e del GDPR (e su cui si vedano i precedenti capp. 2, a cura di E. Pelino, e 3, a cura di A. Landi, del presente volume). Caso particolare a cui porre sempre particolare attenzione sarà quello del regime di tutela del mercato audiovisivo (direttiva 2010/13/UE recepita in Italia nel “Testo unico dei media audiovisivi”, il d.lgs. n. 208/2021). Particolare perché di applicazione “orizzontale” come il DSA ma in un perimetro ben più ristretto: la riforma del 2018 ne ha esteso l'applicazione ai « servizi di piattaforma per la condivisione di video » (nella tassonomia del DSA, lo possono essere *hosting provider* e piattaforme online), con obbligo di contrastare i contenuti-reato (per es. istigazione al terrorismo) e quelli nocivi per i minori, tramite moderazione esplicitata nei termini e condizioni contrattuali. Sono fatti salvi i casi di immunità dei *provider* già previsti dalla direttiva *e-commerce* (da riferirsi ora al *safe harbour* del Capo II DSA).

Le altre forme di regolazione da considerare saranno i già citati atti di *soft law* non vincolanti (come la raccomandazione 2018/334 sulle misure per contrastare efficacemente i contenuti illegali online) e gli atti di co- e auto-regolamentazione (per es. sull'*hate speech*, sia il Codice di condotta europeo che quello nazionale di AGCOM). Quali fonti secondarie di *soft law*, non potranno certo derogare alle fonti primarie, pur potendo a loro volta essere richiamate dalle normative pertinenti.

## 2. La tutela del diritto d'autore si interseca con il DSA

Quanto all'interazione tra legislazioni e loro possibili sovrapposizioni, un esempio frequente ce lo offre la proprietà intellettuale. La fattispecie è affrontata con preminente attenzione nel DSA. Non a caso nel considerando 11 del DSA si richiamano, in particolare, la direttiva 2004/48/CE (c.d. “*Enforcement*”, applicabile generalmente a tutte le violazioni di proprietà intellettuale, comprese private industriali come i marchi) e la direttiva 2019/790/UE (c.d. “*Digital Single Market — DSM*” o anche “*Copyright*”, limitata ai soli diritti d'autore e connessi),

---

<sup>3</sup> Si precisa che, secondo il DSA, il criterio di specialità non può essere semplicemente ridotto a una questione formale, come per es. assumere che un regolamento dell'UE prevalga sempre su una direttiva dell'UE (o sulle relative norme nazionali di attuazione) solo perché è un regolamento. Il conflitto e la combinazione tra fonti richiede una valutazione per determinare quale norma (inclusi eventuali codici di condotta correlati) sia la *lex specialis*, ovvero quella più specifica, dettagliata e adatta al caso particolare. Questo è un aspetto cruciale nella moderazione dei contenuti, che possono essere così diversi tra loro da richiedere precauzioni *ad hoc*, poiché non è possibile presumere una soluzione univoca. Lo stesso principio si applica quando sussiste una lacuna normativa nella *lex generalis*.

da intendersi come « norme e procedure specifiche che non dovrebbero essere pregiudicate » dal DSA <sup>4</sup>.

Orbene, il confronto lo effettuiamo qui con la recente direttiva DSM. La prima differenza a cui badare è il soggetto onerato di responsabilità, che nella direttiva DSM è il c.d. prestatore di servizi di condivisione di contenuti online (“PSCCO”). Si tratta (i) di un prestatore di servizi della società dell’informazione, (ii) il cui scopo principale (o uno dei principali) è quello di memorizzare e dare accesso al pubblico a “grandi quantità” di opere protette, (iii) caricate dai propri utenti, e che (iv) il prestatore organizza e promuove “a scopo di lucro”. La norma prevede una serie di *provider* esentati (per es. enciclopedie online e repertori didattici o scientifici *no profit*), a cui pare potranno applicarsi direttamente e solo le prescrizioni del DSA. Rispetto a quest’ultimo, il ruolo del PSCCO è ricompreso in quello di piattaforma online ai sensi dell’art. 3 lett. i) del DSA.

L’articolo 17 della direttiva DSM disciplina l’utilizzo dei contenuti online da parte del PSCCO <sup>5</sup> e che viene considerato compiere — in prima persona — un atto di “comunicazione al pubblico” (o un atto di “messa a disposizione del pubblico”), quando concede l’accesso al pubblico a opere di diritto d’autore o connessi, caricate dai propri utenti. Tale atto da parte del PSCCO è lecito — in quanto di esercizio di diritti esclusivi attribuiti dalla normativa agli autori e ad altri aventi diritto — solo con l’autorizzazione di tali titolari tramite licenza, oppure in presenza di un’eccezione prevista dalla normativa (per es. parodia, citazione, ecc.).

Ciò documenta la differenza d’impostazione del *safe harbour* del DSA rispetto alla direttiva DSM: il primo riferito ad attività illecite degli utenti, la seconda riferita a una condotta dello stesso PSCCO con una responsabilità primaria per fatto proprio. Senza autorizzazione o eccezioni, si avrà responsabilità diretta del PSCCO. Similmente, sono ammesse esenzioni di responsabilità: l’art. 17.3 della direttiva chiarisce se il PSCCO effettua un atto di comunicazione o messa a disposizione del pubblico « alle condizioni stabilite dalla presente direttiva », allora non si applicherà l’esonero di responsabilità quale *hosting provider* ai sensi del DSA. Condizioni particolari vigono qui per l’esonero di responsabilità, difforni da quelle “comuni” applicabili negli altri casi all’*hosting provider*: le possiamo riassumere nel cumulo dei c.d. *best efforts*. In breve, si attendono: (i) i massimi sforzi per ottenere l’autorizzazione detta innanzi, seppur non conse-

<sup>4</sup> In ambito di proprietà intellettuale menzioniamo altresì Commissione europea, (2018) Bruxelles, *Memorandum d’intesa sulla proprietà intellettuale*, sottoscritto il 7

## 5.

# Oggetto, obiettivi e ambito di applicazione del *Digital Services Act*

di Luca Bolognini

### 1. Oggetto

I servizi della società dell'informazione e in particolare i servizi intermediari sono diventati una componente significativa dell'economia dell'Unione e della vita quotidiana dei suoi cittadini. Nel genere "servizi intermediari" ricadono numerose sottocategorie di fornitori, dai *cloud service provider* ai servizi di comunicazione elettronica, dalle piattaforme online alle reti sociali e ai motori di ricerca. Gli utenti commerciali, i consumatori e gli altri utenti, che si avvalgono di servizi intermediari, devono essere considerati "destinatari del servizio" ai fini del DSA. A vent'anni dall'adozione del quadro giuridico esistente applicabile a tali servizi stabilito nella direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (cosiddetta "direttiva *e-commerce*"), modelli di business e servizi nuovi e innovativi, quali i *social network* e le piattaforme online che consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza con operatori commerciali, hanno permesso agli utenti commerciali e ai consumatori di accedere alle informazioni, diffonderle ed effettuare transazioni in modi nuovi.

La trasformazione digitale e il maggiore utilizzo di tali servizi hanno, tuttavia, anche dato origine a nuovi rischi e sfide per i singoli destinatari dei vari servizi, per le imprese e per la società nel suo insieme.

Al contempo, un fenomeno si è affacciato sul panorama normativo in Unione europea: gli Stati membri stanno sempre più introducendo (o stanno valutando di introdurre) legislazioni nazionali sulle materie disciplinate dal DSA, imponendo in particolare obblighi di diligenza per i prestatori di servizi intermediari per quanto riguarda il modo in cui dovrebbero contrastare i contenuti illegali, la disinformazione online e altri rischi per la società. Tenendo conto del carattere intrinsecamente transfrontaliero di internet, generalmente utilizzato per prestare i servizi intermediari, le legislazioni nazionali divergenti rischiano d'incidere negativamente sul mercato interno, che, ai sensi dell'art. 26 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci e dei servizi e la libertà di stabilimento. Per tali ragioni, il legislatore europeo ha ritenuto che le condizioni per la prestazione dei servizi intermediari in tutto il mercato interno dovessero essere armonizzate in modo da offrire alle imprese accesso a nuovi mercati e opportunità di sfruttare i vantaggi del mercato interno, consen-

tendo al contempo ai consumatori e agli altri destinatari dei servizi di disporre di un diritto-potere di scelta più ampio.

## 2. Obiettivi

Il *Digital Services Act* (regolamento sui servizi digitali) comprende una serie di norme obbligatorie uniformi, efficaci e proporzionate, a livello dell'Unione europea, mirate a tutelare e migliorare il funzionamento del mercato interno, rendendolo più equilibrato, trasparente e sicuro. Il Regolamento, in particolare, stabilisce le condizioni per lo sviluppo e l'espansione di servizi digitali innovativi nel mercato interno. Un ulteriore obiettivo del DSA è il ravvicinamento in UE delle misure nazionali di regolamentazione in materia di obblighi per i prestatori di servizi intermediari, al fine di evitare o rimediare alla frammentazione del mercato interno all'Unione europea e garantire la certezza del diritto in questi ambiti. Altro traguardo che si vuole raggiungere è quello di promuovere l'interoperabilità dei servizi digitali innovativi, anche mediante il ricorso a prescrizioni tecnologicamente neutre.

Il primo paragrafo dell'articolo 1 del DSA recita: « L'obiettivo del presente regolamento è contribuire al corretto funzionamento del mercato interno dei servizi intermediari stabilendo norme armonizzate per un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile che faciliti l'innovazione e in cui i diritti fondamentali sanciti dalla Carta, compreso il principio della protezione dei consumatori, siano tutelati in modo effettivo ». Si tratta, a ben vedere, di un obiettivo in linea con il DNA e la natura profonda della missione europea, da sempre tesa a combinare insieme, in un circolo normativo virtuoso, il corretto ed efficiente funzionamento del mercato, da un lato, con le salvaguardie — che potremmo definire “etiche” — dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché degli interessi pubblici, dall'altro.

Il secondo paragrafo dell'articolo 1 chiarisce il perimetro degli obiettivi perseguiti; il DSA stabilisce norme armonizzate sulla prestazione di servizi intermediari nel mercato interno, e in particolare: *a*) un quadro per l'esenzione condizionata dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari (in tal senso, andando a integrare e aggiornare la direttiva 2000/31/CE, che già prevedeva esenzioni di responsabilità per determinate categorie di fornitori di servizi della società dell'informazione); *b*) norme relative a specifici obblighi in materia di doveri di diligenza adattati a determinate categorie di prestatori di servizi intermediari (per esempio, imponendo l'adozione di meccanismi di gestione dei reclami, od obblighi di trasparenza e pubblicità a carico di piattaforme online e motori di ricerca, così come degli utenti commerciali delle piattaforme); *c*) norme sull'attuazione e sull'esecuzione del DSA stesso, anche per quanto riguarda la cooperazione e il coordinamento tra le autorità competenti.

### 3. Applicazione territoriale

Giusto l'articolo 2, par. 1, il DSA si applica ai servizi intermediari offerti a destinatari il cui luogo di stabilimento si trovi nella UE o che siano ubicati in UE — da intendersi, in entrambi i casi: sul territorio fisico dell'Unione europea — indipendentemente dal luogo di stabilimento dei prestatori di tali servizi intermediari. Come si può notare, il criterio di applicazione territoriale risulta analogo a quello del regolamento (UE) 2016/679 (“GDPR”): la normativa europea, anche in questo caso, intende “conquistare e colpire” oltre confine, su qualsiasi territorio, chiunque offra i servizi intermediari verso soggetti stabiliti o comunque collocati fattualmente in UE. Stante il fatto che le persone giuridiche — e non solo le persone fisiche, come avviene in materia privacy — possono risultare “destinatari dei servizi”, il perimetro territoriale/soggettivo che innesca l'applicazione del DSA fuori dall'Unione europea è perfino più ampio del menzionato Regolamento generale sulla protezione dei dati. Come nel caso del GDPR, rimane dubbia l'efficacia di tale “conquista extra-UE”, in tutti i casi nei quali — mancando intese bilaterali o multilaterali per la cooperazione tra autorità di controllo — l'*enforcement* fuori confine risulterà, per quanto astrattamente azionabile, concretamente lettera morta.

Merita senz'altro accennare, in aggiunta, al regime di competenza-giurisdizione delle autorità competenti dei singoli Stati membri e della Commissione, nel caso di prestatori di servizi intermediari che siano o non siano stabiliti in Unione europea: similmente a quanto previsto per il GDPR, anche nel caso del DSA vi sarà una competenza esclusiva dell'autorità dello Stato membro presso cui il prestatore ha lo stabilimento principale, ossia in cui il prestatore ha la sua sede principale o sociale nella quale sono esercitate le principali funzioni finanziarie e il controllo operativo.

Diverso il caso dei prestatori non stabiliti nella UE, che offrono servizi intermediari in UE: sarà competente lo Stato membro in cui tali prestatori hanno nominato il loro rappresentante legale a norma dell'art. 13 del Regolamento. Tutti gli Stati membri o, se del caso, la Commissione saranno tuttavia competenti per quanto concerne i prestatori che hanno omesso di designare un rappresentante legale in uno Stato dell'Unione europea. Tale competenza “diffusa” — e decisamente peggiorativa per la posizione del prestatore extra-UE senza rappresentante legale nominato — potrà essere esercitata da una delle autorità competenti o dalla Commissione, a condizione che il prestatore non sia oggetto di un procedimento per gli stessi fatti da parte di un'altra autorità competente o della Commissione. Al fine di garantire il rispetto del principio del *ne bis in idem* e, in particolare, di evitare che la stessa violazione degli obblighi stabiliti dal DSA sia sanzionata più di una volta, ogni Stato membro che intenda esercitare la propria competenza nei confronti di tali prestatori dovrà informare senza indebito ri-



tardo tutte le altre autorità, compresa la Commissione, attraverso il sistema di condivisione delle informazioni di cui all'art. 85 del DSA.

La Commissione europea, a sua volta, manterrà sempre — sia per i prestatori stabiliti in UE sia per i prestatori extra-UE — la competenza esclusiva in materia di rispetto delle norme contenute nella Sezione 5 del Capo III del DSA: si tratta, cioè, del controllo sugli obblighi supplementari a carico dei fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi.

#### 4. Rappresentanti legali

L'articolo 13 del DSA recita, al primo paragrafo, nella non condivisibile traduzione ufficiale italiana: « I prestatori di servizi intermediari che non sono stabiliti nell'Unione Europea ma che offrono servizi nell'Unione possono designare per iscritto una persona fisica o giuridica che funga da loro rappresentante legale in uno degli Stati membri in cui offrono i propri servizi ». In effetti, tale traduzione non pare corretta: la versione originale in lingua inglese (« *shall designate* ») indica un dovere di designazione, non già una facoltà; vero è che, quand'anche si trattasse di una mera facoltà, essa risulterebbe comunque fortemente incentivata dal meccanismo, viceversa, assai penalizzante della “competenza diffusa” di tutte le autorità in caso di mancata designazione del rappresentante legale. Secondo il congegno previsto dall'art. 56 par. 7 del DSA, infatti, tutti gli Stati membri o, se del caso, la Commissione saranno competenti per quanto concerne i prestatori che hanno omesso di designare un rappresentante legale in uno Stato dell'Unione europea; la “competenza diffusa” potrà, in questi casi, essere esercitata da una delle autorità degli Stati membri o dalla Commissione, a condizione che il prestatore non sia oggetto di un procedimento per gli stessi fatti da parte di un'altra autorità competente o della Commissione.

Ulteriore elemento degno di nota riguarda l'interpretazione della formula « che funga da loro rappresentante legale in uno degli Stati membri in cui offrono i propri servizi »; non è chiaro se il legislatore intenda comportare la necessità di una designazione di un diverso rappresentante legale in ciascuno Stato membro nel quale si offrano servizi intermediari, o, piuttosto, voglia indicare la possibilità di nominare un solo rappresentante legale in un solo Stato membro della UE, tra quelli verso cui si rivolgono i propri servizi, valido per tutta l'Unione europea e sufficiente a non far scattare il meccanismo penalizzante della “competenza diffusa”. Si propende, per questa seconda interpretazione, più convincente e

**Termine estratto capitolo**

## 6. I servizi intermediari della società dell'informazione

di Andrea Michinelli

### 1. Definizione e ambito dei servizi della società dell'informazione

Per comprendere il perimetro di applicazione del DSA circa i servizi online, preliminarmente va affrontata la questione soggettiva. I soggetti *target* sono svariati ma ascrivibili a poche, determinate categorie già generalmente note alla normativa dell'Unione, a partire dalla direttiva 2000/31/CE detta “*e-commerce*” (recepita in Italia con d.lgs. 70/2003). Il DSA si preoccupa di abrogare (art. 89 DSA) i soli artt. 12-15 di tale direttiva e ne riprende quasi integralmente il testo, con minori modifiche. Ogni richiamo a tali artt. 12-15, come potrebbe essere presente in altra legislazione, andrà ora riportato agli artt. 4-6 e 8 del DSA. Di seguito si andranno a circoscrivere i servizi dapprima sotto la definizione-ombrello della c.d. “società dell'informazione” e successivamente, da genere a specie, quelli “intermediari”.

La prima definizione rilevante (art. 3 lett. *a*) DSA) è quella dei servizi della società dell'informazione <sup>1</sup> (“*information society services*”), che a sua volta richiama *per relationem* la pregressa definizione della direttiva 2015/1535/UE (recepita in Italia con d.lgs. 223/2017 a modificare la l. 317/1986), ovvero: (i) qualsiasi servizio (cioè qualsiasi attività economica, non salariata), (ii) prestato “normalmente” dietro retribuzione (perciò può essere gratuito, oppure trovare un sinalagma nel conferimento di dati personali o altro diverso dal denaro corrente, che abbia un valore intrinseco anche patrimoniale, oppure essere pagato da terzi, per es. inserzionisti), (iii) a distanza (senza la presenza simultanea delle parti), (iv)

---

<sup>1</sup> Il concetto stesso di “società dell'informazione” è sempre stato enigmatico e mai definito dalla normativa. Si può partire da una definizione generica quale « espressione che sottolinea la centralità dell'informazione quale principale motore della società contemporanea, anche in termini di risorse economiche generate, subentrando in questo ruolo all'industria » - così la Treccani online. A livello europeo troviamo tentativi definitivi in vari studi, per es. del Parlamento europeo (v. il *Working Paper* intitolato *The approach of the European Union to the Information society* del 2003), per cui coinciderebbe con una società in cui l'informazione è una componente fondamentale dell'attività economica e sociale, ove i cittadini — sia consumatori che lavoratori — utilizzano intensamente le informazioni. Richiamando a converso la definizione normativa del DSA di “servizi” della stessa società, gli elementi che più vi pertengono paiono essere lo svolgersi a distanza (per via elettronica o, *rectius*, telematica) e l'essere *on demand*.

per via elettronica (di elaborazione e/o memorizzazione dati, con invio e ricezione dei dati tramite mezzi elettronici) e (v) a richiesta individuale di un destinatario (trasmissione “punto-a-punto”, *on demand*). Risulta evidente come possano esservi annoverati sia servizi intermediari (nel senso del DSA) che non, e come il ruolo di *provider* possa ricomprendere persone fisiche così come persone giuridiche, professionisti/imprenditori o meno che siano. Non è escludibile la P.A., se svolge attività di tipo privatistico/imprenditoriale — diversamente, parrebbe soggetta alle ordinarie regole di responsabilità vigenti nel settore della P.A.<sup>2</sup>

Un'esemplificazione di cosa vi possa ricadere, in concreto, si può ricavare da tre fonti:

a) dall'Allegato I della direttiva 2015/1535/UE che contiene una lista “negativa”, specifica dei servizi non contemplati dalla stessa; per es. servizi forniti in presenza, a contenuto materiale, non forniti attraverso sistemi elettronici di archiviazione dati (caso tipico: la consultazione di un catalogo online in un negozio alla presenza del cliente); soprattutto, vengono esclusi i servizi con invio di dati senza una richiesta individuale (trasmissione “punto-a-multipunto”), quali la radiodiffusione o la diffusione televisiva, disciplinati ora dalla direttiva 2018/1808/UE sui servizi di media audiovisivi — tranne quando siano offerti *on demand* (cioè su richiesta individuale);

b) dalla definizione di “destinatario” dei servizi (lett. b) dello stesso art. 3 DSA), quale utente che (i) ricerca informazioni (cioè ne fruisce) oppure (ii) le rende accessibili, immettendole nei servizi — ipotizzando un utente fruitore e/o contributore, che sia o meno produttore o autore dei contenuti stessi (c.d. *user generated content*); sul concetto vedi più estesamente il cap. 8.2 di F. De Stefani nel presente volume;

c) dai considerando della direttiva *e-commerce*<sup>3</sup>, ove leggiamo al n. 18 che « i servizi della società dell'informazione abbracciano una vasta gamma di attività economiche svolte in linea (online). Tali attività possono consistere, in particolare, nella vendita in linea di merci. Non sono contemplate attività come la consegna delle merci in quanto tale o la prestazione di servizi non in linea. Non sempre si tratta di servizi che portano a stipulare contratti in linea ma anche di servizi non remunerati dal loro destinatario, nella misura in cui costituiscono

---

<sup>2</sup> Si segnala che già la relazione governativa italiana di recepimento della direttiva *e-commerce* precisava quanto il *provider* si intendesse connotato da attività imprenditoriale — così L. MANNA, *La disciplina del commercio elettronico*, Padova, 2005, 186 s.; a conferma, l'obiettivo di « buon funzionamento del mercato interno » era quello esplicitato dai considerando della stessa direttiva ed è stato ripreso dall'art. 1 del DSA.

<sup>3</sup> I considerando della direttiva *e-commerce* sono tuttora integralmente vigenti, ovvero anche quelli relativi agli (ora) abrogati artt. 12-15, andando a sommarsi a quelli del DSA, nei limiti di efficacia riconosciuti ai considerando rispetto all'articolato (non avendo effetto vincolante ma di indirizzo e chiarimento interpretativo — v. più estesamente *infra* in merito).

un'attività economica, come l'offerta di informazioni o comunicazioni commerciali in linea o la fornitura di strumenti per la ricerca, l'accesso e il reperimento di dati » — si abbraccia perciò il settore dei motori di ricerca, come Google; più dubbia è l'inclusione delle enciclopedie online ad accesso gratuito con partecipazione libera — molto dipenderà dall'inquadramento approfondito dell'attività prestata <sup>4</sup>.

Per completare un'elencazione utile, tra i vari servizi ipotizzabili si pensi al tramite di un sito web o di una *app*, dedicati a quanto segue: piattaforme di *social media*, messaggistica online o servizi di telefonia vocale basati su internet (VOIP), *marketplace* (inclusi gli *app store*), servizi di *streaming* di contenuti (per es. video, musica), giochi online, aste online, servizi di *cloud* e *hosting* in generale, piattaforme partecipative, siti di news, siti web educativi o che offrono altri beni o servizi agli utenti tramite internet. Parimenti vi possono rientrare i servizi per il controllo di dispositivi IoT (*Internet of Things*), legati a sensori e altri dispositivi purché collegati alla Rete (per es. *smart toys*).

Se ne possono considerare esclusi d'altro canto i servizi telefonici tradizionali, privi della trasmissione con mezzi elettronici, oppure i siti web “vetrina” che si limitano a fornire informazioni su un'attività resa perlopiù offline, senza interazione online (manca la fornitura a distanza), o ancora il commercio elettronico indiretto, cioè si perfezionato online ma eseguito in via tradizionale (per es. con invio di merci per posta tradizionale), per la porzione di attività non resa online come può essere la consegna. Circa i servizi di posta elettronica e di comunicazione interpersonale similari (per es. messaggistica, *chat*) sono disciplinati dalla normativa sulle comunicazioni elettroniche (direttiva 2018/1972/UE rece-

---

<sup>4</sup> Segnaliamo che la direttiva 2019/790/UE in ambito di diritto d'autore (per cui si rimanda al cap. 4 precedente, relativo all'interazione tra DSA e diritto d'autore, anche per le differenze soggettive tra PSCCO della direttiva e i *provider* del DSA) ha espressamente escluso (art. 2) le attività *no-profit*, come quelle delle enciclopedie online, dal suo perimetro applicativo soggettivo — la necessità di questa esclusione espressa potrebbe giocare, a contrario, verso l'inquadramento quale servizio della società dell'informazione contemplato dal DSA. Secondo l'interpretazione dominante, d'altro canto, non sarebbero solitamente servizi della società dell'informazione le attività di informazione senza scopo di lucro, ovvero a scopo scientifico o educativo, come le enciclopedie online (A. BERTOLINI et al., *Liability of online platforms*, Bruxelles, 2021, 15). In breve: molto può dipendere dalla chiara comprensione del tipo di attività resa agli utenti e del modello di finanziamento effettivo dell'attività del *provider* (pensiamo all'eventuale sfruttamento dei dati personali degli utenti), pur a fronte di un dichiarato *not-for-profit*. A conferma, è con proprio atto del 25 aprile 2023 che la Commissione europea ha designato, per la prima volta, le piattaforme e i motori di ricerca di dimensioni molto grandi — tra questi rinveniamo Wikipedia, chiaramente considerata un servizio della società dell'informazione, sebbene non sia noto come si sia articolato il processo di valutazione e quali criteri abbiano influito. Gli altri *provider* inclusi tra quelli molto grandi dalla Commissione comprendono (si notino le precisazioni funzionali per alcuni): Alibaba AliExpress, Amazon Store, Apple AppStore, Booking.com, Facebook, Google Play, Google Maps, Google Shopping, Instagram, LinkedIn, Pinterest, Snapchat, TikTok, Twitter, YouTube, Zalando, Bing e Google Search.

pita nel d.lgs. 259/2003) ma al contempo il considerando 14 del DSA li cattura: facendo leva sulla eventuale “diffusione al pubblico” (art. 3 lett. k) DSA) di informazioni accedibili tramite « la registrazione o l’ammissione a un gruppo di destinatari del servizio (...) e [i destinatari] sono automaticamente registrati o ammessi senza una decisione o una selezione umana che stabilisca a chi concedere l’accesso », con un numero potenzialmente illimitato di destinatari, per es. nel caso di gruppi pubblici o canali aperti, a contrasto di contenuti illeciti e dannosi propagati sovente grazie a strumenti di condivisione messaggistica.

Passando a fattispecie molto discusse e attuali, basti nominare le forme di “comunità contrattuali” di realtà virtuale (anche aumentate o immersive, come il c.d. metaverso, se non limitate alla mera fruizione <sup>5</sup>): ben possono ricadere nel perimetro definitorio dei servizi della società dell’informazione, se e quando ne presentino i requisiti anzidetti, oltre che di intermediari ai sensi del DSA. Più controverso può essere l’ambito Web3, decentralizzato, in particolare con tecnologie a registri distribuiti (*Distributed Ledger Technology*): menzioniamo la *blockchain* e annessi come gli *smart contracts*, gli *NFT (Non Fungible Tokens)* e le *DAO (Decentralized Autonomous Organization)*. Per es. nel caso di *blockchain permissionless*, cioè pubblica, può essere arduo comprendere chi tra i partecipanti (nodi, *miners*, ecc.) possa identificarsi come prestatore di servizi, di che tipo sia, ecc. Da un lato è vero che si tratterebbe “solo” di una modalità particolare di resa di un servizio della società dell’informazione (e quindi dovrebbe essere neutra nell’inquadramento normativo oggettivo, dipendente appunto dal tipo di attività resa), dall’altro lato se il servizio reso può risultare astrattamente inquadrabile nella definizione del DSA, possono però entrarne in crisi i precisi riflessi soggettivi, sui soggetti responsabili, sui ruoli implicati e sulla concreta possibilità di applicare le prescrizioni normative conseguenti del DSA <sup>6</sup>.

Analogo ragionamento si può applicare ad altre fattispecie complesse e dilaganti in tempi recenti, basate sul *machine learning* e declinazioni in soluzioni di c.d. “modelli di intelligenza artificiale generativa” <sup>7</sup>. Sono già notissime molte di

---

<sup>5</sup> La dimensione della realtà virtuale (aumentata, 3D, 4D o altro che sia) non è stata direttamente menzionata e inquadrata dal DSA; in attesa di migliori precisazioni si può ritenere che potrebbero ricondurvisi gli ambienti virtuali dei videogiochi (potenzialmente sia come “intermediari” che quali “piattaforme online”) — v. N. CRACK (a cura di), *Report on policy for Content Moderation*, 2023, 87 ss., in (consultato il 25 maggio 2023) [https://www.ai4media.eu/wp-content/uploads/2023/03/D6.2\\_Report\\_on\\_Policy\\_for\\_Content\\_Moderation\\_final.pdf](https://www.ai4media.eu/wp-content/uploads/2023/03/D6.2_Report_on_Policy_for_Content_Moderation_final.pdf).

<sup>6</sup> Si ritornerà a parlare di ambiti decentralizzati in seguito, soprattutto quanto ai doveri imposti dal Capo III del DSA sugli intermediari (v. il cap. 9 seguente), ma i dilemmi appena esposti permangono pertinenti.

## 7. I fornitori di servizi di intermediazione molto grandi

di Antonio Landi

### 1. Obiettivi di facilitazione della concorrenza ravvisabili nel DSA

In linea generale, il *Digital Services Act* (di seguito anche “DSA” o “Regolamento”) può essere considerato uno strumento di fondamentale importanza per la creazione, non soltanto di un mercato digitale unico, ma addirittura di un vero e proprio ecosistema digitale più sicuro e inclusivo.

Il Regolamento fa seguito alla comunicazione “*Shaping Europe’s Digital Future*”, in cui la Commissione ha confermato l’intenzione di elaborare norme nuove e riviste per disciplinare il mercato interno dei servizi digitali, aumentando e armonizzando le responsabilità delle piattaforme online e dei fornitori di servizi d’informazione e rafforzando la vigilanza sulle politiche di contenuto delle piattaforme all’interno dell’Unione europea <sup>1</sup>.

Il DSA, come testo normativo, ha come principale obiettivo quello di andare a proteggere lo spazio digitale europeo dalla diffusione di contenuti illegali, ponendo al centro la tutela dei diritti fondamentali degli utenti. Esso si prefigge quindi di tutelare consumatori e imprese, avendo come effetto anche quello di stimolare la concorrenza tra i vari fornitori coinvolti.

Il DSA stabilisce chiare responsabilità per i fornitori di servizi di intermediazione, come i social media, i mercati online, le piattaforme online e i motori di ricerca online di dimensioni molto grandi. Al riguardo, gli obblighi sono stabiliti in modo asimmetrico, con l’intento di stimolare la concorrenza tra i vari *player*, prevedendo (ad esempio la Sezione 5 del Regolamento) adempimenti più stringenti per i fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi.

Sempre con l’obiettivo di stimolare la concorrenza possono essere considerati anche gli obblighi di diligenza contenuti nella Sezione 6 del DSA, volti a migliorare il funzionamento del mercato interno e a garantire un ambiente online sicuro e trasparente, stabilendo una serie chiara, efficace, prevedibile ed equilibrata di obblighi armonizzati in materia di dovere di diligenza per i prestatori di

---

<sup>1</sup> European Data Protection Supervisor, *The EDPS Strategy 2020-2024, Shaping a Safer Digital Future*, 30 June 2020, [https://edps.europa.eu/press-publications/press-news/press-releases/2020/shaping-safer-digital-future-new-strategy-new\\_de](https://edps.europa.eu/press-publications/press-news/press-releases/2020/shaping-safer-digital-future-new-strategy-new_de).

servizi intermediari. Tali obblighi, come indicato dal considerando 40, « dovrebbero in particolare mirare a conseguire diversi obiettivi di interesse pubblico quali la sicurezza e la fiducia dei destinatari del servizio, compresi i consumatori, i minori e gli utenti particolarmente esposti al rischio di essere vittima di discorsi d'odio, molestie sessuali o altre azioni discriminatorie, la tutela dei pertinenti diritti fondamentali sanciti dalla Carta, la significativa assunzione della responsabilità da parte di tali prestatori e il conferimento di maggiore potere ai destinatari e alle altre parti interessate, agevolando nel contempo la necessaria vigilanza da parte delle autorità competenti ».

Anche l'introduzione della definizione di "contenuto illegale" (di cui all'art. 3, lett. h) DSA), cercando di inserire un parametro uniforme per valutare l'illegalità dei contenuti, rappresenterebbe una misura volta a fornire certezza nell'attività di analisi e rimozione degli stessi, favorendo e stimolando di riflesso anche l'attività concorrenziale. Difatti, per conseguire l'obiettivo di garantire un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile, il concetto di "contenuto illegale" dovrebbe rispecchiare ampiamente le norme vigenti nell'ambiente offline. In particolare, il concetto di "contenuto illegale" dovrebbe essere definito in senso lato per coprire anche le informazioni riguardanti i contenuti, i prodotti, i servizi e le attività illegali. Questa nozione dovrebbe ricomprendere le informazioni, indipendentemente dalla loro forma, che ai sensi del diritto applicabile sono di per sé illegali, come ad esempio l'illecito incitamento all'odio o i contenuti terroristici illegali e i contenuti discriminatori illegali, o che le norme applicabili rendono illegali in considerazione del fatto che riguardano attività illegali. Tra queste rientrano, come indicato dal considerando 12, la condivisione di immagini che ritraggono abusi sessuali su minori, la condivisione non consensuale illegale di immagini private, il *cyberstalking* (pedinamento informatico), la vendita di prodotti non conformi o contraffatti, la vendita di prodotti o la prestazione di servizi in violazione della normativa sulla tutela dei consumatori, l'utilizzo non autorizzato di materiale protetto dal diritto d'autore, l'offerta illegale di servizi ricettivi o la vendita illegale di animali vivi. Inoltre, risulta essere irrilevante che l'illegalità delle informazioni o delle attività sia sancita dal diritto dell'Unione o dal diritto nazionale conforme al diritto dell'Unione e quale sia la natura esatta o l'oggetto preciso della legge in questione.

Tra le importanti novità previste al fine di garantire condizioni uniformi di esecuzione del Regolamento (anche con l'intento di stimolare la concorrenza) abbiamo:

- lo strumento delle relazioni sulla moderazione dei contenuti;
- il contributo annuale per le attività di vigilanza applicato ai fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi;
- le modalità dei procedimenti, delle audizioni e della divulgazione negoziata delle informazioni che avvengono nell'ambito della vigilanza, delle indagini,

dell'esecuzione e del monitoraggio in relazione ai fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi;

- il sistema di condivisione delle informazioni e la sua interoperabilità con altri sistemi pertinenti, data la rilevanza transfrontaliera e intersettoriale dei servizi intermediari, la quale richiede un elevato livello di cooperazione per garantire l'applicazione uniforme del Regolamento e la disponibilità delle informazioni pertinenti per l'esercizio dei compiti di esecuzione.

Per di più, ad avviso di chi scrive sempre in ottica di agevolare la concorrenza, il DSA stabilisce che gli obblighi in materia di dovere di diligenza siano adeguati al tipo, alle dimensioni e alla natura del servizio intermediario interessato. Pertanto, il Regolamento stabilisce obblighi applicabili a tutti i prestatori di servizi intermediari nonché obblighi supplementari per i prestatori di servizi di memorizzazione di informazioni e, più specificamente, per i prestatori di piattaforme online, di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi. Nella misura in cui i prestatori di servizi intermediari rientrano in diverse categorie, in considerazione della natura dei loro servizi e delle loro dimensioni, essi dovrebbero adempiere a tutti i corrispondenti obblighi prescritti dal Regolamento in relazione a tali servizi. Tali obblighi armonizzati in materia di dovere di diligenza, che dovrebbero essere ragionevoli e non arbitrari, sono necessari per affrontare gli obiettivi di interesse pubblico individuati, come la tutela degli interessi legittimi dei destinatari del servizio, il contrasto delle pratiche illegali e la tutela dei diritti fondamentali sanciti nella "Carta dei diritti fondamentali dell'UE" (di seguito anche "Carta").

## **2. Parametri utilizzati per la qualifica di "Piattaforme online di dimensioni molto grandi"**

La Sezione 5 del Regolamento è volta a disciplinare gli obblighi supplementari posti a carico dei fornitori di piattaforme online e dei motori di ricerca online di dimensioni molto grandi. Difatti, data l'importanza che le piattaforme online di dimensioni molto grandi hanno (in relazione al loro raggio d'azione, espresso in particolare come il numero di destinatari del servizio) nel facilitare il dibattito pubblico, le operazioni economiche e la diffusione al pubblico di informazioni, opinioni e idee e nell'influenzare il modo in cui i destinatari ottengono e comunicano informazioni online, è quindi necessario imporre a tali fornitori obblighi specifici, in aggiunta agli obblighi applicabili a tutte le piattaforme online. A seguito del loro ruolo chiave nella localizzazione e nel reperimento delle informazioni online, è altresì necessario imporre tali obblighi, nella misura in cui siano applicabili, ai fornitori di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi. Come indicato dal legislatore al considerando 75, « tali obblighi supple-



mentari per i fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi sono necessari per affrontare tali preoccupazioni di interesse pubblico, in quanto non esistono misure alternative e meno restrittive che consentano di conseguire efficacemente lo stesso risultato ».

L'attribuzione delle "dimensioni molto grandi" per innescare gli adempimenti prescritti dalla Sezione 5 del DSA è collegata a parametri numerici contenenti delle soglie prestabilite e soggette a revisione periodica. Difatti, l'art. 33, par. 1, stabilisce che la Sezione 5 si applica « alle piattaforme online e ai motori di ricerca online che hanno un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni », stabilendo quindi tale parametro per l'attribuzione della qualifica "molto grande", secondo la procedura di cui al par. 4 dell'art. 33. Quest'ultimo paragrafo prevede infatti che sia la Commissione ad adottare la decisione per qualificare la piattaforma o il motore di ricerca come molto grande, sulla base dei dati comunicati da questi ultimi.

Quindi, ai fini della designazione, risulta essere di fondamentale importanza la definizione di « destinatario attivo del servizio ». Difatti, al fine di determinare la portata di una determinata piattaforma online o di un determinato motore di ricerca online, è necessario stabilire singolarmente il numero medio di destinatari attivi di ciascun servizio. Di conseguenza, il numero medio mensile di destinatari attivi di una piattaforma online, in linea generale, dovrebbe rispecchiare tutti i destinatari che effettivamente ricorrono al servizio almeno una volta in un determinato periodo di tempo, essendo esposti a informazioni diffuse sull'interfaccia online della piattaforma online, come la visualizzazione o l'ascolto di tale servizio o la fornitura di informazioni, come avviene ad esempio per gli operatori commerciali su una piattaforma online che consenta ai consumatori di concludere contratti a distanza con operatori commerciali.

A supporto sovviene il considerando 77 del Regolamento, il quale precisa che « l'impegno non si limita all'interazione con le informazioni cliccando, commentando, collegando, condividendo, acquistando o effettuando transazioni su una piattaforma online. Di conseguenza, il concetto di destinatario attivo del servizio non coincide necessariamente con quella di utente registrato di un servizio. Per quanto riguarda i motori di ricerca online, il concetto di destinatari attivi del servizio dovrebbe comprendere coloro che visualizzano informazioni sulla loro interfaccia online, ma non, ad esempio, i proprietari dei siti web indicizzati da un motore di ricerca online, in quanto questi ultimi non si avvalgono attivamente del servizio. Il numero di destinatari attivi di un servizio dovrebbe comprendere tutti i destinatari unici del servizio che si avvalgono del servizio specifico. A tal fine, un destinatario è considerato un destinatario attivo del servizio se, in un periodo di tempo, ha effettuato una delle seguenti operazioni: ha cliccato su un link, ha commentato, ha collegato, ha condiviso, ha acquistato o ha effettuato una transazione su una piattaforma online ».

**Termine estratto capitolo**