



**PROPOSTA REGOLAMENTO MERCATO SERVIZI DIGITALI
(LEGGE SERVIZI DIGITALI)
E
PROPOSTA REGOLAMENTO MERCATI EQUI E CONTENDIBILI
(LEGGE SUI MERCATI DIGITALI)
COMMISSIONE TRASPORTI CAMERA DEI DEPUTATI
AUDIZIONE DI CONFINDUSTRIA RADIO TELEVISIONI**

Roma, 16 giugno 2021

Premessa

Confindustria Radio Televisioni ringrazia questa Commissione per essere stata audita su due provvedimenti di precipuo interesse per le imprese associate, nonché suscettibili di grande impatto sul futuro economico del Paese, e per l'attenzione che vorrà riservare alle osservazioni formulate in questa sede.

La nostra Associazione si è occupata a più riprese dei temi della regolamentazione dell'ambiente digitale, denunciando più volte e in più sedi l'assenza di un vero level playing field tra operatori nazionali e grandi piattaforme OTT, rilevando che ciò comportava significative distorsioni nella concorrenza.

Non si può pertanto che essere favorevoli alle iniziative europee in esame, risultando però necessarie alcune osservazioni, che di seguito si indicheranno sinteticamente.

I. La Proposta "DMA"

I.1. Premessa

La proposta UE in materia di mercati digitali (Digital Markets Act, in seguito abbreviata con "DMA") stabilisce una serie di criteri per individuare le piattaforme online di grandi dimensioni che esercitano una funzione di controllo dell'accesso, vale a dire di "gatekeeping".

Si auspica che essa introduca una regolamentazione dell'attività delle grandi piattaforme, che eviti abusi della loro posizione (decisamente dominante) su tutto l'ecosistema informatico, con particolare riguardo al sistema economico del settore audiovisivo, già ampiamente messo alla prova dall'emergenza sanitaria.

In sintesi, le criticità emerse nel quadro attuale riguardano: a) il fatto che talune grandi piattaforme possano indirizzare gli utenti su servizi che esse stesse scelgono, spesso privilegiando altre piattaforme, a volte collegate tra loro, che hanno scarso rispetto del copyright e delle regole di una concorrenza corretta; b) l'integrazione verticale di servizi differenti, che può comportare l'esclusione di alcuni players dal mercato; c) la totale assenza di un *level playing field*, dato che queste piattaforme non devono, attualmente, sottostare alla rigida disciplina che interessa gli operatori nazionali (ad esempio, per quanto riguarda responsabilità editoriale e tetti pubblicitari).

Si auspica quindi che il DMA sia fonte di obblighi e doveri stringenti e vincolati per i grandi operatori. D'altra parte, i processi e gli obblighi delineati nella proposta dovrebbero essere adattabili a vari modelli di business e al continuo variare dello scenario economico e tecnologico. A tal fine è necessario ribadire e implementare principi come l'interoperabilità e la portabilità dei dati tra le diverse piattaforme, allo scopo di eliminare le possibili "barriere all'ingresso" per i nuovi attori nel mercato digitale.

Sotto altro profilo, va particolarmente apprezzato il fatto che gli organi europei si stiano attivamente muovendo per affermare, anche in questo ambito, il rispetto dei valori fondanti dell'Unione (tra i quali la libertà di espressione e la tutela dei dati personali), pur garantendo i principi di concorrenza e di libero mercato. La proposta va sicuramente in questo senso.

Tuttavia, alla luce delle criticità ora evidenziate, appare opportuno che vi siano delle maggiori riflessioni su alcuni punti della proposta.

I.2. Ambito di applicazione

In linea generale, sembra che l'ambito di applicazione della norma vada mantenuto circoscritto; una eccessiva espansione dell'elenco degli enti coinvolti andrebbe infatti a inficiare invece l'effettività delle norme.

Per quanto precede, si esprime favore verso l'attuale formulazione dell'art. 2.2.. Sarebbe tuttavia opportuno specificare che nei sistemi operativi (art. 2.2., lett.f) vengono ricompresi anche quelli utilizzati per le radio e le TV connesse.

Pare anche soddisfacente la soluzione di applicare sia criteri quantitativi che qualitativi. Tuttavia, una volta soddisfatti i criteri quantitativi (art. 3.2) non dovrebbe essere concessa al gatekeeper la possibilità di opporsi alla qualificazione o ritardarla.

Opportunamente, l'articolo 3, paragrafo 6, consente alla Commissione di indicare una attività come gatekeeper anche quando non soddisfa i chiari criteri quantitativi dell'articolo 3, paragrafo 2, purché sia dimostrato che l'azienda in questione soddisfa le nozioni generali dell'articolo 3, paragrafo 1, nell'ambito della sua indagine di mercato ai sensi dell'articolo 15. Si tratta di un meccanismo necessario per rendere sufficientemente elastica l'individuazione dei gatekeepers, tuttavia i criteri adottati dalla Commissione e le prove che essa deve portare a sostegno della propria decisione dovrebbero essere meglio specificati, onde evitare lunghi e incerti contenziosi.

I.3. Obblighi e responsabilità

Si accoglie favorevolmente la previsione degli obblighi previsti agli articoli 5 e 6 della proposta, soprattutto con riguardo alle disposizioni che si applicano ai gatekeepers operanti sul mercato della pubblicità online. Occorre, ai fini della effettività, che i gatekeepers si conformino rapidamente e senza poter attuare iniziative dilatorie.

Va posto l'accento anche sul divario informativo esistente, dato che attualmente risulta difficile comprendere alcuni aspetti del funzionamento dei mercati digitali nella pratica. Sarà certamente opportuno coinvolgere esperti e auditor indipendenti esterni che aiutino la Commissione a fare chiarezza sulle pratiche portate avanti dai gatekeeper.

Sarà inoltre necessario ottenere una stretta collaborazione tra le autorità di controllo europee e nazionali, ciò sia per favorire un'applicazione uniforme del Regolamento nel mercato unico, sia per permettere agli utenti business di segnalare inosservanze e l'insorgenza di nuove pratiche scorrette alle autorità nazionali competenti.

Ciò posto, il novero degli obblighi di cui agli artt. 5 e 6 della proposta andrebbe ampliato e i doveri rafforzati: occorrerebbe precisare che non è consentito limitare o limitare l'accesso a servizi di contenuti di terze parti o stabilire costi per il trasporto di tali contenuti. Inoltre, le piattaforme gatekeepers non dovrebbero poter inserire sponsorizzazioni o pubblicità nei servizi di contenuti di terze parti senza l'espresso consenso del fornitore di contenuti.

In proposito si ritiene che l'articolo 5, lettera f), dovrebbe coprire i servizi accessori ai servizi principali della piattaforma e impedire ai gatekeeper di limitare l'accesso a un servizio a un utente aziendale o utente finale.

Quanto al regime delle esenzioni di cui agli artt. 8 e 9 del DMA, esso dovrebbe essere limitato a casi eccezionali; inoltre si ritiene inopportuno che ciascuno degli obblighi di cui agli artt. 5 e 6, indistintamente, possa essere sospeso.

I.4. Condizioni di contratto

Anche se l'attuale proposta contiene diversi riferimenti all'equità delle condizioni contrattuali (si pensi, tra gli altri, all'art. 6, comma 1, lett. k) sarebbe opportuno inserire delle disposizioni più generali

volte alla correttezza delle clausole contrattuali, per far sì che gli obblighi stabiliti per i gatekeeper trovino corrispondenza nei patti imposti alle controparti contrattuali.

II. La proposta “DSA”

II.1. Premessa

La proposta “Digital Single Act” si pone come nucleo di norme fondamentali per l’economia digitale, collegato al GDPR e con lo stesso obiettivo di “globalizzazione” delle regole che vigono per gli operatori europei.

Alla vigilia della pubblicazione della proposta, CRTV aveva manifestato la propria preoccupazione per un possibile disallineamento della stessa con l’altro provvedimento fondamentale per stabilire un sistema nel quale confrontarsi con gli OTT, a parità di regole e condizioni, ossia la cd. “Direttiva copyright”.

I timori espressi riguardavano, in particolare, il tema della responsabilità delle piattaforme online sui contenuti veicolati e gli strumenti di enforcement, che dovrebbero ispirare il nuovo approccio “orizzontale e coordinato” delle Commissione UE.

L’auspicio è che la natura orizzontale del DSA possa chiarire le discrepanze che si sono venute a creare tra le diverse normative di settore garantendone, al contempo, un’efficace applicazione.

L’associazione accoglie con favore le disposizioni volte ad introdurre obblighi di trasparenza generali nel mercato della pubblicità online con un approccio incrementale e vincoli più puntuali per le piattaforme di dimensioni molto grandi.

II.2. Esenzione della responsabilità per gli intermediari

Un punto critico della proposta riguarda innanzitutto l’individuazione dei soggetti responsabili dei contenuti. Il Capo II della Proposta non riprende la distinzione tra hosting attivo e passivo ma fa riferimento all’hosting attivo e hosting neutrale. Questo confligge con la vasta giurisprudenza sulla distinzione attivo/passivo, in relazione alla responsabilità per i contenuti immessi, che andrebbe invece mantenuta nel testo. Inoltre, l’Art.6 prevede che un prestatore di servizi possa beneficiare dell’esenzione di responsabilità anche quando conduce indagini volontarie per identificare contenuti illegali. Questa tutela non ci sembra necessaria poiché i prestatori di servizi vengono considerati servizi attivi non quando ricercano attivamente contenuti illegali sui loro servizi bensì quando promuovono, indicizzano e ottimizzano i contenuti presenti.

Per meglio descrivere tale aspetto, si evidenzia che tra i requisiti previsti per l’esenzione da responsabilità vi è quello di non “selezionare” i contenuti o i destinatari degli stessi.

Molte grandi piattaforme, però, pur non “selezionando” i destinatari del materiale o il materiale stesso, promuovono in vari modi i contenuti che ritengono di far prevalere, e sfruttano gli strumenti di profilazione per associare alcuni messaggi pubblicitari a determinate categorie di utenti. Non può parlarsi in questi casi di ruolo passivo di tali categorie di operatori. Il Considerando 18 chiarisce che l’esenzione di responsabilità non può applicarsi ai provider che svolgono un “ruolo attivo” atto a conferirgli la conoscenza o il controllo delle informazioni trasmesse.

Anche per i servizi cloud, non può non rilevarsi che i sistemi di condivisione dei contenuti creano grandi spazi digitali nei quali vengono immessi, senza alcun controllo, materiali di ogni tipo,

specialmente se tutelati da copyright. Affermare una totale terzietà degli intermediari non appare, in questo senso, corretto né utile alla creazione di un ambiente digitale sano.

Ciò detto, piuttosto che richiamare definizioni ed accezioni che appaiono superate, occorrerebbe valutare la condotta delle piattaforme: esse dovrebbero poter godere di esenzione dalla responsabilità solo quando applicano soluzioni tecnologiche sicure ed efficaci, nel pieno rispetto dell'autonomia imprenditoriale delle parti, per poter eventualmente tracciare i contenuti e individuare la titolarità e i diritti sugli stessi, controllarne la diffusione, ottenerne la rimozione permanente (take down e stay down) in caso di violazione della licenza. A tal fine non dovrebbero necessariamente essere applicati i mezzi, le procedure e le tecnologie fornite dalle piattaforme stesse: occorre piuttosto valutare una serie di soluzioni, tra le quali anche l'implementazione di mezzi tramite i quali "marcare" i contenuti protetti, di talché, se uno di tali contenuti viene immesso in rete, sia onere della piattaforma, senza indebito ritardo, assicurare che non sia più disponibile oppure che l'uploader ha diritto a mantenerlo on line.

In sintesi, sembra che l'esenzione in parola debba spettare solo ai soggetti che hanno impedito il caricamento in futuro del materiale protetto segnalato o di materiale equivalente.

Inoltre, al momento attori editorialmente responsabili e soggetti a stringenti regolamentazioni nazionali ed europee, quali i broadcaster, devono sottostare a termini e condizioni unilateralmente decisi dalle piattaforme per poter caricare i loro contenuti su questi servizi. Soggetti definiti come editorialmente non responsabili prendono quindi decisioni editoriali sui contenuti dei broadcaster con cui peraltro competono sul mercato pubblicitario. Il DSA dovrebbe essere uno strumento orizzontale, sul quale normative di settore (quali Direttiva SMAV e Copyright) si "innestano" per mettere fine alle decisioni arbitrarie e unilaterali delle piattaforme online di dimensioni molto grandi che, ad oggi, sfruttano senza previa licenza i contenuti degli editori caricati dagli utenti e rimuovono senza spiegazioni plausibili e dettagliate quelli caricati direttamente dai legittimi titolari.

Da ultimo, è necessario sancire, anche per il contesto online, il principio dell'integrità dei contenuti editoriali. Ad oggi infatti, piattaforme senza responsabilità editoriale rimuovono i contenuti degli editori per presunta incompatibilità con i termini e le condizioni del servizio. Le piattaforme, in particolare quelle molto grandi definite all'art.25, dovrebbero quindi rispettare l'integrità delle pagine e dei contenuti caricati legalmente dai legittimi titolare. Questa misura è fondamentale per garantire la stessa qualità dell'informazione online e offline, assicurare la visibilità dei contenuti degli editori e favorire una concorrenza leale nel mercato della pubblicità online in cui sia le piattaforme che gli editori operano.

II.3. Obbligo di sorveglianza.

Parimenti inadeguata appare l'enfasi con la quale viene sancito il divieto di sorveglianza generalizzato (art. 7).

Occorre piuttosto ribadire la possibilità di obblighi di sorveglianza in casi specifici, già previsti dalla direttiva E-Commerce (Considerando 47) e ribaditi dalla CGUE nel sopracitato caso C-18/18. In questo contesto, il principio della diligenza professionale assume, dunque, una valenza centrale.

II.4. Ordini di rimozione dei contenuti (Art.8) e meccanismo di notifica e azione (Art.14)

Occorre rilevare l'inopportunità di imporre un contenuto particolarmente dettagliato agli ordini (anche se emanati da autorità giudiziarie) e alle notifiche relativi alla rimozioni di contenuti.

Ciò specialmente con riguardo alla previsione per la quale l'ordine o la notifica in questione dovrebbe indicare anche l'URL del contenuto vietato.

CRTV ha ribadito in più sedi che l'obbligo, per il segnalante, di indicare l'URL del contenuto vietato rappresenta un ostacolo ad un efficace controllo dei contenuti illeciti.

Data, infatti, l'estrema facilità con la quale un contenuto può essere cancellato dall'utente che lo ha postato, e caricato nuovamente (e reperito da altri utenti tramite i motori di ricerca) l'unica segnalazione possibile è quella che individua le caratteristiche del contenuto. Ciò in particolar modo per quanto riguarda le opere soggette a copyright.

Quanto precede vale, allo stesso modo, per gli ordini giudiziari o amministrativi di rimozione dei contenuti.

II.5. Tracciabilità degli operatori commerciali

L'ambito di applicazione dell'obbligo di tracciabilità previsto all'articolo 22 risulta troppo limitato. Per migliorarne l'efficacia andrebbero inclusi non solo gli operatori commerciali che vogliono concludere contratti a distanza con i consumatori ma tutti i fornitori di servizi della società dell'informazione che forniscono servizi che possono contribuire, in qualunque modo, alla realizzazione di un illecito. Questo rileva sia per quanto riguarda la distribuzione non autorizzata di contenuti protetti dal diritto d'autore, sia per la diffusione di disinformazione attraverso l'acquisizione di spazi pubblicitari offerti dalla piattaforma.

Le proposte di regolamento sul Digital Service Act e Digital Market Act

Posizione dei Business User



Sommario

1	Premessa	2
2	Il Digital Service Act	4
2.1	La responsabilità dei prestatori di servizi di intermediazione	5
2.1.1	<i>Categorie di mere conduit, caching, hosting e il safe harbour</i>	5
2.1.2	<i>Indagini volontarie</i>	6
2.2	Obblighi in materia di dovere di diligenza per un ambiente online trasparente e sicuro	7
2.2.1	<i>Meccanismo di notifica e azione e il passaggio allo stay down</i>	7
2.2.2	<i>Segnalatori attendibili (trusted flagger)</i>	8
2.2.3	<i>Tracciabilità degli operatori commerciali e misure di protezione contro gli abusi</i>	8
2.2.4	<i>Estensione degli obblighi previsti per le piattaforme</i>	9
2.2.5	<i>Obblighi di trasparenza e comunicazione</i>	10
2.2.6	<i>Coordinamento della implementazione del Regolamento nei diversi Stati Membri. comunicazione</i>	10
3	Il Digital Market Act	11
3.1	Criteri quantitativi e qualitativi	12
3.2	Obblighi e responsabilità	13
3.2.1	<i>Obblighi per gatekeeper verticalmente integrati e i servizi accessori</i>	14
3.1	Regime di sospensione ed esenzione	16
3.2	Condizioni e termini contrattuali.....	16
3.3	Verifiche e monitoraggio di violazioni.....	17
	Nota	18

1 Premessa

L'integrazione del mercato europeo, attuata con la strategia digitale e quella per il mercato unico, è un passaggio obbligato per consolidare la competitività dell'eurozona.

Secondo le stime della Commissione, il completamento del mercato unico potrebbe avere un impatto sul PIL europeo fino al 12%, con un effetto positivo anche sull'occupazione. Oggi più che mai, è importante cogliere questo potenziale di sviluppo per rispondere alla crisi legata all'epidemia COVID-19 e per consentire alle imprese di accedere facilmente a nuovi mercati.

In questa direzione, dal 2015 la Commissione UE ha avviato un percorso di riforma per dare un impulso concreto all'integrazione dei mercati digitali, con l'adozione di diversi provvedimenti volti a garantire un sistema digitale più equo e competitivo.

Tra questi, si ricorda il Regolamento che promuove l'equità e la trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online (Reg. 2019/ 1150 c.d. Platform to Business – P2B), che è la risposta alla constatazione sia della forte dipendenza degli utenti commerciali, soprattutto PMI, dai servizi di intermediazione online, sempre più centrali nella strategia di business delle imprese per l'offerta dei propri beni e servizi online sia della asimmetria informativa e del potere contrattuale di tali servizi di intermediazione.

Questo intervento normativo rappresenta però solo un primo passo per assicurare che il rapporto di complementarità tra piattaforme e utenti commerciali si sviluppi in modo virtuoso. Le piattaforme, infatti, rappresentano un veicolo importante per l'economia del nostro paese, la seconda potenza manifatturiera in Europa, consentendo alle imprese, anche PMI, di accedere a nuovi mercati. Per questo motivo è fondamentale definire un quadro normativo in grado di prevenire eventuali abusi e pratiche commerciali potenzialmente dannose, che andrebbero a danneggiare il contributo di tutti i player alla costituzione di un "contesto commerciale online equo, prevedibile, sostenibile e sicuro".

Il percorso di riforma europeo ha segnato un passo decisivo con l'approvazione, il 17 aprile 2019, della nuova Direttiva Copyright (790/2019), che aggiorna il quadro normativo di riferimento in tema di tutela del diritto d'autore in base all'evoluzione delle tecnologie digitali. In particolare, la nuova Direttiva ha finalmente aggiornato il regime di responsabilità dei servizi di condivisione dei contenuti online, opere e materiali illegali caricati, anche dagli utenti, sulle piattaforme digitali, la cui disciplina, ormai obsoleta, risaliva alla Direttiva sul commercio elettronico del 2000 (Direttiva n. 31 del 2000, artt. 13-15). È fondamentale che il prossimo recepimento della Direttiva rispetti lo spirito della riforma della disciplina del Copyright, per evitare che venga snaturato l'obiettivo principale: aggiornare la normativa all'evoluzione tecnologica, garantire il rispetto della proprietà intellettuale online, promuovere l'innovazione e creare un ambiente virtuoso di collaborazione tra gli operatori.

In questo contesto, si inserisce, in via complementare, anche la proposta di Regolamento su Data Governance (Data Governance Act), che promuove e facilita una maggiore condivisione volontaria dei dati, riconoscendone il valore economico e strategico per la competitività delle imprese.

Questo filone riformatore, volto a definire nuove regole nel mondo digitale, è diventato ancora più ambizioso e incisivo con le due recenti proposte di Regolamento sul Digital Service Act (COM 825/2020) e sul Digital Market Act (COM842/2020), presentate dalla Commissione europea il 15 dicembre 2020 nell'ambito della nuova strategia "Plasmare il futuro digitale dell'Europa. Con tali iniziative, la Commissione propone una revisione complessiva del *corpus* regolatorie europeo che mira, da un lato, ad accrescere e

armonizzare le **responsabilità** delle piattaforme *online* e dei fornitori di servizi d'informazione, rafforzando il loro **controllo** sui contenuti, beni e servizi offerti per contrastare l'illegalità, dall'altro, a introdurre regole per assicurare l'equità e la contendibilità dei mercati digitali.

Tali proposte rappresentano un passo decisivo in questo percorso di riforma che non poteva più essere procrastinato, considerando sia la veloce evoluzione delle tecnologie digitali sia un assetto di mercato, sempre più concentrato in pochi operatori digitali, che operando in mercati diversi, distorcono la concorrenza e sfruttano la dipendenza economica dei business user dai loro servizi per creare condizioni al limite dell'abuso.

A tal riguardo, secondo l'[Osservatorio sulle piattaforme online](#)¹ si deve considerare che il 60% del traffico online in tutta l'UE è gestito da sole 50 piattaforme. Il consolidamento dell'economia delle piattaforme è in aumento: il 40% di tutte le acquisizioni di azienda, avvenute tra il 2013 e il 2020, sono state compiute dalle piattaforme online, per lo più di origine americana (70% Usa vs 20% UE) e oltre il 90% delle imprese sono state acquisite da società madri statunitensi.

Alla fine del 2020, è stato stimato che il 59% delle aziende europee traesse oltre il 25% dei propri ricavi dal commercio elettronico. Quasi il 30% di tutte le prenotazioni alberghiere in Europa è stato effettuato tramite piattaforme online. Infatti, il 30% del traffico globale dei siti web è dedicato esclusivamente all'ospitalità, ai social media e alle piattaforme di e-commerce. Nel complesso, circa il 61% degli utenti aziendali considera il proprio business fortemente o completamente dipendente dalle piattaforme online, con una tendenza in crescita legata alle restrizioni legate al Covid-19.

In parallelo, si registra una forte crescita del commercio online: nel 2002, solo il 7% dei cittadini dell'UE ha fatto acquisti online, ora supera il 70%, per un valore annuale di 621 miliardi di euro (fine 2019) e con un tasso di crescita annuale del 13,6%, molto superiore rispetto a quello della vendita al dettaglio compreso tra il 2-3% all'anno. L'e-commerce su tutti i canali digitali rappresenta quindi circa la metà della crescita del retail in valore assoluto. Tuttavia, vi è una crescente preoccupazione per i prodotti e contenuti illegali distribuiti attraverso questi canali, soprattutto di provenienza extra UE. Nel 2016 la contraffazione online di beni ha assunto un valore di 121 miliardi di euro.

Circa l'80% di questi articoli contraffatti rilevati era contenuto in piccoli pacchetti acquistati tramite mercati online o direttamente dai venditori. Inoltre, circa il 10% dei prodotti non sicuri, illegali o pericolosi è stato acquistato tramite canali online da cittadini dell'UE nel 2019. L'Eurobarometro del 2018 ha rilevato che il 60% degli acquirenti ha visto un contenuto o bene illegale online durante l'utilizzo dei servizi digitali. Ciò includeva truffe, frodi, pratiche illegali e incitamento all'odio.

Per tali ragioni, le misure proposte nel Digital Service Act e Digital Market Act, se rafforzate e correttamente implementate, possono rappresentare una risposta concreta per contrastare la diffusione online dei beni e contenuti illegali e per riequilibrare i rapporti di forza tra i prestatori dei servizi digitali e i business user, creando un mercato digitale più sicuro, equo e competitivo.

Secondo la Commissione europea, l'adozione del DSA avrà un effetto positivo sul mercato unico e sulla concorrenza, portando un aumento del commercio digitale transfrontaliero tra

¹ L'Osservatorio è composto da un gruppo di funzionari della Commissione e da un gruppo di esperti indipendenti e ha il compito di monitorare e analizzare le ultime tendenze e dati nell'economia delle piattaforme online.

l'1 e l'1,8 per cento, l'equivalente di un incremento del fatturato a livello transfrontaliero compreso tra 8,6 miliardi e 15,5 miliardi di euro.

A tal fine, è fondamentale che, dopo molti anni, sia stato accolto un principio cardine evocato più volte dai titolari dei diritti dei beni e contenuti venduti o trasmessi tramite i servizi di intermediazione online: ciò che è illegale offline è altrettanto illegale online.

2 Il Digital Service Act

Con la proposta di Regolamento sul mercato unico dei servizi digitali (DSA), la Commissione intende garantire migliori condizioni per la fornitura di contenuti digitali innovativi, definire chiare responsabilità per i fornitori di servizi digitali, in particolare piattaforme online, social media e marketplace e stabilire una struttura di governance solida per un'efficace supervisione dei fornitori di servizi di intermediazione.

Il DSA aggiorna e supera la Direttiva sul commercio elettronico, adottata vent'anni fa in un contesto oggi completamente mutato.

La proposta mantiene alcuni principi base della Direttiva e-commerce, come il principio del paese d'origine che è importante salvaguardare per consentire alle autorità nazionali di valutare i singoli casi a tutela delle PMI che lavorano solo a livello nazionale.

Al contempo, la proposta introduce elementi di trasparenza e obblighi di informazione e di contrasto proattivo dei beni e contenuti illegali, definendo precise condizioni affinché le piattaforme online possano beneficiare dell'esenzione dalla responsabilità rispetto ai beni e contenuti che ospitano.

È anche apprezzabile il carattere orizzontale del Regolamento, che lascia impregiudicate le normative settoriali esistenti su alcuni aspetti della prestazione di servizi della società dell'informazione, le quali si applicheranno come *leges speciales*. Da qui emerge chiaramente l'ampio ambito di applicazione della proposta legislativa che abbraccia sia i rapporti B2B, B2C e B2B2C² sia ogni "contenuto" illegale che comprende, beni, informazioni, servizi e attività³. Questo approccio ampio e trasversale è indispensabile per assicurare una tutela ampia, efficace e pervasiva.

È quindi condivisibile la scelta della Commissione di estendere l'applicazione della nuova disciplina ai prestatori di servizi intermediari che pur non avendo il luogo di stabilimento in Europa prestano i loro servizi nell'Unione, importante per garantire equità di condizioni nel mercato interno. A tal fine la proposta di Regolamento dovrebbe creare meccanismi di enforcement efficaci in tutta l'UE, senza la necessità di dover intraprendere azioni in ogni singolo Stato membro contro lo stesso servizio illegale per la stessa attività illecita o contenuto illecito. Ciò potrebbe essere ottenuto sviluppando ulteriormente le disposizioni relative alla cooperazione tra le autorità nazionali e stabilendo procedure accelerate per riconoscere/utilizzare i provvedimenti ingiuntivi di altri Stati membri.

Di seguito si riportano alcuni elementi su cui è importante richiamare l'attenzione per la definizione di una regolazione efficace.

² L'ambito di applicazione si evince da: i) art. 1, comma 3 "il Regolamento si applica ai servizi intermediari prestati a destinatari il cui luogo di stabilimento (business user - B2B) o il luogo di residenza (consumer - B2C) si trova nella UE, indipendentemente dal luogo di stabilimento degli ISP"; 2) la qualifica del Reg. P2B, che appunto si applica ai rapporti B2B, come *lex specialis*; iii) l'abrogazione degli artt 12-15 della direttiva E-commerce applicabili ai rapporti B2B e li riporta negli artt. 3, 4, 5 e 7 del Regolamento.

³ Vedi considerando 12 della proposta di Regolamento

2.1 La responsabilità dei prestatori di servizi di intermediazione

2.1.1 Categorie di mere conduit, caching, hosting e il safe harbour

La Commissione europea, seppur riconosce la crescita esponenziale dei servizi di intermediazione online, il rafforzamento dei gestori nell'intermediazione e nella diffusione di informazioni e attività illegali o comunque dannose, tuttavia ha riproposto le categorie di "mere conduit", "caching" e "hosting" della Direttiva E-commerce, che sembrano non più idonee a descrivere i fenomeni della rete a fronte dell'evoluzione tecnologica ed economica del settore.

A titolo di esempio, il prestatore che svolge un'attività di semplice trasporto, non è responsabile delle informazioni trasmesse se: 1) non dia origine alla trasmissione, 2) non selezioni il destinatario della trasmissione, 3) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse (art. 3.1).

Il riferimento all'attività di "selezione" è fuorviante perché molte grandi piattaforme, pur non "selezionando" i destinatari del materiale o il materiale stesso, promuovono i contenuti che vogliono mettere in evidenza e sfruttano gli strumenti di profilazione per associare alcuni messaggi pubblicitari a determinate categorie di utenti.

Tali attività sono inconciliabili con il ruolo passivo di queste categorie di operatori che pertanto, non dovrebbero beneficiare dell'esenzione di responsabilità, tassativamente esclusa per i provider che svolgono un "ruolo attivo" atto a conferirgli la conoscenza o il controllo delle informazioni trasmesse (considerando 18). Inoltre, nella pratica giurisprudenziale, la conoscenza effettiva è interpretata in modo ampio poiché è legata al principio della diligenza dell'operatore economico⁴. Questo è un principio generale dell'ordinamento giuridico, ampiamente declinato dalla giurisprudenza⁵, anche in ambito europeo, posto a salvaguardia dell'equilibrio e correttezza dei rapporti economici e contrattuali.

In tale ottica, anche i prestatori dei servizi di cloud non possono certamente essere sottratti al rispetto del principio della diligenza dell'operatore economico, perché *"incombe in responsabilità il soggetto che non adoperi la diligenza dovuta in relazione alle circostanze concrete del caso, con adeguato sforzo tecnico e con impiego delle energie e dei mezzi normalmente ed obiettivamente necessari o utili all'adempimento della prestazione dovuta, nonché ad evitare possibili effetti dannosi"* (Cass. civ. Sez. VI - 3 Ord., 24/06/2020, n. 12407). Pertanto, una totale terzietà degli intermediari che offrono servizi cloud non appare corretto né utile alla creazione di un ambiente digitale sano.

Insieme alla constatazione della crescita e del rafforzamento dei servizi di intermediazione online, non si può negare che alcune piattaforme hanno tratto notevoli proventi dalla vendita e distribuzione di contenuti e beni illegali sui loro servizi. La loro responsabilità nella distribuzione di merci illegali e materiali di terze parti è stata confermata dalla Corte di Giustizia europea, in particolare nella causa C -324/09 (L'Oréal vs eBay) per la quale *"l'operatore tuttavia non può, in un caso che può portare al risarcimento dei danni, fare valere l'esenzione dalla responsabilità [...] se era a conoscenza di fatti o circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto rendersi conto che le offerte di*

⁴ Sentenza EUCJ causa C -324/09 - L'Oréal vs eBay

⁵ *"La diligenza massima esigibile da un operatore accorto, secondo criteri di ragionevolezza e di proporzionalità, in rapporto alle circostanze del caso concreto"* (Cass. civ. 06/07/2020, n. 13844)

vendita in questione erano illegali e, nel caso in cui fosse così consapevole, non ha agito tempestivamente ai sensi dell'articolo 14, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2000/31."

Dunque, sarebbe auspicabile che il legislatore europeo superi le definizioni di "mere conduit", "caching" e "hosting", ormai non più rispondenti alle evoluzioni tecnologiche e valuti la condotta degli intermediari online: questi dovrebbero beneficiare della esenzione dalla responsabilità, in linea con il considerando 18 della Proposta, solo quando applicano soluzioni tecnologiche sicure ed efficaci, nel pieno rispetto dell'autonomia imprenditoriale delle parti, per poter tracciare i contenuti e individuare la titolarità e i diritti sugli stessi, controllarne la diffusione ed ottenerne la rimozione permanente (stay down) in caso di violazione dei diritti dei titolari di privativa intellettuale.

In sintesi, occorre partire dalla casistica giurisprudenziale, per la quale il safe harbour si applica solo ai soggetti che hanno impedito il caricamento in futuro del materiale protetto segnalato o di materiale equivalente (anche alla luce della sentenza della CJUE C-18/18, sentenza del 3.10.19, Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited) per arrivare ad un rafforzamento del ruolo dei gestori dei servizi di intermediazione online nella lotta ai contenuti e beni illegali.

Infine, è importante evitare un approccio che escluda i gestori di intermediazione online dalle regole rigorose a cui devono sottostare i competitor offline. A titolo di esempio, si consideri che attori editorialmente responsabili e soggetti a stringenti regolamentazioni nazionali ed europee, quali i broadcaster, devono sottostare a termini e condizioni unilateralmente decisi dalle piattaforme per poter caricare i loro contenuti su questi servizi. Soggetti definiti come editorialmente non responsabili prendono quindi decisioni editoriali sui contenuti dei broadcaster con cui peraltro competono sul mercato pubblicitario. Il DSA dovrebbe essere uno strumento orizzontale, sul quale normative di settore (quali Direttiva SMAV e Copyright) si "innestano" per mettere fine alle decisioni arbitrarie e unilaterali delle piattaforme online di dimensioni molto grandi che, ad oggi, sfruttano senza previa licenza i contenuti degli editori caricati dagli utenti e rimuovono senza spiegazioni plausibili e dettagliate quelli caricati direttamente dai legittimi titolari.

2.1.2 Indagini volontarie

La proposta promuove le iniziative volontarie dei gestori dei servizi di intermediazione, prevedendo l'esenzione di responsabilità per le indagini volontarie o per le attività avviate di propria iniziativa volte a individuare, identificare e rimuovere contenuti illegali o a disabilitare l'accesso agli stessi (art. 6).

Con questa previsione la Commissione ha voluto mettere fine ad una distorsione nel comportamento dei gestori dei servizi di intermediazione online, consolidata nel tempo, che li ha visti astenersi da qualsiasi intervento per evitare di uscire fuori dal perimetro di applicazione del safe harbour.

Considerato che le indagini volontarie sono alternative a quelle conformi alla legge, il legislatore UE dovrebbe chiarire sia che tali attività sono ammesse se prevedono misure aggiuntive rispetto a quelle minime già previste per legge, sia che l'esenzione di responsabilità si applica solo alle attività che hanno raggiunto l'obiettivo previsto dalla legge: rimozione permanente dei beni e contenuti o disabilitazione definitiva all'accesso a tali informazioni.

Questa specificazione è importante per escludere il rischio che le azioni proattive, soprattutto se minime, possano essere utilizzate per eludere la disciplina sulla responsabilità dei gestori di intermediazione.

2.2 Obblighi in materia di dovere di diligenza per un ambiente online trasparente e sicuro

2.2.1 Meccanismo di notifica e azione e il passaggio allo stay down

L'articolo 14 della proposta stabilisce che gli hosting service provider, comprese le piattaforme *“predispongono meccanismi per consentire a qualsiasi persona o ente di notificare la presenza nel loro servizio di informazioni specifiche che tale persona o ente ritiene costituiscano contenuti illegali. Tali meccanismi sono di facile accesso e uso e consentono la presentazione di notifiche esclusivamente per via elettronica.”*

Questa disposizione rappresenta un decisivo passo in avanti nella lotta ai contenuti e beni illegali perché traduce in regola una pratica già consolidata e rafforza il principio di collaborazione di tutti i soggetti nella lotta alla contraffazione e pirateria.

Poiché la notifica fa acquisire all'hosting una conoscenza effettiva che lo rende responsabile, questi si dovrà attivare in modo tempestivo e diligente per rimuovere o disabilitare in modo definitivo l'accesso alle informazioni segnalate.

Considerato che il meccanismo di azione si basa sulla tempestività sia della notifica che della reazione del hosting, è importante che il sistema rimanga snello, veloce e di semplice fruizione. Pertanto, la proposta non dovrebbe introdurre nuove formalità, eccessivamente onerose, per le notifiche. In particolare l'obbligo, per il segnalante, di indicare l'URL del contenuto vietato rappresenta un ostacolo ad un efficace controllo dei contenuti illeciti. Data, infatti, l'estrema facilità con la quale un contenuto può essere cancellato dall'utente che lo ha postato, e caricato nuovamente (e reperito da altri utenti tramite i motori di ricerca) l'unica segnalazione possibile è quella che individua le caratteristiche del contenuto.

Inoltre, la tecnologia è sufficientemente matura per compiere uno passaggio decisivo nella lotta alla contraffazione e pirateria, passando dal mero *“notice and take down”* al più efficace *“notice and stay down”*.

La proposta di Regolamento si basa sull'obbligo di rimozione, per i gestori dei servizi di intermediazione, dei beni e contenuti illegali a seguito di una segnalazione attiva dei titolari dei diritti. Quasi sempre però, a seguito di una rimozione basata su un *take down* andato a buon fine, lo stesso contenuto o bene riappare successivamente in modo identico, andando a vanificare l'impegno dei titolari dei diritti che per le segnalazioni investono soldi, tempo e risorse umane. Già oggi le autorità nazionali possono ordinare ai gestori dei servizi di intermediazione online di contrastare specifici contenuti o beni illegali, imponendo anche l'obbligo di prevenire la ricomparsa degli stessi. Ciò dimostra che lo *“stay down”* non è legato tanto a vincoli o limiti tecnologici quanto alle scelte legislative e regolatorie.

Riteniamo che l'inclusione dell'obbligo di *stay down* per i contenuti o beni illegali identici o equivalenti a quelli rimossi integri, anche a livello logico, l'obbligo per i provider di mettere in atto procedure di notifica e azione efficaci. Tale previsione non andrebbe a mettere in discussione l'esclusione dell'obbligo generale di sorveglianza, come peraltro già previsto nella Direttiva e-commerce (considerando 47) e ribadito dalla giurisprudenza europea, per la quale l'assenza dell'obbligo generale di sorveglianza non è inconciliabile con l'attività

dell'hosting di sorveglianza e ricerca delle informazioni identiche già dichiarate illecite (Corte di giustizia - Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook Ireland Limited, citata sopra).

Occorre certo assicurare che le soluzioni operative per lo "stay down" non costituiscano un filtro preventivo né diano luogo al sorgere di un obbligo di continua sorveglianza a carico delle piattaforme, ma va previsto anche un obbligo di intervento *ex ante*, collegato alla disponibilità da parte delle stesse piattaforme delle informazioni necessarie e rilevanti per impedire la messa a disposizione del pubblico dei contenuti non autorizzati.

Tali considerazioni valgono tanto per le segnalazioni dei privati quanto per gli ordini giudiziali o amministrativi di rimozione dei contenuti di cui all'art. 8 della proposta.

Infine, nell'ottica di garantire la massima trasparenza, si propone di inserire l'obbligo, per le piattaforme online, di informare i consumatori che hanno acquistato beni o contenuti illegali: è un diritto dei consumatori sapere se hanno acquistato un bene o contenuto che è stato successivamente ritirato in quanto ha subito una segnalazione (di violazione di diritti di terzi/specifiche normative) andata a buon fine. Quest'obbligo dovrebbe essere considerato come un seguito naturale e automatico di una procedura di *notice and take down* andata a buon fine.

2.2.2 Segnalatori attendibili (*trusted flagger*)

È particolarmente apprezzabile la proposta che istituisce i segnalatori attendibili, le cui segnalazioni devono essere trattate in via prioritaria e senza indugio (art. 19).

La qualifica di segnalatore attendibile è riconosciuta dal coordinatore dei servizi digitali su richiesta di qualunque ente, che abbia determinati requisiti di capacità e competenza, rappresentanza di interessi collettivi e indipendenza.

Per evitare possibili incertezze, è necessario chiarire che tale nozione comprende sia le associazioni di categoria, sia le imprese titolari dei diritti, che sono i soggetti più qualificati per far validamente valere i loro diritti.

Per garantire l'efficacia del sistema, è importante che le comunicazioni dei "trusted flaggers" siano prese alla lettera (*at face value*), per cui i servizi devono agire immediatamente e fornire l'accesso a strumenti gratuiti per aiutare ad individuare contenuti illegali su larga scala.

Infine, in ragione del loro alto profilo di capacità e competenza, i segnalatori attendibili dovrebbero poter coadiuvare le autorità pubbliche nell'attività di vigilanza e di enforcement, al fine di realizzare un sistema di collaborazione virtuosa tra pubblico e privato.

2.2.3 Tracciabilità degli operatori commerciali e misure di protezione contro gli abusi

Si esprime apprezzamento per l'introduzione dell'obbligo "*know your business customer*" che è indispensabile per promuovere un ambiente digitale trasparente e rafforzare il contrasto all'illegalità (art. 22)

Tuttavia, per migliorarne l'efficacia andrebbero inclusi non solo gli operatori commerciali che vogliono concludere contratti a distanza con i consumatori ma tutti i fornitori di servizi della società dell'informazione che forniscono servizi che possono contribuire, in qualunque modo, alla realizzazione di un illecito.

Occorre evitare il rischio che gli operatori professionali possano eludere facilmente la norma presentandosi come private sellers. Questo vale anche per il settore dell'ospitalità, in cui alcune piattaforme vendono offerte di alloggio prestate da soggetti che si presentano come soggetti privati ma che svolgono spesso di fatto un'attività di impresa; queste piattaforme dovrebbero svolgere una serie di controlli sul rispetto di alcune norme da parte del soggetto che offre l'alloggio (registrazione, codice identificativo ecc) ma di fatto tale obbligo viene eluso dai prestatori dei servi digitali. L'assenza di controlli da parte della piattaforma sul suo utente favorisce la diffusione di host abusivi, che non rispettano gli obblighi previsti dalla legislazione del paese in cui operano.

Tali misure andrebbero a rafforzare la tutela dei diritti di proprietà intellettuale e del copyright, contrastando anche la diffusione di disinformazione attraverso l'acquisizione di spazi pubblicitari offerti dalla piattaforma, e garantirebbero una maggiore prevenzione delle frodi fiscali.

Per assicurare la corretta collaborazione tra tutti i soggetti coinvolti si propone di consentire ai titolari dei diritti l'accesso alle informazioni, in modo tempestivo e su larga scala, per lo scopo legittimo di tenere traccia degli autori delle attività illegali e poter agire contro di essi a tutela dei propri diritti.

Infine, la proposta dovrebbe migliorare le disposizioni "*repeat infringer*" per richiedere a tutti i servizi della società dell'informazione che consentono o facilitano attività illegali di adottare e attuare efficacemente una politica adeguata per i trasgressori recidivi (art. 20).

2.2.4 Estensione degli obblighi previsti per le piattaforme

La proposta, perseguendo il principio di proporzionalità, limita l'applicazione di alcuni obblighi alle sole piattaforme online (Capo III, sez. III) e di altri ancora solo alle "*very large platforms*" (Capo III sez. IV).

In particolare, l'art. 16 della proposta esclude dall'ambito di applicazione della sez. III le piccole e micro piattaforme come definite nella raccomandazione 2003/361/CE, per la quale le piccole imprese occupano meno di 50 persone e hanno un fatturato o bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro; le micro imprese che occupano meno di 10 persone, con fatturato o bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro

Il ricorso alla definizione tradizionale di PMI contenuta nella raccomandazione citata appare inadeguato per cogliere le peculiarità delle piattaforme digitali, che generalmente si caratterizzano per fatturati alti e numero di occupati basso. Pertanto, sarebbe necessario adottare altri criteri di quantificazione che tengano conto delle specificità di queste imprese.

Inoltre, non è condivisibile la proposta di escludere *tout court* le piccole e micro piattaforme degli obblighi della sezione III: queste, per quanto piccole, possono avere un bacino di utenza molto grande, causando ai titolari dei diritti danni equivalenti a quelli causati dalle medie e grandi piattaforme. Pertanto, questi obblighi dovrebbero essere estesi in modo proporzionato anche alle categorie di piattaforme (piccole e micro) ora escluse.

Anche alcuni obblighi limitati alle sole "*very large platforms*" (sez. IV) sono essenziali per raggiungere gli obiettivi di trasparenza e sicurezza che la proposta persegue. Tra questi si evidenziano gli obblighi di valutazione del rischio (art. 26); attenuazione dei rischi (art. 27) nonché di audit indipendenti (art.28) che dovrebbero essere estesi a tutte le piattaforme in modo proporzionato, prevedendo eventualmente dei meccanismi di supporto per la loro implementazione.

Infine, è importante che resti confermato, anche per le micro e piccole imprese l'obbligo comunicazione trasparente sull'attività di moderazione dei contenuti di cui all'art. 13 della proposta.

2.2.5 Obblighi di trasparenza e comunicazione

Sono particolarmente apprezzabili le norme volte ad assicurare un sistema digitale trasparente, prevedendo in capo ai prestatori dei servizi digitali alcuni obblighi specifici di fornire informazioni (art. 9), di comunicazioni trasparenti (artt. 13, 23 e 33) e in particolar modo gli obblighi sulla trasparenza in materia di pubblicità online (art. 24 e 30).

Al fine di aumentarne l'efficacia, l'art. 9.2.b dovrebbe dare all'autorità margini di manovra più ampi che permettano di richiedere al prestatore non solo le informazioni già raccolte ma anche tutti i dati nella loro disponibilità (come già previsto dalla Direttiva E-Commerce, art. 15.2). Tale obiettivo è altresì in linea con la richiesta di estendere l'applicazione dell'art. 22 a tutti gli intermediari.⁶

Attualmente la possibilità di effettuare marketing profilato, al di fuori dalle stringenti regole che vigono per il settore audiovisivo, rappresenta un elemento concorrenziale estremamente rilevante.

Si aggiunga che quasi mai, in capo alle grandi piattaforme, vi è attenzione per l'origine e il contenuto dei messaggi pubblicitari.

Gli obblighi di trasparenza e comunicazione previsti nell'art. 30 possono costituire, in prospettiva, lo strumento per l'attuazione di un "level playing field", nell'ottica di una maggiore attenzione alla legalità, ai diritti fondamentali e alla correttezza dell'informazione.

2.2.6 Coordinamento della implementazione del Regolamento nei diversi Stati Membri. comunicazione

Sono particolarmente apprezzabili le norme del Capo IV volte ad assicurare una coordinata ed armonica implementazione nei diversi Stati Membri. Questo soprattutto alla luce della caratteristica 'cross-border' dei servizi forniti dalle diverse piattaforme.

Sarà molto importante la cooperazione fra i 'Digital Service Coordinators' per evitare che implementazioni non coordinate nei tempi e non armoniche nella attuazione degli obblighi previsti dal Regolamento (fra i quali i livelli delle multe) possano creare distorsioni di mercato.

Un ruolo strategico per garantire l'obiettivo di una coordinata ed armonica attuazione di questo Regolamento dovrà essere svolto dall' European Board for Digital Services'.

⁶ L'Art.9.2.b appare troppo restrittivo poiché "l'ordine impone al prestatore unicamente di fornire informazioni già raccolte al fine di prestare il servizio e che sono sotto il suo controllo". Questo passaggio andrebbe emendato per permettere alle autorità di poter richiedere al provider non solo le informazioni già raccolte ma tutti i dati nella sua disponibilità, come peraltro già previsto dall'Art.15.2 della Direttiva eCommerce per cui "Gli Stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati".

3 Il Digital Market Act

La proposta di Regolamento sul Digital Market Act mira ad introdurre regole armonizzate volte a garantire mercati equi e contendibili nel settore digitale, definendo e vietando determinate pratiche sleali poste in essere dalle “*gatekeepers platforms*”, indipendentemente dal luogo di stabilimento o residenza delle stesse.

La Commissione europea parte dall'assunto che l'economia digitale, in Europa, è dominata da poche grandi piattaforme online che, fungendo da attori chiave nell'intermediazione tra i business users e gli utenti finali e sfruttando le caratteristiche intrinseche dell'ecosistema digitale (ad esempio, l'effetto rete), agiscono come gatekeepers. In altre parole, tali piattaforme, operando come gateway tra gli utenti commerciali e i clienti finali, rinforzano le barriere di accesso ai mercati e spingono i business users ad essere dipendenti dai loro servizi chiave, portando così all'emergere di pratiche sleali e ad una mancanza di contendibilità.

Secondo la Commissione, questi effetti negativi, che si traducono in un'inefficienza del mercato in termini di prezzi, qualità e opzioni disponibili, si manifestano con più frequenza e intensità quando sono interessati i “core platform services” (CPS), decidendo di limitare l'applicabilità del Regolamento ai CPS identificati come gatekeeper secondo determinati requisiti e soglie qualitative e quantitative (art. 3).

Tale decisione desta perplessità perché non considera a sufficienza la fattispecie relativa alle piattaforme verticalmente integrate in altri servizi accessori. Queste, infatti possono adottare condotte auto-preferenziali volte a sfruttare il potere che hanno sul mercato core per rafforzare la propria posizione in un mercato a monte o a valle e limitarne la concorrenza (vedi par. 3.2.1).

Preoccupa inoltre che la definizione di “servizi di intermediazione online” (uno dei “core platform services” elegibili dello status di gatekeeper) fornita dall'art. 2, punto 5 della proposta di regolamento, possa escludere dall'ambito di applicazione dello stesso alcune delle principali piattaforme internazionali online che offrono beni e servizi direttamente ai consumatori finali e che, in virtù della propria posizione dominante di distributori e retailer nel mercato unico digitale, svolgono di fatto un ruolo di gateway tra i business users in qualità di fornitori di beni e servizi e i clienti finali. Nello specifico, l'art. 2, punto 5) definisce i “servizi di intermediazione online” come i “servizi quali definiti all'articolo 2, punto 2), del regolamento (UE) 2019/1150”. La disposizione richiamata nella definizione prevede tre requisiti che devono coesistere per identificare i “servizi di intermediazione online”. Tra questi, quello espresso dalla lettera b) prevede che tali servizi siano quelli che “consentono agli utenti commerciali di offrire beni o servizi ai consumatori, con l'obiettivo di facilitare l'avvio di transazioni dirette tra tali utenti commerciali e i consumatori, a prescindere da dove sono concluse dette transazioni”. Appaiono esclusi da tale fattispecie i servizi che offrono una diretta interazione tra la piattaforma e i consumatori finali, operando come distributori e rivenditori per conto dei business users. Tale esclusione vanificherebbe in modo sostanziale lo spirito del regolamento, volto a garantire lo sviluppo di un mercato digitale realmente competitivo e concorrenziale. Inoltre, il combinato disposto delle disposizioni sopra evidenziate rischia di creare incertezze anche nell'applicazione del DMA alle piattaforme che svolgessero un'attività mista (di marketplace e di “vendita diretta” verso i consumatori finali), vanificando ulteriormente l'efficacia del regolamento.

Altri elementi di preoccupazione legati al quadro attuale, scarsamente regolato, riguardano: la capacità delle piattaforme di indirizzare gli utenti su servizi che esse stesse scelgono, spesso privilegiando altre piattaforme che hanno scarso rispetto dei diritti di proprietà

intellettuale e copyright; la significativa asimmetria di potere contrattuale che annulla, di fatto, il potere negoziale del business user sia in fase di adesione ai contratti unilateralmente predisposti sia in fase di applicazione dei contratti; l'assenza di un *level playing field*, dato che queste piattaforme non devono, attualmente, sottostare alla rigida disciplina che interessa gli altri operatori.

La proposta della Commissione rappresenta quindi un'occasione importante per introdurre finalmente una regolamentazione ex ante per l'attività delle grandi piattaforme, le quali stanno prendendo il sopravvento su tutto l'ecosistema informatico, creando danni economici irreversibili per gli operatori coinvolti. Per rispondere efficacemente alle criticità rilevate occorre che il DMA sia fonte di obblighi e doveri stringenti per i grandi operatori digitali.

D'altra parte, i processi e gli obblighi delineati nella proposta dovrebbero essere adattabili a vari modelli di business e al continuo variare dello scenario economico e tecnologico. A tal fine è necessario ribadire e implementare principi come l'interoperabilità e la portabilità dei dati tra le diverse piattaforme, allo scopo di eliminare le possibili "barriere all'ingresso" per i nuovi attori nel mercato digitale.

Sotto altro profilo, è particolarmente apprezzata l'attenzione al rispetto dei valori fondanti dell'Unione, tra i quali la libertà di espressione e la tutela dei dati personali, pur garantendo i principi di concorrenza e di libero mercato. La proposta va sicuramente in questo senso.

Infine, considerata l'urgenza di una regolazione specifica per le grandi piattaforme, è indispensabile ridurre al minimo i tempi di implementazione del Regolamento, che ora appaiono eccessivamente lunghi.

Alla luce delle criticità evidenziate, si riportano di seguito degli elementi di attenzione su alcuni punti della proposta.

3.1 Criteri quantitativi e qualitativi

In ordine all'individuazione di quali, tra le piattaforme online, debbano essere considerate gatekeepers, sembra che la miglior soluzione sia la valutazione congiunta dei requisiti qualitativi (art. 31.) e dei criteri quantitativi (art. 3.2).

In relazione ai requisiti qualitativi (art.3.1), un fornitore di un *core platform service* viene indentificato come *gatekeeper* se: ha un significativo impatto sul mercato interno; costituisce un importante *gateway*, utilizzato dagli utenti commerciali per raggiungere gli utenti finali; gode di una posizione consolidata e durevole nelle sue operazioni o è prevedibile che possa detenere tale posizione nel prossimo futuro (i cd. *Gatekeepers* emergenti).

Si ritiene utile specificare in base a quali parametri venga accertato il "significativo impatto sul mercato interno" che appare troppo vago e incerto.

Le soglie quantitative (art. 3.2), sulla base delle quali si presume che il fornitore abbia un significativo impatto sul mercato, valutano se: l'impresa fornisce il servizio in almeno tre Stati membri; ha un fatturato europeo annuo maggiore o uguale a 6,5 miliardi negli ultimi tre anni finanziari o una capitalizzazione media pari a 65 miliardi nell'ultimo anno finanziario.

Il requisito del gateway si presume soddisfatto se il CPS ha: più di 45 milioni di utenti finali, stabiliti o ubicati nell'UE, mensilmente attivi e più di 10.000 business users, stabiliti nell'Unione nell'ultimo anno finanziario, annualmente attivi (in seguito "soglie di gateway").

In generale, si teme che il sistema delle soglie quantitative non sia idoneo a garantire una risposta veloce rispetto all'evoluzione degli ecosistemi digitali e alla loro capacità di adattarsi

a regole diverse; poiché la verifica del numero di utenti (commerciali o finali) può essere facilmente aggirata è necessario fornire sistemi tecnici, facili da applicare, per garantire la certezza del numero di utenti.

Occorre poi considerare che alcuni servizi, come i motori di ricerca o quelli offerti gratuitamente, possono avere un numero maggiore di utenti finali attivi rispetto ai servizi a pagamento, pertanto tali differenze dovrebbero riflettersi sia nell'applicazione delle soglie quantitative che nella identificazione dei criteri qualitativi di cui all'articolo 3, paragrafo 6.

Infine, i requisiti quantitativi del gateway, 45 milioni di utenti finali e 10 mila utenti commerciali dovrebbero essere valutati anche alla luce del "peso" importanza degli utenti commerciali, per cui tali requisiti non dovrebbero essere cumulati ma alternativi.

La proposta, correttamente, prevede una certa flessibilità nell'individuazione del gatekeeper, in quanto consente alla Commissione di indicare come tali le attività che seppure non soddisfino i chiari criteri quantitativi, tuttavia rispondano a quelli qualitativi (art. 3.6). Perché il meccanismo sia efficace è necessario specificare meglio i criteri adottati dalla Commissione e le prove a sostegno della sua decisione, anche al fine di evitare lunghi e incerti contenziosi.

Infine, l'articolo 3.2 (b) "*Designazione di gatekeeper*" si riferisce a "utenti finali attivi" e "utenti aziendali attivi" senza tuttavia fornire una definizione esatta di essi. Data la rilevanza di tale requisito e per fugare ogni dubbio, la proposta dovrebbe prevedere, nell'articolo 2, una definizione di "utenti attivi".

3.2 Obblighi e responsabilità

Una volta identificato, il gatekeeper è tenuto ad adempiere agli obblighi specificati dal Regolamento, indicati negli articoli 5 e 6.

Gli obblighi elencati sono il frutto di una lunga attività di analisi e monitoraggio delle pratiche sleali messe in atto dai grandi *hosting service provider*, rappresentando quindi una sistematizzazione della casistica fotografata in questi anni dalla Commissione europea.

La proposta va quindi nella giusta direzione e questi obblighi, se correttamente applicati, consentiranno di limitare le gravi distorsioni subite costantemente dagli operatori commerciali nei rapporti con i gatekeeper.

In particolare, non erano più procrastinabili gli obblighi che consentono agli utenti commerciali di offrire beni e servizi a condizioni diverse, quelli che garantiscono la device neutrality, la trasparenza, portabilità e interoperabilità dei dati. Peraltro, mentre le misure sui dati sono comprese tra gli obblighi che possono essere successivamente specificati ex art. 6, si ritiene invece che la trasparenza, l'interoperabilità e portabilità dei dati e delle informazioni dovrebbero essere principi cardine di ogni futuro intervento normativo, anche alla luce del Data Governance Act.

La proposta è quindi generalmente condivisibile ma, considerato quanto espresso in premessa, riteniamo indispensabile che sia rafforzata con l'inclusione di obblighi aggiuntivi, necessari a raggiungere gli obiettivi che la Commissione si pone.

In particolare, occorrerebbe precisare che i gatekeeper non possono limitare l'accesso a servizi di beni e contenuti di terze parti o stabilire costi per il trasporto degli stessi. Inoltre,

tali piattaforme non dovrebbero poter inserire sponsorizzazioni o pubblicità nei servizi di contenuti di terze parti senza l'esplicito consenso del fornitore di contenuti.

La vendita abbinata, il raggruppamento e altre pratiche correlate possono essere utilizzate come mezzi per ridurre la concorrenza. È dunque apprezzabile che l'articolo 6, lett. b) della proposta vieti ai gatekeeper la vendita abbinata e raggruppata per le app preinstallate ma occorre estendere tale misura poiché queste pratiche, non limitate alla sola preinstallazione delle app, possono verificarsi anche quando le piattaforme offrono servizi accessori precedentemente forniti da terze parti (ad es. alcune piattaforme offrono ai rivenditori online un pacchetto di servizi che include l'utilizzo del servizio di consegna o trasporto merci della piattaforma stessa). Sarebbe anche opportuno includere tali divieti tra gli obblighi di cui all'articolo 5 per evitare future incertezze.

Tali piattaforme dovrebbero poi dare pieno accesso agli algoritmi usati per indicizzare e ricercare i singoli contenuti, per verificare che non vi siano disparità indotte da politiche commerciali della piattaforma stessa nonché consentire ai titolari dei dati di essere pienamente informati di come sono trattati i loro dati.

Inoltre, l'obbligo previsto all'articolo 6 (f), che *“consente agli utenti commerciali e ai fornitori di servizi ausiliari l'accesso allo stesso sistema operativo e alle stesse componenti hardware o software disponibili o utilizzati nella fornitura di servizi ausiliari da parte del gatekeeper e l'interoperabilità con gli stessi”* è una misura utile a migliorare l'interoperabilità e creare condizioni di parità. È elencato tra gli obblighi suscettibili di essere ulteriormente specificati, ma riteniamo sia sufficientemente chiaro per essere inserito tra gli obblighi previsti nell'articolo 5.

In aggiunta, tra gli obblighi di cui all'articolo 5 dovrebbe essere prevista anche l'adozione di sistemi adeguati di cybersecurity per assicurare un ambiente digitale sicuro e una tutela effettiva dei diritti degli utilizzatori (non utilizzo di dati non pubblicamente disponibili, device neutrality, portabilità dei dati).

Gli obblighi contenuti nell'articolo 6, sempre immediatamente applicabili al pari di quelli di cui all'articolo 5, potranno essere oggetto di una ulteriore e successiva specificazione. Sul punto è importante evidenziare come il dialogo ex post debba essere non solo strettamente limitato agli obblighi indicati all'articolo 6 ma anche limitato nel tempo, avviato e guidato dall'autorità di regolamentazione solo in caso di necessità e, quando opportuno, coinvolgere gli utenti interessati per garantire la certezza del diritto.

3.2.1 Obblighi per gatekeeper verticalmente integrati e i servizi accessori

La proposta riconosce, in linea di principio, le criticità legate all'integrazione verticale delle piattaforme nei servizi accessori e ai conseguenti effetti anticoncorrenziali: *“i gatekeeper spesso forniscono il portafoglio dei loro servizi come parte di un ecosistema integrato a cui i fornitori di terze parti di tali servizi accessori non hanno accesso, almeno non soggetti a pari condizioni, e possono collegare l'accesso al servizio di piattaforma principale alla fruizione di uno o più servizi ausiliari”*. È allora probabile che i gatekeeper sfruttino il loro potere anche per la fornitura dei servizi ausiliari a scapito della scelta e della contendibilità in questi mercati (considerando 14).

In effetti, il ruolo di gatekeeper delle piattaforme verticalmente integrate consente loro sia di fornire ai propri utenti aziendali e finali un'interfaccia unica per i servizi principali e per quelli accessori, sia di raccogliere grandi quantità di dati non pubblici da utenti finali, rivenditori

online e fornitori di servizi di consegna. Così facendo, i gatekeeper possono fare leva su tali vantaggi per sviluppare ulteriormente sia i loro servizi di piattaforma principali che i loro ecosistemi con servizi accessori. In sostanza, possono entrare in concorrenza con fornitori terzi di servizi accessori a condizioni e termini più vantaggiosi, a discapito di una concorrenza leale e della possibilità di scelta dei consumatori.

Pertanto, l'intervento della Commissione in questo ambito deve essere rafforzato.

In primo luogo, una regolazione che considerasse il gatekeeper nella sua complessità, core platform service e servizi ausiliari, sarebbe più aderente alla realtà e consentirebbe di fornire un'adeguata tutela anche ai fornitori terzi di servizi accessori in diretta concorrenza con i servizi "accessori" offerti dalla piattaforma.

In ogni caso, dovrebbe essere previsto, tra gli obblighi di cui all'art. 5, il divieto per i gatekeeper verticalmente integrati di adottare condotte auto-preferenziali volte a sfruttare il potere in un mercato per rafforzare la propria posizione in un altro mercato a monte o a valle e limitarne la concorrenza. In particolare, il gatekeeper non dovrebbe impedire ai propri utenti aziendali o finali di scegliere liberamente i servizi accessori alternativi offerti da fornitori terzi laddove lo stesso fornisce il medesimo servizio accessorio.

Inoltre, occorre considerare che l'integrazione verticale dei gatekeeper nei servizi ausiliari non si limita ai rapporti business-to-consumer (B2C) ma riguarda anche le transazioni dei servizi ausiliari B2B.

È anche necessario ampliare la definizione di "servizio ausiliare", contenuta nell'art. 2 (14), contemplando anche i servizi di consegna e trasporto merci, poiché il riferimento ai soli servizi di logistica, come definiti nel Regolamento (UE) 2019/1020, non sembra sufficiente.⁷

La proposta prevede un obbligo di "accesso ai dati" (articolo 6, lett.i) e una "libera circolazione e utilizzo delle informazioni" tra utenti aziendali e loro clienti (articolo 5, lett. c). Dovrebbe essere previsto un obbligo per i gatekeeper di consentire alle informazioni di fluire liberamente anche tra gli utenti dei servizi della piattaforma principale e il fornitore terzo di servizi ausiliari, in modo da assicurare la disponibilità delle informazioni rilevanti per la terza parte che fornisce servizi ausiliari.

Allo stesso modo, come previsto dall'articolo 6, lett. a) per gli utenti aziendali, la proposta dovrebbe impedire ai gatekeeper, in concorrenza con i fornitori terzi di servizi ausiliari di utilizzare i dati non disponibili al pubblico, generati tramite attività su o forniti dagli utenti dei suoi servizi di piattaforma principale o di terzi fornitori di servizi ausiliari.

Si ritiene, infine, che l'obbligo per i gatekeeper di non imporre agli utenti l'abbonamento o l'iscrizione a qualsiasi altro servizio quale condizione per usufruire di uno dei servizi di base della piattaforma (art. 5, lett. f), dovrebbe coprire anche i servizi accessori ai servizi principali della piattaforma e impedire ai gatekeeper di limitare l'accesso a un servizio a un utente aziendale o finale.

⁷ Art. 3 (11) Reg.(UE) 2019/1020 «fornitore di servizi di logistica»: qualsiasi persona fisica o giuridica che offre, nell'ambito di un'attività commerciale, almeno uno dei due servizi seguenti: immagazzinamento, imballaggio, indirizzamento e spedizione, senza essere proprietario dei prodotti interessati, escludendo i servizi postali definiti all'articolo 2, punto 1 della direttiva 97/67/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (31), i servizi di consegna dei pacchi come definiti all'articolo 2, punto 2 del regolamento (UE) 2018/644 del Parlamento europeo e del Consiglio (32), nonché qualsiasi altro servizio postale o di trasporto merci.

3.1 Regime di sospensione ed esenzione

Nonostante gli obblighi previsti negli articoli 5 e 6 debbano essere direttamente attuati dai gatekeeper, il Regolamento prevede diverse ipotesi di sospensione (art. 8) o esenzione (art. 9), temporanea o permanente, dall'osservanza di alcuni doveri.

In via di principio non si condivide tale impostazione, che consente la inapplicabilità degli obblighi in modo indistinto per quelli previsti da entrambi gli articoli 5 e 6, perché rischia di creare incertezze nell'interpretazione e implementazione del quadro normativo e di essere a sua volta oggetto di distorsioni o elusioni.

In particolare, l'articolo 8 conferisce alla Commissione la possibilità di accogliere una richiesta motivata del gatekeeper di sospendere, in tutto o in parte, un obbligo specifico stabilito negli articoli 5 e 6, se viene dimostrato che tale obbligo metterebbe a rischio la redditività economica del gatekeeper. Il riferimento alla redditività economica appare troppo vago, con il rischio che i gatekeeper ricorrano a questa opzione in modo incontrollato determinando un'inaccettabile elusione del dettato normativo.

È vero che l'eventuale sospensione è a discrezione della Commissione e che questa può prevedere obblighi alternativi al fine di bilanciare gli interessi in gioco, disciplinando l'esenzione per un obbligo specifico, ma pare comunque erroneo prevedere la possibilità di esentare i gatekeeper da alcuni obblighi minimi che paiono posti a tutela del mercato e dei diritti degli altri operatori (si pensi al tema dell'utilizzo dei dati).

3.2 Condizioni e termini contrattuali

Tra le gravi pratiche attuate dai gatekeeper a danno degli operatori commerciali si devono menzionare quelle relative all'imposizione di condizioni contrattuali inique in contratti predisposti unilateralmente dagli hosting service provider, la cui sottoscrizione dimostra con più evidenza lo stato di subordinazione e dipendenza economica dei business user da tali servizi.

L'asimmetria di potere di mercato si riflette chiaramente nell'asimmetria contrattuale che determina per i business user, anche di grandi dimensioni, serie difficoltà sia in fase negoziale, poiché nella maggioranza dei casi i contratti sono predisposti unilateralmente dagli hosting service provider e accettati per adesione dagli utilizzatori commerciali, sia successivamente in fase applicativa nei frequenti casi di mancato rispetto delle pattuizioni.

Anche se l'attuale proposta contiene diversi riferimenti all'equità delle condizioni contrattuali (si pensi, tra gli altri, all'articolo 6, comma 1, lett. k) sarebbe opportuno inserire disposizioni chiare volte a garantire la correttezza delle clausole contrattuali, per far sì che gli obblighi stabiliti per i gatekeeper trovino corrispondenza nei patti imposti alle controparti contrattuali. Ciò, oltre a creare un coordinamento con il Regolamento Platform to Business, consentirebbe agli utenti muniti di scarsa forza contrattuale di ricorrere alle Corti nazionali per reagire contro eventuali abusi delle piattaforme sulla base di previsioni pattizie espresse, quindi con maggiore facilità.

A tal riguardo potrebbero essere previste delle sanzioni specifiche per il gatekeeper che recidivamente violi i contratti, con la previsione della decadenza dello stesso o la possibilità per l'utilizzatore di rescinderlo unilateralmente.

Infine, dovrebbe essere previsto un obbligo di trasparenza che renda sempre disponibile al business user l'elenco degli eventuali ulteriori canali di vendita di cui il gatekeeper intende servirsi.

3.3 Verifiche e monitoraggio di violazioni

Il Capo IV della proposta definisce alcune disposizioni che disciplinano i poteri di indagine, di esecuzione e di monitoraggio della Commissione. L'obiettivo di questa disciplina è di assicurare che i "gatekeepers" rispettino le regole del DMA a garanzia di un mercato digitale equo e contendibile. Per assicurare un'efficace attività di vigilanza e repressione è necessario che in caso di violazioni i controlli e le verifiche scattino rapidamente, invece il meccanismo previsto dalla proposta appare lungo e farraginoso, rischiando di allungare oltremisura i tempi di indagine e di diluire il rigore delle norme.

A tal fine, le misure cautelari previste dall'art. 22 sono uno strumento efficace per limitare gli effetti negativi di un'infrazione. Infine, per garantire un monitoraggio efficace sarebbe auspicabile l'istituzione di un comitato di esperti indipendente che abbia accesso costante ai dati e agli algoritmi utilizzati dal gatekeeper⁸.

⁸ Questo è in linea con la richiesta degli autori dello studio [Digital Markets Act: A report from a panel of economic experts](#): "The ability to access databases and algorithms and appoint independent experts and auditors (Article 21 (3)) adds an important new tool that is very relevant for digital platforms and can contribute to reducing the information asymmetry between gatekeepers and regulators, including for the purpose of monitoring the effective implementation and compliance with the obligations (Article 24). We propose that this should include embedding independent auditors within the platform in order to have continuous and direct access to the data and algorithms⁷² and, most importantly, run behavioural experiments to evaluate the algorithm and use of the data. The auditor may be appointed by a regulatory authority"

Nota

Il documento rappresenta la posizione di:

Confindustria Cultura Italia, Federazione Italiana dell'Industria Culturale, riunisce le Associazioni delle imprese editoriali, discografiche, dei servizi per la valorizzazione del patrimonio culturale, multimediali, del cinema, dell'intrattenimento audiovisivo, dell'editoria audiovisiva su media digitali e online, nonché le imprese distributrici di tali beni e servizi per un **valore aggiunto di quasi 35 miliardi di euro e 690 mila posti di lavoro**.

Confindustria Moda, Federazione Italiana Tessile, Moda e Accessorio, raggruppa le imprese associate a Sistema Moda Italia, Assopellettieri, Associazione Italiana Pellicceria, Associazione Nazionale Fabbricanti Articoli Ottici, Assocalzaturifici, Federazione Nazionale Orafi Argentieri Gioiellieri Fabbricanti e Unione Nazionale Industria Conciaria, rappresenta **64.300 imprese** del Made in Italy, che generano un **fatturato di 97,9 miliardi di euro** e danno lavoro a circa **575 mila lavoratori**.

Confindustria Radio Televisioni, l'associazione di categoria dei media televisivi e radiofonici italiani, rappresenta un comparto che nel complesso esprime un **fatturato di circa 10 miliardi di euro** e una forza lavoro di oltre **90.000 addetti**, di cui circa 30.000 diretti.

Associazione Italiana Confindustria Alberghi, rappresenta più di **2.500 aziende** del settore turistico-ricettivo, per un **fatturato superiore ai 5 miliardi di euro** e **70.000 dipendenti**.

Proposta Regolamento DSA



12 maggio 2021

Confindustria Radio Televisioni ringrazia questa Commissione per l'attenzione che vorrà riservare alle prime osservazioni su un provvedimento di precipuo interesse per le imprese associate.

Alla vigilia della pubblicazione della proposta del DSA, CRTV aveva manifestato la propria preoccupazione per un possibile disallineamento della stessa con l'altro provvedimento fondamentale per stabilire un sistema nel quale confrontarsi con gli OTT, a parità di regole e condizioni, ossia la cd. "Direttiva copyright".

I timori espressi riguardavano, in particolare, il tema di responsabilità delle piattaforme online sui contenuti veicolati e gli strumenti di enforcement, che dovrebbero ispirare il nuovo approccio "orizzontale e coordinato" delle Commissione UE.

L'auspicio è che la natura orizzontale del DSA possa chiarire le discrepanze che si sono venute a creare tra le diverse normative di settore garantendone, al contempo, un efficace applicazione.

L'associazione accoglie con favore le disposizioni volte ad introdurre obblighi di trasparenza generali nel mercato della pubblicità online con un approccio incrementale e vincoli più puntuali per le piattaforme di dimensioni molto grandi.

In vista del confronto costruttivo e proficuo che si svolgerà in questa sede, si formulano alcune prime osservazioni sulla proposta di regolamento che sarà più ampiamente analizzata durante i lavori, con riserva di elaborare in seguito ulteriori osservazioni e/o integrazioni.

1. Esenzione della responsabilità per gli intermediari

Il Capo II della proposta rivela una visione della responsabilità degli intermediari che non pare adeguata ai tempi attuali.

Ciò è dimostrato in primo luogo dal fatto che vengono riproposte le categorie “mere conduit”, hosting, caching, che sembrano ormai inadeguate a descrivere i fenomeni della rete a fronte dell’evoluzione tecnologica ed economica del settore.

Per meglio precisare quanto precede, si osserva che il Capo II della Proposta non riprende la distinzione tra hosting attivo e passivo ma fa riferimento all’hosting attivo e hosting neutrale. Questo confligge con la vasta giurisprudenza sulla distinzione attivo/passivo che andrebbe invece mantenuta nel testo. Inoltre, l’Art.6 prevede che un prestatore di servizi possa beneficiare dell’esenzione di responsabilità anche quando conduce indagini volontarie per identificare contenuti illegali. Questa tutela non ci sembra necessaria poiché i prestatori di servizi vengono considerati servizi attivi non quando ricercano attivamente contenuti illegali sui loro servizi bensì quando promuovono, indicizzano e ottimizzano i contenuti presenti.

Per meglio descrivere tale aspetto, si evidenzia che tra i requisiti previsti per l’esenzione da responsabilità vi è quello di non “selezionare” i contenuti o i destinatari degli stessi.

Molte grandi piattaforme, però, pur non “selezionando” i destinatari del materiale o il materiale stesso, promuovono in vari modi i contenuti che ritengono di far prevalere, e sfruttano gli strumenti di profilazione per associare alcuni messaggi pubblicitari a determinate categorie di utenti. Non può parlarsi in questi casi di ruolo passivo di tali categorie di operatori. Il Considerando 18 chiarisce che l’esenzione di responsabilità non può applicarsi ai provider che svolgono un “ruolo attivo” atto a conferirgli la conoscenza o il controllo delle informazioni trasmesse.

Anche per i servizi cloud, non può non rilevarsi che i sistemi di condivisione dei contenuti creano grandi spazi digitali nei quali vengono immessi, senza alcun controllo, materiali di ogni tipo, specialmente se tutelati da copyright. Affermare una totale terzietà degli intermediari non appare, in questo senso, corretto né utile alla creazione di un ambiente digitale sano.

Occorre considerare che alcune piattaforme hanno tratto notevoli proventi dalla vendita e distribuzione di contenuti e beni illegali sui loro servizi. La loro responsabilità nella distribuzione di merci illegali e materiali di terze parti è stata confermata dall'EUCJ, in

particolare nella causa C - 324/09 (L'Oréal vs eBay) "*l'operatore tuttavia non può, in un caso che può portare al risarcimento dei danni, fare valere l'esenzione dalla responsabilità [...] se era a conoscenza di fatti o circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto rendersi conto che le offerte di vendita in questione erano illegali e, nel caso in cui fosse così consapevole, non ha agito tempestivamente ai sensi dell'articolo 14, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2000/31.*".

Ciò detto, piuttosto che richiamare definizioni ed accezioni che appaiono superate, occorrerebbe valutare la condotta delle piattaforme: esse dovrebbero poter godere di esenzione dalla responsabilità solo quando applicano soluzioni tecnologiche sicure ed efficaci, nel pieno rispetto dell'autonomia imprenditoriale delle parti, per poter eventualmente tracciare i contenuti e individuare la titolarità e i diritti sugli stessi, controllarne la diffusione, ottenerne la rimozione permanente (take down e stay down) in caso di violazione della licenza. A tal fine non dovrebbero necessariamente essere applicati i mezzi, le procedure e le tecnologie forniti dalle piattaforme stesse: occorre piuttosto valutare una serie di soluzioni, tra le quali anche l'implementazione di mezzi tramite i quali "marcare" i contenuti protetti, di talché, se uno di tali contenuti viene immesso in rete, sia onere della piattaforma, senza indebito ritardo, assicurare che non sia più disponibile oppure che l'uploader ha diritto a mantenerlo on line.

In sintesi, sembra che l'esenzione in parola debba spettare solo ai soggetti che hanno impedito il caricamento in futuro del materiale protetto segnalato o di materiale equivalente (anche alla luce della sentenza della CJUE C-18/18, sentenza del 3.10.19, Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited).

Inoltre, al momento attori editorialmente responsabili e soggetti a stringenti regolamentazioni nazionali ed europee, quali i broadcaster, devono sottostare a termini e condizioni unilateralmente decisi dalle piattaforme per poter caricare i loro contenuti su questi servizi. Soggetti definiti come editorialmente non responsabili prendono quindi decisioni editoriali sui contenuti dei broadcaster con cui peraltro competono sul mercato pubblicitario. Il DSA dovrebbe essere uno strumento orizzontale, sul quale normative di settore (quali Direttiva SMAV e Copyright) si "innestano" per mettere fine alle decisioni

arbitrarie e unilaterali delle piattaforme online di dimensioni molto grandi che, ad oggi, sfruttano senza previa licenza i contenuti degli editori caricati dagli utenti e rimuovono senza spiegazioni plausibili e dettagliate quelli caricati direttamente dai legittimi titolari. Da ultimo, è necessario sancire, anche per il contesto online, il principio dell'integrità dei contenuti editoriali. Ad oggi infatti, piattaforme senza responsabilità editoriale rimuovono i contenuti degli editori per presunta incompatibilità con i termini e le condizioni del servizio. Le piattaforme, in particolare quelle molto grandi definite all'art.25, dovrebbero quindi rispettare l'integrità delle pagine e dei contenuti caricati legalmente dai legittimi titolare. Questa misura è fondamentale per garantire la stessa qualità dell'informazione online e offline, assicurare la visibilità dei contenuti degli editori e favorire una concorrenza leale nel mercato della pubblicità online in cui sia le piattaforme che gli editori operano.

2. Obbligo di sorveglianza.

Parimenti inadeguata appare l'enfasi con la quale viene sancito il divieto di sorveglianza generalizzato (art. 7).

È necessario ricordare, a tale proposito, che l'articolo 15 della direttiva E-commerce vieta l'imposizione di controlli generalizzati. Lo stesso Considerando 66 precisa che *“gli obblighi di cui alla presente direttiva non dovrebbero indurre gli Stati membri a imporre un obbligo generale di sorveglianza”*, e ciò viene ribadito nel paragrafo 8: *“l'applicazione del presente articolo non comporta alcun obbligo di sorveglianza”*. Occorre certo procurare che le soluzioni operative non costituiscano un filtro preventivo né diano luogo al sorgere di un obbligo di continua sorveglianza a carico delle piattaforme, ma va previsto anche un obbligo di intervento *ex ante*, collegato alla disponibilità da parte delle stesse piattaforme delle informazioni necessarie e rilevanti per impedire la messa a disposizione del pubblico dei contenuti non autorizzati. Detto questo, occorre ribadire la possibilità di obblighi di sorveglianza in casi specifici, già previsti dalla direttiva E-Commerce (Considerando 47) e ribaditi dalla CGUE nel sopracitato caso C-18/18. In questo

contesto, il principio della diligenza professionale assume, dunque, una valenza centrale. Negli anni, esso è stato declinato dalla giurisprudenza, anche in ambito europeo, in modo ampio e dettagliato.

3. Ordini di rimozione dei contenuti (Art.8) e meccanismo di notifica e azione (Art.14)

Occorre inoltre rilevare l'inopportunità di imporre un contenuto particolarmente dettagliato agli ordini (anche se emanati da autorità giudiziarie) e alle notifiche relativi alla rimozioni di contenuti.

Ciò specialmente con riguardo alla previsione per la quale l'ordine o la notifica in questione dovrebbe indicare anche l'URL del contenuto vietato.

CRTV ha ribadito in più sedi che l'obbligo, per il segnalante, di indicare l'URL del contenuto vietato rappresenta un ostacolo ad un efficace controllo dei contenuti illeciti.

Data, infatti, l'estrema facilità con la quale un contenuto può essere cancellato dall'utente che lo ha postato, e caricato nuovamente (e reperito da altri utenti tramite i motori di ricerca) l'unica segnalazione possibile è quella che individua le caratteristiche del contenuto. Ciò in particolar modo per quanto riguarda le opere soggette a copyright.

Quanto precede vale, allo stesso modo, per gli ordini giudiziari o amministrativi di rimozione dei contenuti.

4. Obblighi di trasparenza e comunicazione

Vanno apprezzate invece le norme sulle piattaforme online e sulle grandi piattaforme, in particolare quelle relative alla trasparenza in materia di pubblicità.

Attualmente la possibilità di effettuare marketing profilato, al di fuori dalle stringenti regole che vigono per il settore audiovisivo, rappresenta un elemento concorrenziale estremamente rilevante.

Si aggiunga che quasi mai, in capo alle grandi piattaforme, vi è attenzione per l'origine e il contenuto dei messaggi pubblicitari.

Gli obblighi di trasparenza e comunicazione previsti nell'art. 30 possono costituire, in prospettiva, lo strumento per l'attuazione di un level playing field, nell'ottica di una maggiore attenzione alla legalità, ai diritti fondamentali e alla correttezza dell'informazione.

5. Tracciabilità degli operatori commerciali

L'ambito di applicazione dell'obbligo di tracciabilità previsto all'articolo 22 risulta troppo limitato. Per migliorarne l'efficacia andrebbero inclusi non solo gli operatori commerciali che vogliono concludere contratti a distanza con i consumatori ma tutti i fornitori di servizi della società dell'informazione che forniscono servizi che possono contribuire, in qualunque modo, alla realizzazione di un illecito. Questo rileva sia per quanto riguarda la distribuzione non autorizzata di contenuti protetti dal diritto d'autore, sia per la diffusione di disinformazione attraverso l'acquisizione di spazi pubblicitari offerti dalla piattaforma.

Profilo Confindustria Radio Televisioni

Confindustria Radio Televisioni (CRTV) è l'associazione di categoria dei media televisivi e radiofonici italiani, costituita nel giugno 2013. Gli Associati ricomprendono i maggiori operatori radiotelevisivi nazionali: Discovery Italia, Elemedia (GEDI), Giglio Group, GM24, La7, Mediaset, Persidera, Prima Tv, Qvc Italia, Radio Italia, CN Media, Rai, Gruppo 24Ore, RDS - Radio Dimensione Suono, Rete Blu, RTL 102.5 Hit Radio, Tivù, ViacomCBS Networks Italia. Aderiscono a CRTV anche le maggiori emittenti locali, attraverso l'Associazione TV Locali, e l'Associazione Radio FRT. Tra i soci aggregati vi sono: Eutelsat Italia e DNG (Digital News Gathering).

In CRTV sono rappresentate tutte le principali componenti del settore: emittenti radiotelevisive pubbliche e private, nazionali e locali, operatori di rete e di piattaforma.

Si tratta di un comparto che nel complesso esprime ricavi per circa 9,8 miliardi di Euro e una forza lavoro superiore a 90.000 addetti, di cui oltre 25.000 diretti (stime CRTV).

Obiettivo fondante di CRTV è la rappresentanza unitaria del settore radiotelevisivo sul piano istituzionale, legislativo e contrattuale. A tale riguardo CRTV ha sottoscritto con CGIL SLC, FISTel-CISL e UILCOM il contratto collettivo nazionale per i dipendenti delle imprese radiotelevisive private.

CRTV è socia di Auditel, è associata a IAP (Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria), AER (Association of European Radios), Eurovisioni. È presente con propri rappresentanti in diversi organismi, tra i quali: Comitato Media e Minori (MISE), Comitato Consultivo Permanente per il Diritto d'Autore (MIBAC) e Comitato per lo Sviluppo e la Tutela dell'Offerta Legale di Opere Digitali (AGCom).

CRTV collabora con tutti i Ministeri competenti, le Istituzioni Politiche e i Regulatori, nazionali e comunitari. L'attività dell'Associazione è mirata a contribuire alla creazione e il mantenimento di regole eque e che permettano al comparto di crescere, innovare e continuare a svolgere l'importante ruolo che gli compete nel processo di ammodernamento del Paese.

Digital Market Act

Osservazioni CRTV

12 maggio 2021

Premessa

Confindustria Radio Televisioni ringrazia questa Commissione per l'attenzione che vorrà riservare alle prime osservazioni su un provvedimento di precipuo interesse per le imprese associate.

La proposta UE in materia di mercati digitali (Digital Markets Act, in seguito abbreviata con "DMA") stabilisce una serie di criteri per individuare le piattaforme online di grandi dimensioni che esercitano una funzione di controllo dell'accesso, vale a dire di "gatekeeping".

Essa rappresenta un'occasione importante per introdurre una regolamentazione dell'attività delle grandi piattaforme, che stanno prendendo il sopravvento su tutto l'ecosistema informatico, con particolare riguardo al sistema economico del settore audiovisivo.

Le preoccupazioni più gravi che solleva il quadro attuale, scarsamente regolato, riguardano: a) il fatto che tali piattaforme possano indirizzare gli utenti su servizi che esse stesse scelgono, spesso privilegiando altre piattaforme che hanno scarso rispetto del copyright; b) l'integrazione verticale di servizi differenti può comportare l'esclusione di alcuni players dal mercato; c) l'assenza di un *level playing field*, dato che queste piattaforme non devono, attualmente, sottostare alla rigida disciplina che interessa gli altri operatori.

Occorre quindi che il DMA sia fonte di obblighi e doveri stringenti per i grandi operatori.

D'altra parte, i processi e gli obblighi delineati nella proposta dovrebbero essere adattabili a vari modelli di business e al continuo variare dello scenario economico e tecnologico. A tal fine è necessario ribadire e implementare principi come l'interoperabilità e la portabilità dei dati tra le diverse piattaforme, allo scopo di eliminare le possibili "barriere all'ingresso" per i nuovi attori nel mercato digitale.

Sotto altro profilo, va particolarmente apprezzato il fatto che gli organi europei si stiano attivamente muovendo per affermare, anche in questo ambito, il rispetto dei valori fondanti dell'Unione (tra i quali la libertà di espressione e la tutela dei dati personali), pur garantendo i principi di concorrenza e di libero mercato. La proposta va sicuramente in questo senso.

Tuttavia, alla luce delle criticità ora evidenziate, appare opportuno che vi siano delle maggiori riflessioni su alcuni punti della proposta.

1. Ambito di applicazione

In linea generale, sembra che l'ambito di applicazione della norma vada mantenuto circoscritto. Ciò in linea con l'effettivo stato del mercato, in cui solo pochi operatori riescono ad avere un impatto significativo sul mercato interno, costituendo un importante punto di accesso affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali e avendo raggiunto una posizione consolidata e duratura nell'ambito delle proprie attività. Una eccessiva espansione dell'elenco degli enti coinvolti andrebbe a inficiare invece l'effettività delle norme.

Per quanto precede, si esprime favore verso l'attuale formulazione dell'art. 2.2.. Sarebbe tuttavia opportuno specificare che nei sistemi operativi (art. 2.2., lett.f) vengono ricompresi anche quelli utilizzati per le radio e le TV connesse.

Pare anche soddisfacente la soluzione di applicare sia criteri quantitativi che qualitativi. Tuttavia, una volta soddisfatti i criteri quantitativi (art. 3.2) non dovrebbe essere concessa al gatekeeper la possibilità di opporsi alla qualificazione o ritardarla.

Opportunamente, l'articolo 3, paragrafo 6, consente alla Commissione di indicare una attività come gatekeeper anche quando non soddisfa i chiari criteri quantitativi dell'articolo 3, paragrafo 2, purché sia dimostrato che l'azienda in questione soddisfa le nozioni generali dell'articolo 3, paragrafo 1, nell'ambito della sua indagine di mercato ai sensi dell'articolo 15. Si tratta di un meccanismo necessario per rendere sufficientemente elastica l'individuazione dei gatekeepers, tuttavia i criteri adottati dalla Commissione e le prove che essa deve portare a sostegno della propria decisione dovrebbero essere meglio specificati, onde evitare lunghi e incerti contenziosi.

2. Obblighi e responsabilità

Si accolgono favorevolmente gli obblighi di cui agli articoli 5 e 6, soprattutto con riguardo alle disposizioni che si applicano ai gatekeepers operanti sul mercato della pubblicità online.

Occorre, ai fini della effettività, che i gatekeepers si conformino rapidamente e senza poter attuare iniziative dilatorie.

Va posto l'accento anche sul divario informativo esistente, dato che attualmente risulta difficile comprendere alcuni aspetti del funzionamento dei mercati digitali nella pratica. Sarà certamente opportuno coinvolgere esperti e auditor indipendenti esterni che aiutino la Commissione a fare chiarezza sulle pratiche portate avanti dai gatekeeper.

Tali figure indipendenti dovrebbero essere integrate in maniera permanente nelle aziende gatekeeper, potendo avere accesso continuo e diretto ai dati e agli algoritmi utilizzati.

Sarà inoltre necessario ottenere una stretta collaborazione tra le autorità di controllo europee e nazionali, ciò sia per favorire un'applicazione uniforme del Regolamento nel mercato unico, sia per permettere agli utenti business di segnalare inosservanze e l'insorgenza di nuove pratiche scorrette alle autorità nazionali competenti.

Ciò posto, il novero degli obblighi di cui agli artt. 5 e 6 della proposta andrebbe ampliato e i doveri rafforzati: occorrerebbe precisare che non è consentito limitare o limitare l'accesso a servizi di contenuti di terze parti o stabilire costi per il trasporto di tali contenuti. Inoltre, le piattaforme gatekeepers non dovrebbero poter inserire sponsorizzazioni o pubblicità nei servizi di contenuti di terze parti senza l'esplicito consenso del fornitore di contenuti.

In proposito si ritiene che l'articolo 5, lettera f), dovrebbe coprire i servizi accessori ai servizi principali della piattaforma e impedire ai gatekeeper di limitare l'accesso a un servizio a un utente aziendale o utente finale.

Quanto al regime delle esenzioni di cui agli artt. 8 e 9 del DMA, esso dovrebbe essere limitato a casi eccezionali; inoltre si ritiene inopportuno che ciascuno degli obblighi di cui agli artt. 5 e 6, indistintamente, possa essere sospeso.

È ben vero che l'eventuale sospensione è a discrezione della Commissione e che questa può prevedere obblighi alternativi al fine di bilanciare gli interessi in gioco, disciplinando l'esenzione per un obbligo specifico, ma pare comunque erroneo, in linea di principio, prevedere la possibilità di esentare i gatekeeper da alcuni obblighi minimi che paiono posti a tutela del mercato e dei diritti degli altri operatori (si pensi al tema dell'utilizzo dei dati).

3. Condizioni di contratto

Anche se l'attuale proposta contiene diversi riferimenti all'equità delle condizioni contrattuali (si pensi, tra gli altri, all'art. 6, comma 1, lett. k) sarebbe opportuno inserire delle disposizioni volte alla correttezza delle clausole contrattuali, per far sì che gli obblighi stabiliti per i gatekeeper trovino corrispondenza nei patti imposti alle controparti contrattuali. Ciò consentirebbe agli utenti muniti di scarsa forza contrattuale di ricorrere alle Corti nazionali per reagire contro eventuali abusi delle piattaforme sulla base di previsioni pattizie espresse, quindi con maggiore facilità.

4. Conclusioni

Pur riservandoci ulteriori riflessioni rispetto a specifici aspetti regolamentari, riteniamo che, in linea generale, il testo della proposta debba essere emendato nel senso di garantire: a) maggiore specificità alle previsioni normative (in particolare quelle dell'art. 6, che paiono decisive); b) un maggiore spazio agli stakeholders coinvolti sotto il lato della sottoposizione al potere dei gatekeepers, affinché possano avere un canale privilegiato per comunicare alla Commissione la possibilità di esercitare i propri poteri ex articolo 3, paragrafo 6; c) la previsione di sistemi tecnici di verifica del rispetto degli obblighi di cui agli artt. 5 e 6.