



Ministero delle Imprese  
e del Made in Italy

UIBM



EUIPO  
UFFICIO DELL'UNIONE EUROPEA  
PER LA PROPRIETÀ INTELLETTUALE

innexta

# PER QUANTA STRADA ANCORA C'È DA FARE:

*un'analisi della situazione attuale, a due anni  
dall'approvazione del Digital Services Package*



Realizzato e finanziato nell'ambito della collaborazione tra l'Ufficio dell'Unione Europea per la Proprietà Intellettuale (EUIPO) e l'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi (UIBM)

*Il presente documento è a cura dell'Avv. Beatrice Marone e dell'Avv. Emanuele Cammareri ed è stato redatto nell'ambito del progetto "Marchi e Disegni Comunitari 2024" realizzato da Innexa in collaborazione con l'EUIPO (Ufficio dell'Unione Europea per la Proprietà Intellettuale) e l'UIBM (Ufficio Italiano Brevetti e Marchi).*

## Premessa

Negli scorsi mesi, i riflettori del mondo sono stati puntati sugli sforzi delle istituzioni dell'Unione Europea in relazione al mastodontico **AI Act**. Tuttavia, il Regolamento dell'Unione Europea sull'Intelligenza Artificiale non è stato l'unico scenario che ha raccolto l'interesse dell'Unione. Quando esso si trovava ancora lontano dal punto di arrivo, infatti, le istituzioni europee hanno approvato, a metà del 2022, il cosiddetto "**Digital Services Package**", formato da due corpi normativi sulla base dei quali l'Unione ha iniziato e continua a proporre attività nei confronti dei colossi della tecnologia. Mentre il *Digital Services Act* è dedicato alla disciplina dei servizi digitali e delle piattaforme online ed ha come obiettivo la garanzia del più alto grado di tutela per gli utenti, il *Digital Markets Act* intende contrastare attivamente gli abusi di posizione dominante di tali enti e la conformità delle condotte al diritto antitrust. A due anni dall'entrata in vigore, avvenuta per entrambi gli strumenti normativi nel novembre 2022, lo scenario è certamente mutato, ma molti dei principi stabiliti e delle ragioni dell'adozione di tali testi legislativi sono ancora ben presenti e degni di indagine.

L'obiettivo dichiarato degli autori delle iniziative, proposte dalla Commissione Europea alla fine del 2020, può essere riassunto in tre direzioni differenti:

- In primis, si registra una volontà di aggiornamento delle norme già in essere sul territorio dell'Unione relativamente ai servizi digitali affinché risultino adeguate agli ultimi sviluppi in materia.
- Poi, la necessità di costruire uno spazio digitale in cui i diritti fondamentali dei cittadini siano tutelati in maniera corretta e coerente.
- Infine, l'intenzione di promuovere condizioni di parità tra gli enti coinvolti in tale settore del mercato, sia incentivando l'innovazione sia assicurando un territorio di concorrenza leale.

Secondo le intenzioni dell'istituzione dell'Unione, lo scenario stabilito dal pacchetto normativo potrà essere di beneficio per una molteplicità di soggetti, tra cui le società fornitrici dei servizi digitali oggetto della struttura normativa, coloro che utilizzano tali servizi nella propria attività professionale e i cittadini dell'Unione intesi come persone fisiche titolari di diritti fondamentali.

Una prospettiva di questo tipo si inserisce nel piano di transizione digitale dell'Unione. Si tratta di un piano che si compone di numerosi passi, gli ultimi dei quali molto recenti. Infatti, risale soltanto allo scorso 8 dicembre 2023 la **e-Justice Strategy per il quadriennio 2024-2028**,  il cui obiettivo è fornire indicazioni agli Stati membri al fine di approntare iniziative, di carattere sia legislativo sia non legislativo, per facilitare l'utilizzo dei servizi digitali nell'area della giustizia.

Tuttavia, l'applicazione settoriale non può essere tenuta in considerazione senza esaminare puntualmente anche le fondamenta dello sforzo europeo nei confronti della digitalizzazione, ossia proprio i due strumenti normativi che verranno approfonditi nei paragrafi successivi.

## **DMA e DSA: un pacchetto integrato**

Soltanto poche settimane separano la data di approvazione del **Digital Markets Act (DMA)** e quella del **Digital Services Act (DSA)**. Infatti, il primo è stato siglato in data *14 settembre 2022*, mentre il secondo è datato *19 ottobre 2022*.

Il fulcro della struttura normativa DMA (Regolamento (UE) 2022/1925 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 ) è la qualificazione delle piattaforme online di grandi dimensioni come "**gatekeepers**", ai quali sono assegnati obblighi e divieti, con un sistema complesso di sanzioni e rimedi. Grande attenzione è, in particolare, posta sulla necessità di un continuo aggiornamento del testo, concepito in un momento storico non lontano da quello attuale, ma nel contesto del quale una molteplicità di strumenti tecnologici ora quotidianamente utilizzati non erano disponibili né lontanamente conoscibili da parte della massa degli utenti. *A tale scopo*, il Regolamento prevede che la Commissione possa condurre investigazioni tramite le quali qualificare nuovi soggetti come "gatekeepers", aggiornare in maniera dinamica e sistematica le iniziali obbligazioni previste per tali imprese ed anche approntare nuovi rimedi per affrontare le violazioni delle norme indicate.

Rilevante è la scelta dello strumento normativo del Regolamento, direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri senza necessità di implementazione da parte del potere legislativo a livello nazionale. Il considerando 9 evidenzia le ragioni della via adottata dall'Unione, spiegando che:

*“È possibile evitare in modo efficace una frammentazione del mercato interno solo impedendo agli Stati membri di applicare normative nazionali che rientrano nell'ambito di applicazione del presente regolamento e perseguono i suoi stessi obiettivi” ed al contempo indicando, però, che “ciò non preclude la possibilità di applicare ai gatekeeper come definiti ai sensi del presente regolamento altre norme nazionali che perseguono altri legittimi obiettivi di interesse pubblico stabiliti nel TFUE o motivi imperativi di interesse pubblico riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea («Corte di giustizia»)”.*

Quindi, si stabilisce una soglia minima di tutela per tutti i ventisette Stati membri, lasciando, al contempo, uno spazio di manovra per inserire una tutela più stringente a livello nazionale.

La vocazione del testo come strumento di tutela della concorrenza emerge dal successivo considerando 11, nel contesto del quale gli autori indicano che:

*“Gli articoli 101 e 102 TFUE e le corrispondenti norme nazionali in materia di concorrenza relative a comportamenti anticoncorrenziali unilaterali e multilaterali, come pure al controllo delle concentrazioni, si prefiggono quale obiettivo la protezione della concorrenza non falsata sul mercato. Il presente regolamento persegue un obiettivo complementare, ma diverso, alla protezione della concorrenza non falsata su un dato mercato, quale definita in termini di diritto della concorrenza, e tale obiettivo consiste nel garantire che i mercati in cui sono presenti gatekeeper siano e rimangano equi e contendibili, indipendentemente dagli effetti reali, potenziali o presunti sulla concorrenza in un dato mercato derivanti dal comportamento di un dato gatekeeper contemplato dal presente regolamento. Il presente regolamento mira pertanto a proteggere un interesse giuridico diverso rispetto a quello protetto da tali norme e dovrebbe applicarsi senza pregiudicare l'applicazione di queste ultime”.*

Pertanto, lo stesso regolamento identifica, nel considerando 14, i servizi che, riguardando un ampio numero di utenti, determinano un rischio elevato di possibili pratiche commerciali scorrette: motori di ricerca online, sistemi operativi, social network online, servizi di piattaforme per la condivisione di video, servizi di comunicazione interpersonale, servizi di cloud computing, assistenti virtuali, browser web, servizi pubblicitari online, compresi quelli di intermediazione pubblicitaria.

Le attività connesse ai servizi appena ricordati, affrontate in una visuale differente, sono, invece, al centro del Digital Services Act, che si pone lo scopo di assicurare un ambiente online sicuro e responsabile, tramite la prevenzione delle attività online che si configurino come illegali o foriere di danni, nonché di contrastare la diffusione della disinformazione. Al considerando 12 del DSA (**Regolamento (UE) 2022/2065** relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la **direttiva 2000/31/CE** ) viene chiarito che:

*"il "contenuto illegale" dovrebbe essere definito in senso lato, per coprire anche le informazioni riguardanti i contenuti, i prodotti, i servizi e le attività illegali" e "in particolare, intendersi riferito alle informazioni, indipendentemente dalla loro forma, che ai sensi del diritto applicabile sono di per sé illegali, quali l'illecito incitamento all'odio o i contenuti terroristici illegali e i contenuti discriminatori illegali, o che le norme applicabili rendono illegali in considerazione del fatto che riguardano attività illegali", tra le quali rientrano "a titolo illustrativo, la condivisione di immagini che ritraggono abusi sessuali su minori, la condivisione non consensuale illegale di immagini private, il cyberstalking (pedinamento informatico), la vendita di prodotti non conformi o contraffatti, la vendita di prodotti o la prestazione di servizi in violazione della normativa sulla tutela dei consumatori, l'utilizzo non autorizzato di materiale protetto dal diritto d'autore, l'offerta illegale di servizi ricettivi o la vendita illegale di animali vivi".*

Il riferimento al diritto d'autore non è isolato, dal momento che il considerando 11 sottolinea che *"È opportuno chiarire che il presente regolamento fa salvo il diritto dell'Unione in materia di diritto d'autore e diritti connessi, comprese le direttive 2001/29/CE (21), 2004/48/CE (22) e (UE) 2019/790 (23) del Parlamento europeo e del Consiglio, il quale sancisce norme e procedure specifiche che non dovrebbero essere pregiudicate".*

In uno dei paragrafi successivi, l'attenzione sarà posta proprio sul terreno di intersezione fra il **Digital Services Act** e l'ultima delle direttive menzionate (ossia la Direttiva (UE) 2019/790). Prima, tuttavia, occorre ripercorrere gli elementi fondamentali della struttura individuata dal Digital Services Package, verificando se e come le premesse teoriche poste quasi due anni fa siano state modificate e/o implementate nella prassi del commercio elettronico e della comunicazione globale.



## I punti fondamentali e gli ultimi sviluppi

### **Le dimensioni delle piattaforme: la recente designazione di TEMU**

Ai sensi della definizione fornita dall'articolo 2, lettera i) del Digital Services Act, la **piattaforma online** è *"un servizio di memorizzazione di informazioni che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde informazioni al pubblico, tranne qualora tale attività sia una funzione minore e puramente accessoria di un altro servizio o funzionalità minore del servizio principale e, per ragioni oggettive e tecniche, non possa essere utilizzata senza tale altro servizio e a condizione che l'integrazione di tale funzione o funzionalità nell'altro servizio non sia un mezzo per eludere l'applicabilità del presente regolamento"*.

In tale categoria vengono, in concreto, ricomprese le piattaforme online di dimensioni molto grandi (in inglese, **"very large online platforms"**, rese con l'acronimo "VLOPs"), alle quali, insieme ai motori di ricerca online di dimensioni molto grandi (in inglese, **"very large online search engines"**, resi con l'acronimo "VLOSEs") è dedicata l'intera sezione 5 del Regolamento. Tale sezione contiene, in particolare, obblighi supplementari a carico dei fornitori delle piattaforme e dei motori di ricerca, allo scopo di ottenere una migliore gestione dei rischi sistemici.

VLOPs e VLOSEs, secondo la definizione fornita al paragrafo 1 dell'articolo 33 del DSA, devono registrare – per essere considerati tali – un numero medio mensile di destinatari dell'attività del servizio all'interno dei confini geografici dell'Unione pari o superiore a quarantacinque milioni. Al contempo, è, però, necessaria anche una designazione in tal senso (ossia come VLOPs o VLOSEs) da parte della Commissione Europea.

### **L'iter di designazione è il seguente:**

a seguito di una fase di consultazione con lo Stato membro di stabilimento o all'esito dell'analisi delle informazioni fornite dal coordinatore dei servizi digitali del medesimo luogo di stabilimento, la Commissione richiede al fornitore della piattaforma o del motore di ricerca le informazioni necessarie all'adozione della decisione, in conformità a quanto disposto dall'articolo 24 DSA, e, nel caso ritenga opportuno fondare tale decisione su ulteriori informazioni a propria disposizione, indica al fornitore il termine di dieci giorni lavorativi per presentare un parere sulle conclusioni preliminari e, in ultima analisi, sulla designazione.

Tale designazione non è, comunque, perpetua, dal momento che termina quando, per un periodo ininterrotto di un anno, il numero di utenti attivi della piattaforma o del motore di ricerca è inferiore alla cifra sopra indicata.

Una delle ultime piattaforme ad essere annoverata nell'elenco dei VLOPs, in costante aggiornamento, è **Temu**, la piattaforma di e-commerce fondata in Massachusetts nel 2022 e attualmente gestita dal gruppo cinese PDD Holdings.

Il 31 maggio 2024, la Commissione ha indicato che, entro quattro mesi dalla notifica della decisione, Temu sarà tenuta a conformarsi ad una serie di obblighi supplementari puntualmente codificati nel DSA. Tra tali obblighi emerge quello di avere un grado di diligenza ancor più elevato nelle attività di sorveglianza dei prodotti illegali, tramite il rafforzamento dei processi interni per l'individuazione dei rischi sistemici, un'analisi degli stessi e la messa in opera di misure di attenuazione. Inoltre, occorre un ulteriore rafforzamento delle misure a tutela dei consumatori, tramite una revisione puntuale della struttura della piattaforma – inclusi interfacce utente, algoritmi di raccomandazione e condizioni di servizio – allo scopo di prevenire la possibilità che gli utenti acquistino merci non sicure, illegali o non adatte all'età dell'acquirente. Lo stesso focus deve emergere, altresì, dalle relazioni annuali di valutazione dei rischi, le quali saranno sottoposte ad audit esterni ed indipendenti. In aggiunta a ciò, si richiede al fornitore della piattaforma di pubblicare relazioni sulla trasparenza delle decisioni di moderazione dei contenuti e sulla gestione dei rischi a cadenza semestrale, oltre a rendere effettivamente accessibili al pubblico i dati puntualmente identificati.

24

**Temu** diventa, dunque, **il ventiquattresimo servizio dell'elenco di VLOPs e VLOSEs designati dalla Commissione**, aggiungendosi ad AliExpress, Amazon Store, App Store, Pornhub, Booking.com, Google Search, Google Play, Google Maps, Google Shopping, Youtube, Shein, LinkedIn, Facebook, Instagram, Bing, Pinterest, Snapchat, Stripchat, Tik Tok, X, XVideos, Wikipedia, Zalando.

A tale elenco si è aggiunta, il 10 luglio 2024, la piattaforma XNXX. Si tratta di una designazione che si pone in linea di continuità con la richiesta di informazioni inviata nel mese di giugno a Pornhub, XVideos e Stripchat allo scopo di ottenere da tali siti informazioni dettagliate sulle misure per l'esame diligente e la mitigazione dei rischi legati alla presenza di minori online. In particolare, le istanze formulate dalla Commissione intendono verificare che tali servizi pongano in essere meccanismi adeguati alla verifica dell'età degli utenti, in conformità a quanto richiesto dalla lettera j) dell'articolo 35 DSA.

Peraltro, nel mese di maggio, la Commissione ha avviato un procedimento formale allo scopo di valutare l'esistenza di eventuali violazioni relative proprio alla tutela dei minori da parte di Meta, fornitore dei servizi Facebook e Instagram. La Commissione ha sollevato dubbi, da un lato, in relazione ai sistemi di verifica dell'età degli utenti messi in atto da Meta e, dall'altro, con riferimento al cosiddetto effetto "rabbit-hole", che potrebbe stimolare dipendenze comportamentali negli utenti minorenni.

Il procedimento si instaura nella scia di quello aperto qualche giorno prima, sempre nei confronti di **Meta**, basato sulla contestazione dei fenomeni di pubblicità ingannevole, contenuti politici, meccanismi di notifica e azione, accesso ai dati per i ricercatori, nonché di contestazione di alcune attività connesse alla campagna elettorale per il rinnovo dei membri del Parlamento Europeo.

L'ultima notizia relativa al percorso che la Commissione ha intrapreso con riferimento alla tutela della cornice normativa stabilita dal Digital Services Act è del 12 luglio 2024, con l'annuncio del parere preliminare con il quale si è contestato a X la violazione della disciplina del Regolamento da parte di attività legate ai dark pattern, alla trasparenza sulla pubblicità e all'accesso ai dati per i ricercatori.

### ***Il concetto di "gatekeeper": le designazioni di Apple ed iPadOS***

In una linea di continuità con lo sforzo definitorio, occorre un approfondimento sul concetto di "gatekeeper", ossia il caposaldo intorno al quale ruota, in sostanza, la disciplina del Digital Markets Act, in particolare prevista nel Capo II.

Secondo l'articolo 3, paragrafo 1, un'impresa è designata come gatekeeper nel caso concorrano tre condizioni cumulative:

- i) l'impatto significativo della stessa sul mercato interno;
- ii) la fornitura, da parte della stessa, di un servizio di piattaforma di base costituente un punto di accesso, denominato gateway, rilevante affinché gli utenti commerciali siano in grado di raggiungere gli utenti finali;
- iii) la posizione consolidata e duratura già detenuta nell'ambito delle proprie attività o la prevedibilità di acquisizione di una posizione di tale tenore nel prossimo futuro.

Il paragrafo 2 introduce, poi, una presunzione di esistenza per ciascuno di tali tre requisiti. All'esito di ciò, già nel settembre 2023, la Commissione ha provveduto a designare come **gatekeepers Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta e Microsoft**, sottoponendoli, dunque, alla necessità di conformità con le obbligazioni nascenti dal Regolamento DMA a partire dal 7 marzo 2024. Nel mese di aprile u.s., poi, iPadOS, ossia il sistema operativo di Apple per tablet, si è aggiunto al novero degli ulteriori gatekeepers riconducibili alla società fondata a Cupertino, ossia Safari ed App Store, a seguito della conclusione di un'indagine di mercato secondo la quale tale sistema operativo, pur rimanendo al di sotto delle soglie quantitative stabilite in sede di Regolamento, soddisfa comunque il secondo requisito previsto dall'articolo 5 DMA.

In particolare, è stato rilevato che il numero di utenti commerciali di Apple supera le soglie indicate, mentre il numero di utenti finali, già molto vicino alle soglie, è in costante crescita. In aggiunta a ciò, sia gli utenti commerciali sia gli utenti finali risultano essere vincolati ad iPadOS: i primi a causa della base utenti ampia e rilevante soprattutto in specifici casi d'uso; i secondi poiché l'ampio ecosistema, in sostanza, disincentiva il passaggio a sistemi operativi differenti.

Successivamente, nel mese di maggio 2024, la Commissione ha designato anche **Booking BV** come gatekeeper con riferimento a **Booking.com**, servizio di intermediazione online. Al contrario, non sono stati ritenuti in possesso delle caratteristiche necessarie alla designazione i servizi Ads di Tik Tok e X. Con riferimento alle investigazioni, invece, Alphabet è stata oggetto di indagine in relazione alla pratica c.d. di "steering" in Google Play ed alla pratica c.d. di "self-preferencing" in Google Search, mentre Apple è stata chiamata a rispondere del medesimo steering effettuato in App store e alla "choice screen" di Safari.

### ***Un esempio dal diritto vivente: Meta e il "pagamento o consenso"***

Se i procedimenti ricordati in precedenza contestavano a Meta la violazione di norme contenute nel Digital Services Act, i riscontri preliminari pubblicati dalla Commissione in data 1° luglio 2024 si riferiscono al Digital Markets Act. In particolare, secondo la visione della Commissione, il modello pubblicitario instaurato, indicato come "pagamento o consenso", violerebbe il dettato dell'articolo 5, paragrafo 2 del suddetto Regolamento DMA, secondo il quale il gatekeeper *"non combina dati personali provenienti dal pertinente servizio di piattaforma di base con dati personali provenienti da altri servizi di piattaforma di base o da eventuali ulteriori servizi forniti dal gatekeeper o con dati personali provenienti da servizi di terzi [...] a meno che sia stata presentata all'utente finale la scelta specifica e quest'ultimo abbia dato il proprio consenso"* ai sensi del GDPR. Nel caso in cui l'utente rifiuti di prestare tale consenso, dovrebbe essere disponibile un'alternativa meno personalizzata, ma equivalente, dal momento che i gatekeepers non possono subordinare l'uso dell'intero servizio, o di determinate funzionalità dello stesso, al consenso degli utenti.

Proprio sulla base dell'introduzione delle modifiche alla struttura normativa eurounitaria, nel novembre 2023 Meta ha posto i propri utenti dinanzi alla scelta se abbonarsi, a pagamento, ad una versione dei social network Instagram e Facebook priva di pubblicità o avere un accesso gratuito agli stessi social network in una versione, però, comprensiva, questa volta, di annunci pubblicitari personalizzati.

Secondo la posizione della Commissione, un sistema di questo tipo non risulta conforme alla previsione legislativa, dato che non consente agli utenti di optare per un servizio che impieghi una quantità inferiore di dati personali ma che risulti, comunque, equivalente a quello inclusivo di annunci pubblicitari personalizzati. In aggiunta a ciò, il modello proposto da Meta non consente neanche agli utenti di esercitare il proprio diritto ad acconsentire in maniera libera alla combinazione dei dati personali.

Meta avrà, nel prossimo futuro, la possibilità di proporre le proprie osservazioni scritte in relazione a quanto contenuto nel fascicolo di indagine della Commissione. Da ricordare è che l'indagine dovrà essere conclusa entro dodici mesi dall'apertura e, dunque, entro il 25 marzo 2025. In caso la decisione finale confermasse il parere preliminare di non conformità, le ammende comminate dalla Commissione potrebbero raggiungere anche il 10% del fatturato mondiale totale del gatekeeper, importi che possono altresì aumentare sino al 20% dello stesso fatturato in caso di recidiva. Ancor più pregnanti sono i rimedi per le violazioni sistemiche, che possono addirittura includere l'obbligo per il gatekeeper di vendere parti dell'impresa o, anche, la totalità della stessa.

## **Tra Digital Services Act e Direttiva Copyright: la tutela del diritto d'autore nello scenario digitale e digitalizzato**

Il titolo della direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019  è già esplicativo rispetto alla sensibilità propria degli autori del testo. Essi, infatti, hanno voluto indicare chiaramente che il tema del testo legislativo non sono soltanto "il diritto d'autore" e i "diritti connessi", ma – più in generale – l'inserimento di questi argomenti nel più ampio contesto del "mercato unico digitale". Tale fonte normativa è l'ultima, in ordine di tempo, che costituisce la struttura impostata a livello eurounitario con riferimento ai diritti di autori, interpreti, produttori ed emittenti.

La visione già orientata verso il futuro è evidente anche dal primo dei testi che costituiscono l'attuale insieme dei principi e delle norme identificate come "acquis" comunitario in tema di diritto d'autore e connessi, ossia la cosiddetta "direttiva InfoSoc" intitolata "sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi alla società dell'informazione",  datata 22 maggio 2001. Già nel quinto considerando del testo emanato da Parlamento Europeo e Consiglio, i co-legislatori evidenziano che *"lo sviluppo tecnologico ha moltiplicato e diversificato i vettori della creazione, della produzione e dello sfruttamento"* e che *"anche se non sono necessari nuovi concetti in materia di protezione della proprietà intellettuale, si dovrebbe adattare e integrare le normative attuali sul diritto d'autore e sui diritti connessi per rispondere adeguatamente alle realtà economiche, quali le nuove forme di sfruttamento"*.

Tale consapevolezza è ancor più evidente nel momento odierno, dove la ricerca di un adeguato livello di tutela per gli autori – e, più in generale, per i creativi – è sì oggetto di una molteplicità di discussioni ma, certamente, ancora lontana da punti di arrivo soddisfacenti.

Il considerando 6 pone l'accento su un argomento che per decenni è stato ripercorso nell'alveo degli studi sul diritto dell'Unione Europea e che, ultimamente, ha raggiunto un nuovo momento di splendore proprio grazie alla diffusione, in ordinamenti differenti, dei medesimi prodotti tecnologici messi a disposizione del grande pubblico.

La **direttiva 2001/29/CE**, ancora attualmente in vigore, afferma, infatti, che

*“Senza un'armonizzazione a livello comunitario, la produzione legislativa già avviata a livello nazionale in una serie di Stati membri per rispondere alle sfide tecnologiche può generare differenze significative in materia di protezione e, di conseguenza, restrizioni alla libera circolazione dei servizi e prodotti che contengono proprietà intellettuale o su di essa si basano, determinando una nuova frammentazione del mercato interno nonché un'incoerenza normativa. L'impatto di tali differenze ed incertezze normative diverrà più significativo con l'ulteriore sviluppo della società dell'informazione che ha già incrementato notevolmente lo sfruttamento transfrontaliero della proprietà intellettuale. Tale sviluppo è destinato ad accrescersi ulteriormente. L'esistenza di sensibili differenze e incertezze giuridiche in materia di protezione potrebbe ostacolare la realizzazione di economie di scala per i nuovi prodotti e servizi contenenti diritti d'autore e diritti connessi”.*

È, peraltro, interessante notare come la necessità di armonizzazione sentita in tema di diritto d'autore non si limiti ai soli Paesi membri dell'Unione, ma si espanda anche ai rapporti dell'Unione stessa con Stati terzi, oltre che alla partecipazione dell'Unione ai trattati stabiliti da organizzazioni internazionali, quali l'Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale (OMPI).

Come è già emerso dalla lunga vicenda che ha interessato il tema della tutela dei dati in ambito transfrontaliero fra Unione Europea e Stati Uniti nel contesto delle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione nei casi Schrems I e Schrems II, il fatto che le soglie di tutela siano differenti a seconda del contesto geografico e, conseguentemente, normativo in cui l'individuo si trova non rendono semplici le azioni che l'individuo stesso può intraprendere a difesa dei propri diritti e, dunque, al fine di contestarne attivamente la violazione.

Un esempio significativo è fornito dal fatto che la società OpenAI, leader del settore dell'Intelligenza Artificiale generativa, risulta attualmente convenuta in una molteplicità di procedimenti relativi alla violazione del diritto d'autore nell'ambito delle attività necessarie per l'allenamento e la performance dei sistemi GPT.

Alcune delle azioni legali intraprese hanno guadagnato gli onori della cronaca poiché coinvolgono personalità di spicco del mondo della cultura – fra cui John Grisham, George R.R. Martin e Jonathan Franzen –, dello spettacolo – celebre è l'azione proposta dalla comica Sarah Silverman – e dell'informazione, con il New York Times che ha convenuto sia OpenAI sia Microsoft dinanzi alla corte distrettuale di Manhattan. Invece, sul territorio europeo, si è aperto un fronte differente, con l'European Data Protection Board che ha rilasciato, alla fine del mese di maggio 2024, un report  contenente alcune linee guida destinate alle Autorità Garanti della Protezione Dati nazionali e finalizzate all'investigazione del prodotto più celebre fornito sul mercato da OpenAI, ossia ChatGPT. In particolare, oggetto di indagine è la compliance – o meno – del prodotto, e delle attività connesse allo stesso, rispetto alla disciplina sulla protezione dati fornita dal General Data Protection Regulation (GDPR) con riferimento specifico a liceità del trattamento, trasparenza e accuratezza.

Sebbene il focus del legislatore sia stato orientato, quantomeno negli sforzi messi in campo nell'ultima decade, verso l'orizzonte della protezione dati tramite il GDPR prima e, in parte, tramite l'AI Act successivamente, le attività che hanno portato alla cosiddetta Direttiva DSM del 17 aprile 2019 non sono da tralasciare. Per individuare le prime scintille rispetto all'esigenza di armonizzazione della disciplina della proprietà intellettuale, occorre tornare addirittura al 7 giugno 1988, quando l'allora Commissione delle Comunità Europee redigeva una comunicazione che, ancora una volta, presenta un titolo fortemente esaustivo rispetto ai temi trattati, ossia il Libro Verde "Il Diritto di Autore e le Sfide Tecnologiche – Problemi di diritto di autore che richiedono un'azione immediata" . Al paragrafo 1.2.4. di tale documento, dimostrando una lungimiranza non comune, gli autori del Libro Verde indicavano che *"paradossalmente la stessa innovazione tecnologica crea non soltanto la possibilità di nuovi tipi di attività economica ma, nel contempo, anche i mezzi che permettono di appropriarsi agevolmente dei risultati degli sforzi creativi altrui"*.

Proprio in tale alveo si inserisce la relazione fra la **Direttiva Digital Single Market del 2019** e il **Regolamento Digital Services Act del 2022**. Quest'ultimo, come indicato in maniera esplicita all'articolo 2, paragrafo 4, lettera b) *"non pregiudica le norme stabilite da altri atti giuridici dell'Unione che disciplinano ulteriori aspetti della prestazione di servizi intermediari nel mercato interno o che precisano e integrano il presente Regolamento, in particolare [...] diritto dell'Unione in materia di diritto d'autore e diritti connessi"*.

Di conseguenza, pare potersi affermare che il DSA possa assumere il ruolo di norma sussidiaria, la cui applicazione risulta subordinata all'assenza di previsioni normative puntuali in campi specifici. Infatti, occorre ricordare che il regime di responsabilità delle piattaforme per la violazione del diritto d'autore dovuta alla pubblicazione di contenuti da parte degli utenti è disciplinata in maniera differente nei due testi.

Secondo la disciplina fornita dall'articolo 6 del Regolamento, infatti, *“Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore del servizio non è responsabile delle informazioni memorizzate su richiesta di un destinatario del servizio”* nel caso negativo in cui il prestatore del servizio di hosting *“non sia effettivamente a conoscenza delle attività o dei contenuti illegali e, per quanto attiene a domande risarcitorie, non sia consapevole di fatti o circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dei contenuti”* o nel caso affermativo in cui *“non appena venga a conoscenza di tali attività o contenuti illegali o divenga consapevole di tali fatti o circostanze, agisca immediatamente per rimuovere i contenuti illegali o per disabilitare l'accesso agli stessi”*.

Al contrario, l'articolo 17 della Direttiva, dal titolo di *“utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti online”*, delinea un regime di responsabilità diretta per tali prestatori. A carico del prestatore, infatti, è stabilito l'onere di ottenere esplicita autorizzazione da parte dei titolari dei diritti in un momento anteriore alla comunicazione o alla messa a disposizione del pubblico di opere tutelate dal diritto d'autore, a titolo di esempio tramite la conclusione di un contratto di licenza. Nel caso in cui ciò non avvenga, scatterà una presunzione di responsabilità, ai sensi del paragrafo 4, per *“atti non autorizzati di comunicazione al pubblico, compresa la messa a disposizione del pubblico, di opere e altri materiali protetti dal diritto d'autore”*.

Le uniche prove liberatorie ammesse sono la dimostrazione dei seguenti presupposti cumulativi:

- i) aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione;
- ii) aver compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali il prestatore abbia ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti;
- iii) aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai siti web le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro.

L'esito dell'interazione tra i due corpi normativi sopra brevemente analizzati comporta la necessità di considerare il Digital Services Act come complementare rispetto alla legislazione settoriale, sia in termini di applicazione delle norme sia in relazione all'interpretazione da dare ad alcuni termini non precisamente definiti. In particolare, nel DSA non si ritrovano dettagli in merito alle caratteristiche che deve avere la citata segnalazione motivata che i titolari dei diritti d'autore dovrebbero inviare ai prestatori di servizio secondo le previsioni della Direttiva.

Allo scopo, dunque, di definire meglio i contorni di tale concetto appare utile richiamare il testo dell'articolo 16 del Regolamento, dedicato ai *"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"*. Secondo il paragrafo 2, lo scopo di tali meccanismi è quello di semplificare le modalità di presentazione di segnalazioni che siano, al contempo, *"sufficientemente precise e adeguatamente motivate"*.

Per tale ragione, viene fornito un elenco di quattro elementi che devono necessariamente ritrovarsi nelle segnalazioni.

Si tratta di: **i)** *una spiegazione sufficientemente motivata delle ragioni per cui i segnalanti ritengono i contenuti illegali; ii)* *una indicazione chiara della localizzazione elettronica delle informazioni; iii)* *i dati del segnalante; iv)* *una dichiarazione relativa alla buona fede in merito ad esattezza e completezza delle informazioni contenute nella segnalazione.*

Nel caso pervengano, al prestatore di servizi di memorizzazione delle informazioni, segnalazioni con tali caratteristiche, lo stesso è tenuto, secondo il paragrafo 6, ad adottare le proprie decisioni *"in modo tempestivo, diligente, non arbitrario e obiettivo"*.

Quello appena considerato è forse il più interessante fra i molteplici esempi di una integrazione possibile, anzi auspicata, fra i testi e di collegamento fra le rispettive previsioni normative. Ciò non esime, tuttavia, dalla consapevolezza che il sistema eurounitario costruito in tema di tutela di diritto d'autore è certamente complesso e, in quanto tale, di non semplice familiarizzazione, quantomeno laddove non si sia in possesso di un ben saldo background giuridico, che ricomprenda non soltanto il diritto della proprietà intellettuale ma, altresì, il diritto dell'Unione Europea ed il diritto antitrust.

## **Spunti di riflessione**

***A cura dell'Avv. Beatrice Marone e dell'Avv. Emanuele Cammareri***

Al termine della panoramica fornita con riferimento alle vie tramite le quali il disegno teorico del Digital Services Package è stato traslato nella realtà concreta, l'impressione è, in primis, che sia trascorso ancora troppo poco tempo per poter dar corso ad una valutazione complessiva degli esiti raggiunti. Ciò nonostante, appare, comunque, certamente lodevole lo sguardo e l'approccio che l'Unione Europea pare aver attuato con riferimento ad un argomento tanto complesso come quello dei servizi digitali, i quali – in ultima analisi – si trovano al centro di un ventaglio di fonti del diritto che li affrontano tramite una miriade di punti di vista differenti. In ogni caso, al momento attuale pare plausibile affermare che la posizione del cittadino europeo risulti, quantomeno, sufficientemente tutelata, soprattutto laddove la si confronti con quella di altri contesti geografici. Sebbene la tutela non sia, nella maggior parte dei casi, tanto effettiva quanto sarebbe auspicabile, sono stati comunque compiuti evidenti passi avanti in un'ottica di trasparenza. In una via dove la legislazione positiva, ossia il *de iure condito*, deve essere, in ogni caso, affiancata dalle nuove soluzioni per le nuove problematiche recentemente emerse, ossia il *de iure condendo*, la nuova stagione del Digital Services Package risulta certamente adatta ad incentivare riflessioni profonde e propositive.