

Papers di
**DIRITTO
EUROPEO**

www.papersdidirittoeuropeo.eu
ISSN 2038-0461

2021, n. 1

DIRETTORE RESPONSABILE

Maria Caterina Baruffi (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Verona).

COMITATO DI DIREZIONE

Francesco Bestagno (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano; Consigliere giuridico presso la Rappresentanza permanente d'Italia all'UE); **Andrea Biondi** (Professor of European Law e Director of the Centre of European Law, King's College London); **Fausto Pocar** (Professore emerito, Università di Milano); **Lucia Serena Rossi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna; Giudice della Corte di giustizia dell'Unione europea).

COMITATO SCIENTIFICO

Adelina Adinolfi (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Firenze); **Elisabetta Bani** (Ordinario di Diritto dell'economia, Università di Bergamo); **Matteo Borzaga** (Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Trento); **Susanna Cafaro** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università del Salento); **Laura Calafà** (Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Verona); **Javier Carrascosa González** (Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Murcia); **Luigi Daniele** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Roma "Tor Vergata"); **Angela Di Stasi** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Salerno); **Davide Diverio** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano); **Franco Ferrari** (Professor of Law e Director of the Center for Transnational Litigation, Arbitration, and Commercial Law, New York University); **Costanza Honorati** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano-Bicocca); **Paola Mori** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro); **Matteo Ortino** (Associato di Diritto dell'economia, Università di Verona); **Carmela Panella** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Messina); **Lorenzo Schiano di Pepe** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova); **Alessandra Silveira** (Profesora Asociada e Directora do Centro de Estudos em Direito da União Europeia, Universidade do Minho); **Eleanor Spaventa** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Bocconi" di Milano); **Stefano Troiano** (Ordinario di Diritto privato, Università di Verona); **Michele Vellano** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino).
Segretario: **Caterina Fratea** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona).

COMITATO DEI REVISORI

Stefano Amadeo (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Trieste); **Bruno Barel** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova); **Silvia Borelli** (Associato di Diritto del lavoro, Università di Ferrara); **Laura Carpaneto** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova); **Marina Castellaneta** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Bari "Aldo Moro"); **Federico Casolari** (Associato di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Gianluca Contaldi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Macerata); **Matteo De Poli** (Ordinario di Diritto dell'economia, Università di Padova); **Giacomo di Federico** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Fabio Ferraro** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli "Federico II"); **Daniele Gallo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, LUISS Guido Carli); **Pietro Manzini** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Silvia Marino** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università dell'Insubria); **Francesca Ragno** (Associato di Diritto internazionale, Università di Verona); **Carola Ricci** (Associato di Diritto internazionale, Università di Pavia); **Giulia Rossolillo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Pavia); **Vincenzo Salvatore** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università dell'Insubria); **Andrea Santini** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); **Cristina Schepisi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli "Parthenope"); **Martin Schmidt-Kessel** (Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Verbraucherrecht und Privatrecht sowie Rechtsvergleichung, Universität Bayreuth); **Chiara Enrica Tuo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova).

COMITATO EDITORIALE

Diletta Danieli (Ricercatore t.d. di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona); **Simone Marinai** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa); **Teresa Maria Moschetta** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Roma Tre); **Rossana Palladino** (Ricercatore t.d. di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno); **Cinzia Peraro** (Ricercatore t.d. di Diritto dell'Unione europea, Università di Bergamo); **Federica Persano** (Ricercatore di Diritto internazionale, Università di Bergamo); **Emanuela Pistoia** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo); **Angela Maria Romito** (Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Bari "Aldo Moro"); **Sandra Winkler** (Associato di Diritto della famiglia, Università di Rijeka).

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Isolde Quadranti (Documentalista, Centro di documentazione europea, Università di Verona).

I contributi sono sottoposti ad un procedimento di revisione tra pari a doppio cieco (*double-blind peer review*).

Non sono sottoposti a referaggio esclusivamente i contributi di professori emeriti, di professori ordinari in quiescenza e di giudici di giurisdizioni superiori e internazionali.

Fascicolo 2021, n. 1

INDICE

PRESENTAZIONE	I
Fabio Bassan <i>Editoriale. Piattaforma Europa</i>	1
Ruggiero Cafari Panico <i>Le imprese multinazionali, la protezione dei dati nello spazio cibernetico e l'efficacia extraterritoriale del diritto dell'Unione europea</i>	7
Giandonato Caggiano <i>Il contrasto alla disinformazione tra nuovi obblighi delle piattaforme online e tutela dei diritti fondamentali nel quadro del Digital Service Act e della co-regolamentazione</i>	45
Gianluca Contaldi <i>La proposta della Commissione europea di adozione del "Digital Markets Act"</i>	73
Greta Bonini <i>Minori 4.0 e tutela dei diritti fondamentali nell'era della digitalizzazione: quali sfide per l'Unione europea?</i>	89
Mattia Mengoni <i>La nuova strategia della Commissione europea in tema di finanza digitale: quid iuris per i (futuri) servizi finanziari offerti dalle società Tech?</i>	111
Carlo Valenti <i>La rilevanza delle competenze professionali della forza lavoro nella transizione digitale europea</i>	139

Editoriale

Piattaforma Europa

Fabio Bassan*

Sembra il contrario di *lockdown* ma *lockUp* non lo è: in piedi, fuori di casa, ma sorvegliato. Nei mercati finanziari *lockUp* indica la fase di “sospensione” in cui i titoli non possono essere trattati. Sorvegliati e sospesi. Questo è il nuovo mondo, bellezza. E a dircelo non sono i CEO delle aziende che esercitano il controllo, che anzi, sono diventati i paladini della protezione dei nostri dati; ce lo dicono i governanti, che dell’uso dei nostri dati hanno bisogno per gestire l’emergenza pubblica. Al grido del “non si può fare diversamente” si invoca lo stato di necessità, che legittima deroghe ai diritti, da sempre. Le reazioni popolari sono diverse e dipendono in gran parte dal *welfare* cui sono state abituate e dai fondamenti (filosofico-religiosi) delle rispettive culture: diversa è la risposta confuciana fondata sulla prevalenza dell’interesse pubblico rispetto a quello dell’individuo, da quella occidentale, che l’individuo l’ha liberato ma lasciato solo a gestire la paura (della libertà o del controllo, a seconda dell’urgenza del caso).

La domanda che ci si pone è se quest’universo parallelo in cui siamo finiti quasi inconsapevolmente ma che – ormai è chiaro – sarà il nostro habitat futuro, consente lo sviluppo fisiologico del modello regolatorio che si stava delineando in Europa, o lo acceleri. O se, al contrario, l’evoluzione sarà superata da una rivoluzione necessaria.

Gli effetti della pandemia sugli sviluppi della regolazione sono studiati dagli economisti e dai giuristi. I primi seguono le tracce dei mercati, i secondi le interpretano, le classificano, le mettono nei cassetti che ci sono già. A volte, raramente (meno di quel che sarebbe utile o necessario) ne creano di nuovi. È quel provo a fare con queste brevi riflessioni, con maggiore difficoltà perché la pandemia le tracce le ha nascoste o confuse e ne ha create altre, molte false. Rappresento quindi qui un primo risultato, ovviamente preliminare e provvisorio, come sempre quando alla storia si deve sostituire la cronaca. Al centro, come d’abitudine nelle analisi contemporanee, mettiamo l’individuo che – lo dicevo negli anni scorsi sottovoce, ora è chiaro a molti – è il soggetto meritevole di tutela, ancor prima di diventare consumatore (o investitore, correntista, assicurato, utente di un *social network*, secondo gli schemi classici dei silos verticali e orizzontali posti a matrice).

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Roma Tre.

Ai soli fini interpretativi, e per delineare lo scenario, muovo da alcuni presupposti. Il primo: siamo in una fase nuova dell'Unione europea: l'era della "politica di crescita europea solidale necessaria". La crescita deve essere sostenibile (*green*) e solidale: anche la Germania è consapevole ormai che la "regionalizzazione" della globalizzazione rende ancor più vitale il mercato europeo, per cui la concorrenza tra ordinamenti non è più un interesse da perseguire ma un pericolo da evitare. Questo produce effetti diretti anche sulla regolazione e sugli strumenti utilizzati per attuarla: sempre più regolamenti, sempre più un *corpus* normativo unico, generale.

Il secondo: la matrice regolatoria si sta sgretolando. I silos verticali (bancario, assicurativo, mercati finanziari, energetico, dei trasporti, ecc.) non sono più paralleli: s'integrano o si divaricano a seconda delle urgenze e delle necessità. Qualche esempio. Le banche vendono prodotti assicurativi, finanziari, misti, e il tema regolatorio si pone qui in termini di prevalenza o di *cross-regulation*. La convergenza tra telecomunicazioni e televisione è preistoria e la frontiera si è spostata sulle piattaforme digitali, cresciute nel loro *sandbox ante-litteram* (in Europa, la direttiva del 2000 sul commercio elettronico¹, che ha loro garantito negli anni, di fatto, l'esenzione da responsabilità) e sono ormai *too big to care*. Che dire poi della convergenza nei trasporti, dove il grado di sostituzione ha superato da tempo la soglia dei mercati. Quanto ai silos orizzontali (concorrenza, protezione dei dati personali e tutela del consumatore), cercano il modo di superare i vincoli storici divenuti ormai insopportabili. Così è la territorialità per la protezione dei dati², le soglie economiche e di fatturato per il diritto della concorrenza ("modernizzazione"), la definizione di consumatore quanto al beneficiario delle tutele.

Il terzo presupposto concerne la reazione regolatoria: la regolazione classica, per soggetti, si è trasformata rapidamente in regolazione per attività e ora per prodotti. Fino ad arrivare, in questi mesi, alla presa d'atto del fallimento di una regolazione che insegue l'evoluzione dei mercati, e inizia una nuova fase. Già prevista, dagli osservatori più attenti; gli eventi l'hanno accelerata. La nuova Commissione europea, insediatasi da diciotto mesi, ha adottato decisioni eccezionali per fronteggiare una crisi eccezionale, ma ha anche strutturato un intervento nel medio-lungo periodo per affrontare i mercati. Questa strategia è facilitata ora dal recesso della Gran Bretagna, che porta via con sé (anche) un'avversione alla codificazione dell'Europa continentale. Le tradizioni giuridiche tornano così alle origini, ciascuna per proprio conto. La Commissione UE può quindi ora proporre un nuovo paradigma regolatorio, non più spurio, fondato su una codificazione generale (applicabile a tutti i settori) e dunque per principi, con applicazioni

¹ [Direttiva 2000/31/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»).

² Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2015, [causa C-362/14](#), *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner* (c.d. *Schrems I*) e 16 luglio 2020, [causa C-311/18](#), *Data Protection Commissioner c. Facebook Ireland Limited e Maximillian Schrems* (c.d. *Schrems II*).

specifiche (non settoriali, ma in ragione dei singoli prodotti o servizi) che nascono dal mercato, secondo quel “circolo regolatorio” che ho illustrato di recente³. In sintesi: le *best practices* sul mercato vengono assunte dalle Autorità nazionali di regolazione e vigilanza come *benchmark* portati nel consesso delle autorità europee, che elaborano standard tecnici o, quando necessario, proposte alla Commissione UE la quale, se sufficiente, adotta atti esecutivi, altrimenti propone atti legislativi che poi Consiglio UE e Parlamento UE approvano, rendendoli vincolanti. Il vantaggio del “circolo regolatorio” è che le pratiche migliori sono vincolanti (auto-vincolanti le imprese che le adottano) da subito, o da quando le autorità nazionali e/o europee le propongono, come standard o linee-guida. Questo rileva anche su un fronte peculiare dell’innovazione tecnologica, non ignorato dalla dottrina ma tuttora senza soluzione: il rapporto tra norme etiche e regole giuridiche, separate dal velo creato in due secoli di teoria generale del diritto e ora strappato dall’intelligenza artificiale. Il circolo regolatorio fa parte delle soluzioni, non del problema: consente all’uomo di intervenire (così, l’algoritmo non fa da sé) per selezionare le pratiche che si trasformano in norme e, in questa prospettiva, diventano tali anche le regole di Asimov (3+1).

Il quarto presupposto: regolazione pubblica e privata sono due vasi comunicanti. Il pubblico interviene quando il privato non riesce o fallisce: sussidiarietà, applicata. È più di un’ipotesi ricostruttiva perché funziona sempre e assurge quindi a regola generale. Se inserita in questa prospettiva, si comprende la strategia della nuova Commissione europea, che affida l’applicazione concreta delle norme e dei principi al mercato e al circolo regolatorio. E si capisce anche la Corte di giustizia UE⁴, che non si limita ad annullare la regolazione pubblica viziata ma suggerisce di sviluppare intanto quella privata (le clausole contrattuali-tipo), cui l’altra farà da cornice. E qui, il compito di regolatori, garanti e vigilanti diventa decisivo, nel ruolo che devono esercitare nel “circolo” e così le associazioni dei consumatori, che questo ruolo forse devono ancora prenderselo. Ma diventa nuovamente decisiva anche l’attività di soggetti ingiustamente ignorati nell’ultima fase storica, che la codificazione di diritto uniforme l’hanno prodotta e in modo efficace: UNIDROIT, UNCITRAL, sono le sedi in cui i contratti internazionali hanno trovato standard oggi comunemente applicati e tornano ad essere (le più) indicate nella fase attuale in cui le regole europee stanno strette, che hanno il vincolo territoriale. Analogamente, l’OCSE, sede idonea e adeguata per l’elaborazione di GAPPs (*General Accepted Practices and Principles*).

E veniamo così al quinto presupposto: le piattaforme digitali sono i nuovi soggetti nel mercato (ma non solo) e non possono essere destinatarie della regolazione classica, che è inefficace: è un radar rispetto al quale volano troppo alte, o troppo basse (a seconda dei casi e delle interpretazioni). Algoritmi e intelligenza artificiale, ecosistemi a-

³ F. BASSAN, *Potere dell’algoritmo e resistenza dei mercati in Italia*, Catanzaro, 2019.

⁴ Da ultimo, sentenza *Schrems II*, cit.

normativi, si sviluppano con una disciplina autonoma, in deroga. È legittimo qui l'intervento regolatorio, per garantire e tutelare i diritti sul piano contrattuale, e per individuare e ripartire le responsabilità su quello extracontrattuale (quando il danno è prodotto da un atto illecito). Regolazione pubblica, sussidiaria, via circolo regolatorio. La prima mossa spetta al mercato. Vecchi diritti non sono più azionabili, nuovi vanno garantiti.

Presupposto numero sei: questa impostazione regolatoria è avversata dalle “imprese di mezzo” (niente a che vedere con le imprese medie). Sono quelle che non hanno potere contrattuale con le piattaforme transnazionali digitali, e non possono contare su un *floor* normativo che da un lato le tuteli, dall'altro garantisca correttezza dell'operato, se conforme. Le soluzioni legislative, regolatorie, giudiziali – norme per principi, applicazioni “mercatorie” – le lasciano esposte ai rischi, sia negoziali (non hanno potere) sia di *compliance* (non hanno certezze). La soluzione qui esiste ed è indicata e praticata dalle istituzioni europee negli ultimi anni come prioritaria, se non ideale: si chiama co-regolazione e prevede la partecipazione alla formazione della *lex mercatoria* da parte delle autorità di regolazione per compensare le asimmetrie di mercato. Consente di garantire certezza, quanto alla *compliance* e forza, nella negoziazione.

Se questi sono i presupposti condivisi qual è l'impatto della pandemia? In altre parole, il *lockUp* permanente – i picchi ci sono e rilevano per noi umani, ci mancherebbe, ma anche la quiete è latente, per cui le abitudini cambiano in modo definitivo – come modifica il quadro? Da un lato, il potere delle piattaforme digitali è cresciuto in modo evidente, sino a superare la soglia psicologica dell'abuso (che anche la FTC statunitense abbia mosso contro Google è un evento storico e produrrà conseguenze, comunque). Non ha avuto l'eco che meritava il fatto che il governo tedesco abbia dovuto modificare in corsa una legge adottata pochi giorni prima (sulla notifica di esposizione al Covid-19) perché prevedeva un *database* centralizzato, incompatibile con il sistema decentrato imposto pochi giorni dopo da Google (Android) e Apple (anche) per meglio tutelare i dati personali. Un accordo tra operatori, da questi auto-giustificato in base all'emergenza, non notificato a nessuna autorità, che ha la forza di imporsi ai governi.

Dall'altro lato, il processo di trasparenza dell'operatività dell'intelligenza artificiale si è accelerato. Se questa sia o meno una buona notizia lo vedremo nei prossimi mesi: la trasparenza dei processi era ciò che mancava per consentire alle piattaforme transnazionali digitali di presentare prodotti e servizi alle autorità di regolazione e vigilanza ed entrare, finalmente, nei mercati. La battaglia sta per iniziare, la regolazione deve essere già pronta e la modernizzazione non basta.

E dunque: la Commissione europea accelera sul *Digital Services Act* (DSA)⁵, il *Digital Markets Act* (DMA)⁶, il *Data Governance Act* (DGA)⁷, indirizzati anche alle piattaforme, alle quali si applica già il regolamento *Platform-to-Business*⁸ che appunto, prevede regole generali e un'applicazione in via contrattuale. Il DSA si pone come nucleo di norme fondamentali per l'economia digitale, *pendant* del GDPR⁹ e con lo stesso obiettivo di “globalizzazione” dei diritti. Regolazione specifica è dedicata all'intelligenza Artificiale, in base ai modelli *risk based*¹⁰.

Contestualmente, la Commissione propone la modernizzazione delle regole sulla concorrenza, per renderle efficaci nel nuovo quadro e con i nuovi assetti dei mercati digitali.

Il Consiglio UE libera l'iniziativa per un *cloud* europeo (GaiaX), che tra i vari obiettivi si propone anche quello di garantire territorialità dei dati e quindi applicazione del *welfare* unionale, poiché il “*Brussels effect*” da solo non riesce ormai più a garantire l'extraterritorialità e a impedire le deroghe alla giurisdizione (e la Corte di Giustizia l'ha chiarito ormai a più riprese).

BCE elabora regole e standard per l'EURO digitale e si vedrà poi per le cripto-valute private.

Iniziative legislative stanno per essere lanciate dalla Commissione per definire – applicando i principi di sussidiarietà e proporzionalità certo, ma anche di precauzione – le responsabilità nell'ecosistema dell'intelligenza artificiale.

Parlamento e Consiglio si accingono a varare le regole per l'azione collettiva europea, legittimando così i rappresentanti dei consumatori come soggetti attivi del circolo regolatorio.

Il processo evolutivo – così è, tradizionalmente, il cammino legislativo – che prevede l'applicazione delle norme esistenti ai fenomeni nuovi, diventa rivoluzionario quando inserito nel percorso avviato dalla nuova Commissione europea: regole per principi e norme generali, applicazioni per “codificazione mercatoria”. Come già per la

⁵ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE, [COM\(2020\) 825 final](#) del 15 dicembre 2020.

⁶ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), [COM\(2020\) 842 final](#) del 15 dicembre 2020.

⁷ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla governance europea dei dati (Atto sulla governance dei dati), [COM\(2020\) 767 final](#) del 25 novembre 2020.

⁸ [Regolamento \(UE\) 2019/1150](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online.

⁹ [Regolamento \(UE\) 2016/679](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

¹⁰ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, [COM\(2021\) 206 final](#) del 21 aprile 2021.

Psd2¹¹, recentemente, e seguendo lo standard delle liberalizzazioni degli anni '90 del secolo scorso, nelle fasi di crisi del sistema o di discontinuità tecnologica la regolazione smette di inseguire l'innovazione e si lancia avanti, dettando il nuovo perimetro di gioco su cui i mercati si potranno esercitare. Se è la tartaruga a inseguire Achille, il paradosso non è più utile. È un atto di coraggio, per quanto necessitato ormai dal ritardo, che definisce la politica industriale (oggi: politica di crescita solidale necessaria) e merita di essere sostenuto.

¹¹ [Direttiva \(UE\) 2015/2366](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010, e abroga la direttiva 2007/64/CE.