

Policy

LE SFIDE DELLE POLITICHE DIGITALI IN EUROPA

Tra iper-regolamentazione
e innovazione

a cura di Serena Sileoni e Carlo Stagnaro

IBLLibri

Si ringrazia Meta per il sostegno dato alla realizzazione del libro.

© IBL Libri, 2024

AD

David Perazzoni

Copertina

Uliva Foà

IBL Libri

Piazza Cavour, 3

10123 Torino

info@ibl-libri.it

www.ibl-libri.it

Prima edizione: novembre 2024

ISBN: 978-88-6440-537-7

Indice

Prefazione	7
Serena Sileoni e Carlo Stagnaro	
Introduzione	27
Flavio Arzarello	
Parte I: Le idee	
La libertà <i>in</i> Internet e <i>di</i> Internet	45
Tommaso Edoardo Frosini	
Protezion[ismo] dei dati	59
Vincenzo Zeno-Zencovich	
L'abuso di dipendenza economica nel mondo digitale	75
Mariateresa Maggolino	
Mercati digitali, concorrenza e <i>Brussels (side) effect</i> : contro- storia del DMA	105
Giuseppe Colangelo	
Il tortuoso percorso della fiscalità internazionale: regole e proposte di tassazione dei profitti "digitali"	119
Alessia Sbroiavacca	
Parte II: Il dibattito	
Laura Aria	163
Anna Ascani e Marco Bani	171
Deborah Bergamini	177
Stefano Candiani	183
Salvatore Deidda	189
Eleonora Faina	195
Innocenzo Genna	201
Renato Loiero	215
Giulia Pastorella	223
Guido Scorza	229
Valentino Valentini	239

Prefazione

Serena Sileoni

Professoressa di diritto costituzionale presso l'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli e fellow onorario dell'Istituto Bruno Leoni

Carlo Stagnaro

Direttore ricerche e studi dell'Istituto Bruno Leoni

1. Perché questo libro

Sul profilo X dell'ex commissario europeo al Mercato interno, Thierry Breton, è rimasto per molti mesi fissato un grafico a torta.¹ L'intestazione recita: "Continenti che hanno una regolamentazione dell'intelligenza artificiale", e la legenda propone due categorie: blu (l'Europa) e arancione (tutti gli altri). Soltanto l'Unione europea si è data una disciplina per l'intelligenza artificiale, con un regolamento approvato, in sede parlamentare, da una schiacciante maggioranza di 523 voti favorevoli (46 contrari, 49 astensioni).²

Una delle prime risposte, postata dal ricercatore e youtuber Matteo Zullo, rovescia il grafico, mostrando le regioni in cui l'intelligenza artificiale è maggiormente sviluppata. In questo caso, i colori sono completamente invertiti: i due insiemi non si sovrappongono. Come dire: l'Europa sarà pure l'unico continente a regolamentare l'IA, ma è anche del tutto assente dalla frontiera della ricerca e dell'innovazione in tale settore, che è considerato uno dei terreni su cui si giocheranno i progressi futuri.

C'è una relazione tra questi due dati? È possibile che la spinta a regolamentare sia proprio una delle cause

1. <https://twitter.com/ThierryBreton/status/1733254586561888306>.

2. Regolamento UE 2024/1689 del 13 marzo 2024.

per cui l'UE produce poca innovazione sull'intelligenza artificiale e, in generale, nel digitale? Rispondere a queste domande è l'obiettivo principale di questo libro, che raccoglie le prospettive di studiosi (nella prima parte) e decisori politici (nella seconda) a proposito dell'ondata di regolamentazione che ha investito i mercati digitali nel corso della legislatura europea 2019-2024 e che rappresenta il punto di partenza della nuova legislatura. La conferma della presidenza della Commissione a Ursula von der Leyen per un secondo mandato e il sostanziale mantenimento di una maggioranza basata sull'asse tra Partito popolare europeo e Partito socialista europeo sono elementi di forte continuità. Al tempo stesso, le elezioni a livello nazionale o territoriale hanno dato un segnale di insoddisfazione degli elettori europei. La nuova legislatura, quindi, dovrà in qualche maniera trovare un sentiero innovativo tra la coerenza con il percorso seguito finora e la risposta alle preoccupazioni dei cittadini. Naturalmente al centro di questa tensione vi sono vari temi. Quello forse più discusso, anche perché più direttamente percepibile dagli individui, è la regolamentazione in campo ambientale, ma il digitale non è certo una questione di secondo piano. Anche perché la transizione digitale si è imposta come uno degli obiettivi strategici dell'Unione, anche (ma non solo) attraverso i Piani nazionali di ripresa e resilienza che danno attuazione al programma Next Generation Eu. La polemica uscita di scena del commissario Breton, che per primo si era intestato una linea di severa regolamentazione per i mercati digitali, conferma che anche la transizione di questo settore è un tema estremamente importante sia per la società europea che per il modo in cui le stesse istituzioni europee, appena rinnovate, vorranno presentarsi.

2. Regolamentazione o iper-regolamentazione?

Nel corso degli ultimi anni, sono stati adottati, a livello europeo, provvedimenti di grande impatto. Mentre in precedenza la regolamentazione dei mercati digi-

tali aveva seguito principalmente la logica di adeguare al nuovo contesto le regole già esistenti – per esempio in materia di concorrenza o di tutela del consumatore – da alcuni anni si è imboccata una strada più invasiva: il GDPR sulla gestione e protezione dati personali, il *Digital Markets Act* (DMA) sulla concorrenza nei mercati digitali e il *Digital Services Act* (DSA) sul controllo e la responsabilità delle attività online hanno dato vita a un corposo quadro normativo che non si limita a dare regole per la corretta condotta nei mercati digitali, ma disegna modelli di dettagliato comportamento a cui gli attori dell'economia digitale devono adeguarsi a priori, se vogliono operare nel mercato europeo. E questo anche e a prescindere dall'assenza di un (florido) mercato di riferimento. Tornando all'esempio che ha riempito di orgoglio l'ex commissario Breton, il regolamento sull'intelligenza artificiale interviene a regolare un settore, imponendo una serie di standard minimi a seconda del sistema di classificazione dei rischi, prima ancora che esso manifesti le sue potenzialità, facendo retrocedere il momento normativo a un momento persino precedente lo sviluppo di ciò che dovrebbe regolare.

Tutto ciò muove da un presupposto: l'ambiente digitale ha caratteristiche che lo rendono radicalmente diverso da ogni altro contesto. Quindi le vecchie regole (o regole calcate su di esse) non sono più sufficienti, né lo sono i generici schemi del diritto antitrust europeo. Servono nuove e più specifiche norme: il consumatore online è un soggetto diverso (ed esposto a nuovi e differenti rischi) rispetto al consumatore offline, e la concorrenza online è minacciata da condotte che offline non sono rilevanti. Questo è particolarmente vero nel rapporto con i soggetti di grandi dimensioni (i cosiddetti *gatekeepers*) che, con la loro stessa esistenza, perturbano il sereno svolgersi delle cose. Naturalmente non si tratta di una ingenua rivolta contro il Big Business: vi sono degli argomenti seri e fondati, che sono stati ampiamente esplorati dalla letteratura. Per esempio, online esistono forti economie di scala ed effetti di rete, che

rendono molto più complesso per un nuovo entrante sfidare i soggetti dominanti. Ma da queste constatazioni è stata fatta derivare una conseguenza tutt'altro che ovvia: l'unica risposta possibile stava nell'introduzione nell'ordinamento di un nuovo set di obblighi e divieti, da applicare o a specifici soggetti (i *gatekeepers*, appunto) oppure a intere applicazioni tecnologiche (per esempio le varie tipologie di intelligenza artificiale), e persino da prevedere prima ancora che i mercati sottostanti si sviluppasse. Non ci si è interrogati a sufficienza sugli effetti dinamici che ciò avrebbe potuto determinare, in particolare, sulla concorrenza e sull'innovazione, specie se confrontate con quanto accade nelle altre regioni del mondo.

3. Regolamentazione e concorrenza

La concorrenza può essere definita come quel contesto in cui diversi soggetti (i venditori) competono tra di loro per vendere i loro prodotti e altri soggetti (i compratori) competono tra di loro per acquistarli. L'allocatione dei prodotti viene determinata dal sistema dei prezzi: è l'incontro tra le curve della domanda e dell'offerta a stabilire quale sia la quantità ottimale di un bene immesso sul mercato e quale sia il prezzo al quale esso viene ceduto. In un regime perfettamente competitivo il prezzo di equilibrio equivale al costo marginale di produzione: ciò significa che il bene viene prodotto fino al punto in cui l'immissione sul mercato di una unità aggiuntiva costringerebbe i venditori a operare in perdita, e viene acquistato fino al punto in cui l'utilità marginale dal consumo è inferiore al prezzo di mercato.

Naturalmente, questa è una situazione ideale: nel mondo reale esistono molti ostacoli al realizzarsi di tale scenario. Questi ostacoli, che spesso hanno a che fare con la difficoltà o addirittura l'impossibilità di definire i diritti di proprietà sui beni, sono detti costi di transazione:³ quanto più i costi di transazione sono ele-

3. Per una trattazione più ampia, si veda Carlo Stagnaro, *Ronald Coase*, Torino, IBL Libri, 2024.

vati, tanto meno il processo competitivo sarà efficiente, e tanto più potranno verificarsi delle distorsioni nell'allocazione finali dei fattori (i cosiddetti fallimenti del mercato). Inoltre, la concorrenza può essere limitata o distorta anche per effetto di condotte opportunistiche da parte degli operatori del mercato: per esempio, se questi possono impedire l'ingresso dei concorrenti sul mercato o se possono mettersi d'accordo per restringere le quantità offerte alzando i prezzi al di sopra dei costi marginali, il bene in questione verrà prodotto in quantità inferiore a quella ottimale. In un contesto competitivo, i produttori sono incentivati a migliorare l'efficienza del processo produttivo (per ridurre i propri costi e guadagnare quote di mercato) o a innovare per differenziare i prodotti venduti.

Ci scusiamo per una descrizione così sommaria e imprecisa, ma essa serve per sottolineare due elementi che sono il punto di partenza della riflessione che viene affrontata in questo libro. In primo luogo, in generale la concorrenza non richiede interventi attivi da parte dello Stato: anzi, l'interventismo pubblico (per esempio attraverso la regolamentazione del mercato o l'applicazione di una politica fiscale non neutrale) è tipicamente considerato una minaccia per la concorrenza, perché può alzare il costo di ingresso sul mercato o addirittura creare delle situazioni di monopolio legale. Può, cioè, aumentare i costi di transazione. Un esempio della prima fattispecie è la richiesta di adempiere a particolari obblighi o richiedere particolari standard per operare in un settore; un esempio della seconda è la limitazione nel numero di operatori in un certo mercato o la concessione a ciascuno di essi di un'esclusiva territoriale (come nel caso dei notai o dei farmacisti). Naturalmente, queste scelte non sono necessariamente arbitrarie: possono essere delle ragioni fondate per introdurre questi vincoli nell'ordinamento (come le asimmetrie informative o la tutela dei consumatori). Tuttavia, è essenziale comprendere che esse hanno un costo inevitabile in termini di minore concorrenza: quindi i loro benefici dovrebbero

essere attentamente valutati e pesati in relazione ai costi.

Secondariamente, possono esservi delle distorsioni nel funzionamento della concorrenza, legate a caratteristiche strutturali di un mercato o al comportamento degli attori. Per esempio, nei mercati caratterizzati dalla presenza di infrastrutture a rete non replicabili (come, almeno fino a qualche decennio fa, i mercati delle telecomunicazioni, nei quali è invece oggi possibile avere concorrenza anche tra le infrastrutture). Queste ultime potrebbero essere gestite o sviluppate con l'obiettivo di escludere i concorrenti, sfruttando il monopolio in uno stadio della filiera per imporre un analogo monopolio a monte o a valle. Oppure, come abbiamo detto, i partecipanti al mercato potrebbero colludere ai danni del consumatore. Nel primo caso, è comunemente accettato che possa essere necessaria qualche forma di regolazione *ex ante* del mercato (per esempio imponendo principi di terzietà e non discriminazione nella gestione delle infrastrutture essenziali); questa funzione viene spesso affidata ad Autorità amministrative indipendenti. Nel secondo caso, spetta invece alle Autorità garanti della concorrenza intervenire *ex post*, con sanzioni o obblighi comportamentali, per ripristinare una corretta concorrenza. Anche in questi casi, il presupposto dell'intervento pubblico è l'esistenza di una distorsione concorrenziale: tale distorsione va anzitutto dimostrata, così come occorre provare che l'intervento è proporzionale e adeguato a risolverla.

In generale, quindi, la concorrenza non ha bisogno dell'intervento pubblico: anzi, ne è danneggiata, se non in specifiche circostanze nelle quali è necessario provare l'adeguatezza degli interventi proposti. In questo senso, la tutela della concorrenza dovrebbe essere soprattutto una funzione successiva di controllo della correttezza del comportamento dei mercati, valutata caso per caso, non una regolazione a monte per definire le caratteristiche e gli adempimenti necessari per poter operare in un mercato.

4. Regolamentazione e innovazione

La promozione della concorrenza – che nell’ordinamento europeo è sancita al massimo livello dagli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell’UE – serve numerosi obiettivi: tra di essi, la riduzione dei prezzi a vantaggio dei consumatori, l’efficienza del sistema economico nel suo complesso e, all’interno dell’Unione europea, l’integrazione dei mercati nazionali e la costruzione di un autentico mercato interno per i vari prodotti e servizi. Essa è anche necessaria per un ulteriore obiettivo, che abbiamo solo rapidamente accennato in precedenza: la promozione dell’innovazione.

L’innovazione nasce proprio da (e in) un contesto concorrenziale come strumento per differenziare i prodotti dei venditori, al fine di conquistare nuove fette di mercato e attirare i consumatori per la migliore qualità, il minor prezzo o le caratteristiche specifiche dei propri prodotti.⁴ L’innovazione è resa possibile da alcune condizioni, senza le quali essa è materialmente assai più complicata da mettere in pratica. In primo luogo, l’ordinamento deve essere tale da consentire lo sviluppo, la sperimentazione e l’immissione in commercio di nuovi prodotti. Secondariamente, essa presuppone la possibilità di sviluppare non solo nuovi prodotti, ma nuovi modelli di business. Infine, essa richiede che non solo il mercato dei prodotti sia contendibile, ma che lo sia anche quello dei fattori: detto in altri termini, le imprese devono poter entrare nel mercato, sperimentare nuove soluzioni organizzative o nuovi prodotti, e devono poter essere “scalate” dai concorrenti più efficienti (o uscire dal mercato se non fanno un utilizzo produttivo dei fattori, cioè del capitale e del lavoro che controllano).

Anche in questo frangente, come in quello illustrato precedentemente, la regolamentazione può svolgere un ruolo critico. Se in alcune molto specifiche circostanze essa può promuovere l’innovazione – è il caso delle forme di detassazione degli investimenti in R&D&I – spes-

4. Per una discussione articolata sul rapporto tra concorrenza e innovazione si veda, per esempio: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2023\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2023)2/en/pdf).

so invece essa finisce per ingessare i mercati e limitare le capacità innovative delle imprese. Questo accade, in particolare, quando la regolamentazione prescrive specifiche condotte o comunque obbliga gli operatori del mercato a seguire passi o comportamenti stabiliti *ex ante*, che inevitabilmente riflettono lo stato delle conoscenze tecnologiche al momento in cui la regolamentazione è stata definita. Ciò si verifica anche quando il legislatore intende attribuire un peso sproporzionato alla tutela di specifici interessi, quali la difesa del consumatore e il mantenimento di un certo numero di imprese attive all'interno di un mercato (il che, ovviamente, suscita immediatamente la domanda su quale sia e come venga definito il mercato).

C'è anche un'altra condizione che può rendere la regolamentazione potenzialmente una minaccia per l'innovazione, ossia quando essa cambia continuamente e impedisce alle imprese di avere un orizzonte di certezza. L'innovazione è tipicamente un'attività che richiede grandi investimenti – e quindi l'assunzione di grandi rischi – e dunque è possibile solo se gli innovatori possono contare su un certo livello di stabilità delle regole. Se il quadro normativo è incerto, ai rischi fisiologici a cui si espone qualunque innovatore si aggiungono i rischi di natura politica o regolatoria, i quali possono divenire insopportabili e indurre le imprese a trasferire in giurisdizioni più affidabili i loro sforzi innovativi.

L'Europa, sotto questo profilo, pur essendo un caso di relativo successo nell'innovazione incrementale – specie nei settori manifatturieri – appare arretrata nell'innovazione *disruptive*. Questo problema è generale e non riguarda soltanto i mercati digitali.⁵ Ma, nel caso dei mercati digitali, l'arretratezza europea è un dato clamoroso, che merita quindi un'attenzione particolare. Ed è qui che si innesta la riflessione che intendiamo proporre in questo libro, scusandoci per la lunga premessa generale.

5. Per esempio, si veda Sergey V. Buldyrev, Fabio Pammolli, Massimo Riccaboni e H. Eugene Stanley, *The Rise and Fall of Business Firms*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.

5. La regolamentazione dei mercati digitali in Europa

A livello europeo, è maturata la convinzione che siano le stesse caratteristiche dei mercati digitali a rendere necessarie forme di regolamentazione piuttosto aggressive, che vanno ben al di là della tutela della concorrenza. L'idea di fondo può essere così riassunta: le norme ordinarie non sono sufficienti a impedire abusi o altre forme di esercizio di potere di mercato, quando dall'altro lato ci sono grandi piattaforme online. Né è sufficiente un adeguamento delle fattispecie offline al mondo online, perché la situazione è completamente diversa.

Infatti, su internet diventano enormemente più rilevanti gli effetti di rete, cioè quegli effetti legati al fatto che l'attrattività di un prodotto cresce al crescere del numero di utenti. Se un social network ha pochi utenti, questi verosimilmente si stuferanno e smetteranno di usarlo. Se, viceversa, la maggioranza dei membri di una specifica comunità utilizzano quella piattaforma, allora è probabile che anche la minoranza prima o poi comincerà a utilizzarla. E se tutti sono su quella piattaforma, una piattaforma alternativa troverà molto più difficile farsi notare e sottrarre quote di mercato.

Una seconda peculiarità dei mercati digitali sta nella enorme quantità di dati che gli utenti, consapevolmente o no, producono, e che sono immediatamente osservabili dai gestori delle piattaforme.⁶ Più un utente si rende "trasparente" a una certa piattaforma, più questa può osservare i comportamenti e le preferenze di utenti con caratteristiche analoghe, più questa sarà in grado di offrire un servizio cucito su misura. Ciò ha due importanti conseguenze: da un lato, la piattaforma potrà offrire ai suoi inserzionisti (se questo prevede il suo modello di business) una profilazione precisa degli utenti, aumentando il valore delle inserzioni pubblici-

6. Si veda, per esempio, Tommaso Valletti, "How We Gave Away Our Data and Made Big Tech What It Is Today", *ProMarket.org*, 18 gennaio 2021, <https://www.promarket.org/2021/01/18/facebook-whatsapp-terms-of-service-ads-data-privacy/>. Sullo stesso tema si vedano, tra le altre, le analisi contenute in Thomas Pilipton, *The Great Reveal*, Cambridge, MA, Belknap, 2017.

tarie (incluse quelle a sfondo politico); dall'altro lato, per le piattaforme alternative sarà ancora più difficile diventare attrattive.

Una terza specificità sta nella apparente gratuità di gran parte dei servizi offerti online. Un antico adagio recita che “se il prodotto è gratis, allora il prodotto sei tu”, e in un certo senso è vero. Tuttavia si tratta di una descrizione assai limitativa dell'attività delle piattaforme: ciò che queste vendono (per esempio, agli inserzionisti) non è l'utente ma l'intermediazione. Dal punto di vista economico, le piattaforme si configurano come mercati a due (o più) versanti: su un versante ci sono i consumatori che, per esempio, postano le proprie fotografie e sono interessati a vedere le foto altrui e a mostrare le proprie; sull'altro versante ci sono gli inserzionisti che intendono reclamizzare i loro prodotti (per esempio, un telefonino in grado di scattare foto di migliore qualità). La piattaforma svolge un cruciale ruolo di intermediazione: per esempio, se statisticamente si scoprisse che gli utenti che postano più frequentemente foto di paesaggi danno maggiore importanza alla qualità fotografica rispetto a quelli che inseriscono soltanto dei *selfie*, la piattaforma potrebbe creare valore indirizzando le pubblicità degli smartphone più sofisticati agli uni, e dei *device* più economici agli altri.

L'intero corpus della regolamentazione europea dei mercati digitali si fonda sul presupposto che queste caratteristiche (e altre) determinano una sorta di fallimento del mercato: esse consentono ai grandi operatori di diventare sempre più grandi, di predare gli utenti e i concorrenti fino a monopolizzare di fatto i mercati, rendendo impossibile, o comunque molto costoso, rinunciare alle stesse.⁷ Sempre nell'ottica del regolatore europeo, questo non è solo un fallimento del mercato, ma anche un rischio per l'esercizio dei diritti delle persone. Le grandi piattaforme, proprio in virtù delle loro

7. Carlo Stagnaro e Aina Turillazzi, “Nothing Lasts Forever (Even the Gatekeeper's Market Share)”, *IBL Special Report*, 2022, https://www.brunoleoni.it/wp-content/uploads/2023/12/IBL-SR-Digital_Markets.pdf.

dimensioni e delle caratteristiche del mercato, possono decidere cosa veicolare e cosa o chi bloccare, commettendo abusi non solo in termini concorrenziali ma anche in termini di tutela degli utenti. Una ulteriore evidenza di ciò verrebbe dalla forte concentrazione del mercato e dalla prassi delle piattaforme di compiere le cosiddette *killer acquisitions*, cioè di acquisire potenziali concorrenti finché essi hanno piccole dimensioni e “soffocarli” prima che possano creare problemi. Da questo deriverebbe l’esigenza di impedire la crescita dimensionale delle Big Tech, se non addirittura di imporle lo smembramento come avvenne in altri casi storici quali la frammentazione, per ordine delle autorità antitrust americane, della Standard Oil nel 1911 e di AT&T nel 1982.⁸

Tuttavia, non sempre questi presunti fallimenti del mercato sono dimostrati. La storia, per quanto recente, degli operatori dell’economia digitale mostra anzi il contrario. Mentre la Commissione europea si accaniva contro Microsoft, non si rendeva conto dello sviluppo dei concorrenti Apple e Google/Android. Mentre guardava al dito delle quattro Big Tech, non vedeva la luna dell’intelligenza artificiale, che sarebbe entrata nelle case delle persone da una società estranea alle quattro.

Tanto meno sono argomentate le ragioni per cui le condotte sotto accusa sarebbero dannose per i consumatori. La posizione di fondo, anzi, è quella di garantire una pluralità di operatori nel mercato e una serie di adempimenti per gli operatori che non necessariamente equivalgono alla tutela del consumatore e che, in ogni caso, non hanno pari in altri settori. Si pensi ad esempio agli oneri di moderazione dei contenuti. Ne seguono una sfilza di norme che percorrono due binari paralleli: da un lato un continuo e sempre crescente paternalismo, dall’altro provvedimenti che spesso appaiono mirati a soggetti (più che a condotte) specifici. Il paternalismo si manifesta nell’idea che i consumatori e i concorrenti debbano essere costantemente protetti e che ciò

8. Si veda per esempio Franco Debenedetti e Carlo Stagnaro, “Sicuri di spezzare Big Tech?”, *Il Foglio*, 3 novembre 2020.

possa essere perseguito solo impedendo agli operatori di grandi dimensioni di sperimentare e costringendoli a seguire condotte strettamente definite (che sono due modi per dire la stessa cosa). La tendenza ad attaccare soggetti anziché condotte è evidente, tra l'altro, nel modo in cui gli esponenti della Commissione europea si rivolgono alle imprese a cui contestano comportamenti potenzialmente illeciti: su tutti, il commissario uscente al mercato interno, Thierry Breton, ha commentato un procedimento contro Apple ai sensi del DMA dicendo che «il nuovo slogan di Apple dovrebbe essere *act different*. Oggi abbiamo intrapreso ulteriori passi per obbligare l'azienda a rispettare le norme»;⁹ analogamente, ha attaccato frontalmente Elon Musk, in relazione ad alcune contestazioni a X (ex Twitter) in relazione al DSA, dando per scontata la colpevolezza della piattaforma e accusando il suo azionista direttamente sul social network.¹⁰

Non solo: queste norme tendono a sovrapporsi e stratificarsi, per effetto di una produzione normativa che travolge i tempi per la loro concreta applicazione e che, volendo spesso giocare d'anticipo, è costretta a cambiare per inseguire le novità in un mercato così innovativo come quello digitale. Le imprese stesse non hanno neppure il tempo di superare il fisiologico periodo di apprendimento e di confronto con le autorità responsabili, europee e nazionali, che nuovi obblighi o divieti vengono emanati. Il risultato è quello che si è ben visto nelle cronache degli scorsi mesi: alcune piattaforme finiscono per rendere a pagamento in Europa servizi che altrove sono gratuiti; altre semplicemente rinunciano a introdurre in Europa servizi che vengono sviluppati altrove. E, peggio ancora, nel momento in cui la disciplina europea spinge verso un modello di business uniforme per tutti – per esempio in relazione alla possibilità di sviluppare ambienti più o meno aperti o all'utilizzo fatto dei dati degli utenti – inevitabilmente finisce per entrare in conflitto con la possibilità di sper-

9. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_24_3433.

10. <https://x.com/ThierryBreton/status/1811699711591489637>.

mentare. Ciò è ancora più evidente nel caso dell'intelligenza artificiale, un calderone ribollente che è stato imbrigliato e che verosimilmente vedrà l'Europa diventare sempre più un mercato "di rimessa", nel quale arrivano (e neppure tutte) le novità sviluppate altrove.

Proprio il caso dell'intelligenza artificiale merita di essere richiamato, perché costituisce uno dei tanti esempi in cui l'Europa potrebbe finire per escludere se stessa dalle dinamiche innovative. C'è, da un lato, una forte spinta regolatoria, che si sostanzia in numerosi provvedimenti europei (dal GDPR all'*AI Act*) e nazionali. Ma c'è, e per certi versi è ancora più rilevante, un generale orientamento sia della regolazione sia dei regolatori a guardare ai singoli obiettivi più o meno meritevoli di essere perseguiti senza tenere conto delle conseguenze più generali. La riservatezza nel trattamento dei dati, per dirne una, spesso è trattata alla stregua di un diritto assoluto: il mix tra lettera delle norme, modalità di *enforcement* e frammentazione del quadro giuridico finisce per risolversi in un sistematico ostacolo a quelle attività che invece, altrove, sono pacificamente accettate. Molti modelli di IA, per esempio, vengono addestrati sulla base di dati pubblici, condivisi sulle piattaforme online e sui social network da utenti adulti. Spesso in Europa queste attività vengono impedito: ciò equivale a sbarrare la strada non solo alla sperimentazione, ma potenzialmente anche al *deployment* di nuovi servizi o nuove tecnologie in Europa. In parte lo stiamo già osservando: e se ciascuno di noi può ritenere più o meno utili o più o meno interessanti quelle tecnologie se prese singolarmente, il quadro d'insieme dovrebbe quanto meno suscitare una certa preoccupazione. Alcuni Paesi stanno cercando di offrire una risposta a questo problema: tra di essi la Gran Bretagna (che ovviamente è ormai fuori dall'UE) e la Francia (la cui Autorità per la privacy sta iniziando a tenere conto anche degli impatti delle proprie delibere sugli incentivi a innovare).

Il mix tra un corpus regolatorio di dimensioni enormi e sempre crescenti, la rapidità con cui nuove norme

modificano o si aggiungono alle vecchie e un atteggiamento sempre paternalistico e ostile alle piattaforme rischia insomma di privare il Vecchio Continente di quel poco di innovazione che riesce (o che potrebbe riuscire) a esprimere e a intercettare. Per questo, abbiamo ritenuto importante proporre ai lettori sia un approfondimento su alcuni aspetti – che ci sembrano i più rilevanti in questo momento – sia un dibattito tra *policymakers* o esperti che, in vario modo, contribuiscono al formarsi di una prospettiva tra i regolatori, ora che si apre una nuova, probabilmente intensa legislatura europea.

6. Il libro

Questo libro, pubblicato nei giorni dell'insediamento della nuova Commissione, guidata dalla già presidente Ursula von der Leyen, intende fare il punto su questo dibattito e proporre alcuni elementi di discussione. La nuova legislatura, infatti, proprio per le caratteristiche politiche con cui è nata sarà inevitabilmente caratterizzata dall'attuazione delle norme approvate nella precedente, dall'osservazione dei loro effetti e, potenzialmente, dalla loro revisione. Non vogliamo prendere un atteggiamento fintamente "terzista": noi siamo convinti che l'eccesso di regolamentazione rischierà di acuire la marginalità europea nell'innovazione e, cosa di cui stiamo già registrando alcune avvisaglie, anche nell'adozione delle nuove tecnologie. Tuttavia, proprio perché ci troviamo su un territorio in gran parte inesplorato e proprio per le incognite della nuova legislatura, nonostante gli elementi di continuità con la precedente, è essenziale mantenere un atteggiamento laico e dare spazio al confronto tra tesi diverse, più che alla nostra.

Lo facciamo dividendo il libro in due sezioni, che abbiamo chiamato "le idee" e "il dibattito". Nella prima parte, ospitiamo analisi approfondite che rispecchiano, perlopiù, una visione analoga a quella che anima i curatori del volume. Senza, ovviamente, voler negare che la novità dello scenario solleva sfide precedentemente ignote, e che non necessariamente possono essere af-

frontare utilizzando strumenti sviluppati nel “vecchio mondo”, riteniamo in ogni caso importante evidenziare la distanza (anche solo potenziale) tra la diagnosi dei problemi e la terapia emergente dalle scelte concretamente compiute a livello europeo. Su questo tema interviene anche Flavio Arzarello nell’Introduzione.

Tommaso Edoardo Frosini affronta il complesso tema della libertà informativa (in particolare, la libertà di parola) tra i diritti individuali, gli effetti (intensi e inintenzionali) della regolamentazione e gli ecosistemi digitali, per il modo in cui essi stessi si stanno sviluppando. Frosini argomenta che i rischi di monopolizzazione degli spazi di discussione online costituiscono una minaccia alla libertà di espressione: tuttavia, regolamentazioni finalizzate a prevenire tali rischi imponendo contromisure altrettanto invasive non sono necessariamente una soluzione desiderabile. La libertà di espressione va garantita attraverso il pluralismo, che richiede maggiore attuazione nell’*enforcement* delle norme vigenti, più che lo sviluppo di nuove forme di diritti e doveri.

Vincenzo Zeno-Zencovich si concentra sulla disciplina dei dati personali nell’Unione europea. Spesso, la politica dei dati, pur prendendo le mosse da una giusta esigenza di riservatezza, si è proiettata nell’arena internazionale arrivando a un vero e proprio “protezionismo”, in cui il trattamento dei dati è stato strumento di conflitto internazionale e oggetto di ritorsioni. Questo atteggiamento non solo tradisce gli obiettivi dichiarati dalla normativa, ma rischia anche di aprire (o allargare) pericolosi fronti di scontro, quando invece vi è tutta evidenza di un interesse collettivo a non perdere il valore che dai dati può essere estratto.

Mariateresa Maggiolino discute della sovrapposizione tra disciplina europea e nazionale. Una delle principali ragioni per l’adozione di normative settoriali a livello europeo, l’abbiamo visto, sta nel tentativo di arginare la frammentazione del mercato digitale UE per effetto di norme nazionali. Sebbene in astratto questa motivazione sia assai forte, in concreto sembra che, per

ora, i successi siano limitati: Maggiolino si concentra sul caso dell'abuso di dipendenza economica per il quale, in Italia, è stata addirittura prevista una norma presuntiva nel caso in cui siano coinvolte piattaforme digitali.

Giuseppe Colangelo propone quella che lui stesso chiama una "controstoria" del DMA, cioè il più radicale tra gli interventi europei sui mercati digitali. L'idea di fondo del DMA è che l'esistenza stessa di grandi piattaforme online sia causa, e conseguenza, di un diffuso fallimento del mercato: per questo esse vanno strettamente regolamentate e gravate di obblighi asimmetrici, che non si applicano ad altri soggetti diversi dai cosiddetti *gatekeepers*. Colangelo argomenta che, in verità, questi fallimenti del mercato sono più presunti che dimostrati e che, di conseguenza, l'applicazione del DMA solleva dubbi più numerosi e profondi dei problemi che – si presume o si spera – contribuirà a risolvere.

Infine, Alessia Sbroiavacca si interroga su un altro tema oggetto di feroci discussioni in Europa: la tassazione degli utili generati dalle imprese online. Rispetto ad altre imprese, in particolare manifatturiere, quelle che operano nell'universo digitale hanno legami molto meno forti col luogo in cui esse sono stabilite. Questo, indubbiamente, pone delle questioni alle autorità fiscali. Tuttavia, la risposta di molti Stati europei – tra cui l'Italia – rischia di essere una cura peggiore del male: il proliferare di regimi fiscali *ad hoc*, a cui senza troppo successo la stessa UE ha provato a porre un freno, potrebbe finire per danneggiare i consumatori dei servizi digitali, acuendo il divario di competitività tra l'Europa e il resto del mondo.

Quelle appena descritte sono alcune delle "idee", su questi temi, che, come Istituto, abbiamo voluto mettere a disposizione del dibattito pubblico. Ma cosa ne pensano i decisori politici e i decisori pubblici? Abbiamo rivolto questa domanda ad alcuni di loro, sollecitandoli a intervenire sul tema della regolamentazione o iperregolamentazione incombente a livello europeo. Le loro opinioni sono raccolte nella seconda sezione del libro,

dedicata – appunto – al dibattito. Hanno risposto alla nostra richiesta: Laura Aria, Anna Ascani e Marco Bani, Deborah Bergamini, Stefano Candiani, Salvatore Deidda, Eleonora Faina, Innocenzo Genna, Renato Loiero, Giulia Pastorella, Guido Scorza e Valentino Valentini. Ciascuno di loro ha fornito elementi utili a mettere a fuoco la natura del dibattito, chi esprimendo preoccupazione per i rischi dell'eccesso di regolamentazione, chi difendendo le ragioni e gli effetti delle norme in vigore, chi proponendo una lettura con luci e ombre.

Riteniamo che questa pluralità di visioni consenta di cogliere al meglio la complessità del dibattito e le molte sfaccettature delle regole europee, che possono essere utili o persino necessarie a raggiungere un certo fine, e contemporaneamente rivelarsi dannose sotto un altro profilo. Di conseguenza, l'analisi delle diverse reazioni al nostro quesito fa anche emergere i tanti *trade-off* che sono inevitabilmente connaturati alle scelte di se, come e quanto regolamentare un certo settore: se, seguendo l'intuizione di Richard Posner,¹¹ interpretiamo la regolamentazione alla stregua di una tassa sui soggetti coinvolti (nel senso che ogni regola, ponendo vincoli o precludendo opportunità, equivale a un costo su qualcuno) allora sorgono spontaneamente delle domande: su chi ricade l'onere ultimo di questi costi? I corrispondenti benefici sono commisurati? Vi è consapevolezza delle dinamiche che, direttamente e indirettamente, vengono messe in atto?

7. Conclusione provvisoria

Se l'obiettivo della discussione pubblica è favorire la ricerca della verità attraverso il pluralismo, essa non può prescindere dall'onestà intellettuale e dalla volontà di rendere chiare le reciproche posizioni. Per questo, abbiamo voluto esporre la nostra prospettiva di riferimento nelle prime pagine di questa introduzione e nella prima parte del libro, dedicata alle idee. Nella

11. Richard A. Posner, "Taxation by Regulation", *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 2(1), 1971, pp. 22-50.

seconda parte, invece, le domande appena richiamate non trovano una giusta e univoca risposta, ma aprono un dibattito, col quale vogliamo quanto meno attirare l'attenzione sull'ineliminabile conflitto tra fini alternativi e mezzi scarsi.

Rimane, però, un aspetto importante della regolamentazione europea dei settori digitali, che non abbiamo ancora affrontato, per poterlo fare ora a mo' di (parziale) conclusione. Anu Bradford – una studiosa certamente favorevole alle iniziative europee e, anzi, convinta che attraverso l'“effetto Bruxelles” l'UE potrà condizionare le scelte altrui – in un *paper* dedicato a quella che lei chiama “falsa scelta” tra regolamentazione e innovazione,¹² solleva un punto interessante: sebbene vi siano delle ovvie interazioni tra regolamentazione digitale e innovazione (o propensione a innovare), questa dipende anche da molti altri fattori. Quindi, l'eccesso di attenzione per la regolamentazione settoriale come variabile determinante dell'innovazione rischia di distrarre dalle altre e più cogenti ragioni che stanno alla radice del gap di competitività e di sviluppo del mercato digitale tra l'Unione europea e gli Stati Uniti.

C'è sicuramente del vero in questa prospettiva. Bradford cita, per esempio, le dimensioni fisiche del mercato (che in Europa, nonostante tutto, risente della frammentazione determinata dai confini nazionali), le conseguenti economie di scala che non sono accessibili alle imprese europee, il più elevato grado di sviluppo dei mercati dei capitali americani e dunque la maggiore propensione dei loro investitori ad assumersi il rischio sottostante all'innovazione digitale, il minore disincentivo al rischio dato dall'impostazione meno punitiva delle norme americane sulla bancarotta, la conseguente accettazione del fallimento come “fatto della vita” anziché come “stigma”, la qualità del capitale umano e del sistema della formazione di alto livello negli USA. Insomma: ci sarebbero fattori politici e culturali che van-

12. Anu Bradford, “The False Choice Between Digital Regulation and Innovation”, *Northwestern University Law Review*, 118(2), 2024.

no molto al di là delle scelte di regolazione del settore. Ignorare il ruolo di quelli – sovrastimando l’impatto di quelle – rischia di spostare il baricentro della discussione verso esiti infruttuosi. Si tratta di una ricostruzione che, per molti aspetti, appare convincente. Del resto essa è coerente con altre analisi che, pur avendo un taglio e obiettivi differenti, offrono interpretazioni analoghe: per esempio, Casimiro Nigro e Luca Enriques hanno studiato le motivazioni dello scarso radicamento del *venture capital* in Italia. A loro avviso, per comprendere questo fenomeno occorre tenere conto del fatto che le più diffuse clausole contrattuali utilizzate negli USA dai capitalisti di ventura sono, nel nostro Paese, o illegali o comunque di dubbia applicabilità.¹³

A noi sembra però che questo argomento, anziché indebolire le perplessità sull’iper-regolamentazione europea, le rafforzi: se davvero lo scarso sviluppo delle imprese digitali in Europa dipende da fattori strutturali, è di questi che dovremmo anzitutto occuparci. L’iper-regolamentazione europea non deriva da un’analisi condivisa ma da una lettura, quella della Commissione, che non tutti condividono e che anzi molti criticano ferocemente. Insomma, il presupposto stesso della regolamentazione è incerto. Se è vero che l’Europa sconta un ritardo rispetto agli USA e alla Cina dovuto all’incapacità di stare alla frontiera della tecnologia, e se è vero che tale ritardo deriva da caratteristiche del nostro diritto e della nostra cultura che pre-esistono allo sviluppo digitale e che anzi vi si riflettono, allora queste dovrebbero essere la prima priorità di chi si interroga su come garantire un futuro prospero alle economie europee. Una priorità rispetto alla quale diventa ancora più difficile trarre delle certezze o indicare una direzione, ma la cui consapevolezza è già un punto di partenza per un atteggiamento cauto e circospetto nei confronti della regolazione, compresa quella del digitale.

13. Casimiro A. Nigro e Luca Enriques, “Venture capital e diritto societario italiano: un rapporto difficile”, *Analisi giuridica dell’economia*, 1-2, 2021, pp. 149-205.

Introduzione

Flavio Arzarello

Responsabile affari economici e regolamentari di Meta per l'Italia
(con la collaborazione di Giulio Ginnetti)

Le imprese di ogni dimensione, dalle PMI alle grandi aziende, utilizzano sempre più i servizi digitali nelle diverse tipologie di attività, in diversi settori e in diversi modelli di business. Numerosi verticali beneficiano dei vantaggi del digitale, dall'automotive al farmaceutico, dalla logistica ai trasporti fino alle industrie creative.

I servizi digitali sono dei veri e propri abilitatori: dalla piccola impresa che investe poche decine di euro in pubblicità personalizzata aprendo così nuovi mercati, ai tanti negozi che possono vendere in tutto il mondo grazie all'e-commerce, fino ai servizi *cloud*.

La "trasversalità" del digitale è ulteriormente amplificata in maniera significativa dalla diffusione dell'intelligenza artificiale: dai servizi per i consumatori, fino alla medicina, ai servizi bancari. È proprio l'IA la tecnologia a cui l'Europa deve guardare con fiducia per recuperare il gap con il resto dei continenti tecnologicamente avanzati.

Negli ultimi cinque anni, l'Unione europea ha intrapreso un percorso di regolamentazione del settore digitale senza precedenti, con significative ripercussioni su tutto il tessuto produttivo.

La regolamentazione del digitale – infatti – non riguarda soltanto alcune grandi multinazionali, prevalentemente statunitensi, ma coinvolge direttamente l'intero sistema economico europeo: quando si interviene dal punto di vista normativo sul settore digitale si

genera un effetto trasversale sulla stragrande maggioranza delle *industries*.

È evidente quindi che la regolamentazione del digitale gioca un ruolo cruciale, sia per i consumatori sia nello sviluppo socio-economico della società nel suo complesso. Il legislatore è chiamato al difficile compito di bilanciare nell'intervento normativo esigenze, diritti e interessi diversi. In questi anni – come sottolineato anche nel report *The Future of European Competitiveness* di Mario Draghi – l'attività legislativa e regolamentare sul digitale non ha preso in adeguata considerazione le conseguenze per la crescita economica, la competitività delle aziende europee o sui beni e servizi innovativi. Infatti, molte imprese tecnologiche che in Italia e in Europa ambiscono a crescere devono fare i conti con una regolamentazione stringente che può rappresentare un disincentivo agli investimenti o un incentivo a guardare a contesti geografici e politici più flessibili. Questo genera un impatto particolarmente significativo in un mercato sempre più globale in cui le imprese europee faticano a competere con le controparti internazionali. Senza un cambio di rotta le difficoltà tenderanno ad acuirsi in un mercato dove la tecnologia giocherà un ruolo sempre più importante per il futuro globale.

È quindi essenziale riflettere da diverse prospettive sull'impatto della regolamentazione del settore digitale in Europa e individuare soluzioni per recuperare terreno in termini di innovazione, competitività e crescita.

Il presente volume – curato ed edito dall'Istituto Bruno Leoni con il sostegno di Meta – intende contribuire a questo dibattito sul nascere della nuova legislatura europea: autorevoli accademici, esperti, regolatori e *policymakers*, impegnati quotidianamente sui temi della regolamentazione dei mercati digitali da prospettive diverse, offrono la propria visione, dando vita a un dibattito fecondo che certamente sarà di stimolo per le sfide che – nei rispettivi ruoli – ci troveremo ad affrontare nei prossimi cinque anni.

1. Il contesto economico: un mercato unico incompleto

L'intensa attività legislativa e regolamentare del settore digitale si è inserita in uno scenario economico estremamente complesso per l'Europa.

Infatti, all'inizio degli anni 2000, il PIL pro capite degli Stati Uniti e dell'UE erano sostanzialmente equivalenti. Nel 2023, poco più di vent'anni dopo, il PIL pro capite negli Stati Uniti è il doppio di quello dell'UE (80.000 dollari negli Stati Uniti contro i 40.000 dell'UE). La velocità con cui questo gap si è ampliato è dovuta a diversi fattori: un diverso approccio alla regolamentazione, una profonda incertezza normativa, minori investimenti, un ecosistema meno favorevole all'innovazione e quindi con minore ritorno sugli investimenti e un generale quanto profondo ritardo nei settori a maggiore valore aggiunto, come il settore digitale. L'approccio europeo alla regolamentazione, spesso caratterizzato da una normativa eccessivamente restrittiva e poco uniforme nella sua applicazione, ha creato barriere all'innovazione e limitato la capacità di sviluppo tecnologico delle imprese. Questo ha anche generato scetticismo e maggiori vincoli per l'adozione di tecnologie all'avanguardia, facilitando lo sviluppo e la commercializzazione di prodotti e servizi innovativi in altri mercati. La causa principale risiede nel fatto che, trent'anni dopo la sua formale istituzione, il mercato unico dell'UE rimane largamente incompleto a causa in particolare della frammentazione normativa tra 27 Stati membri e della conseguente incertezza giuridica acuita da un *enforcement* poco uniforme. Numerose direttive e provvedimenti europei sono stati recepiti negli ordinamenti nazionali con importanti asimmetrie. Ad oggi, un'azienda di Torino o di Cosenza affronta ancora significativi ostacoli per offrire i propri servizi a Helsinki, Vilnius o Atene. Al contrario, imprese statunitensi possono accedere a un mercato domestico omogeneo e vasto, comparabile per dimensioni all'intera Unione europea, senza dover affrontare ostacoli normativi così diversificati. La frammentazione non solo genera incer-

tezza giuridica e aumenta i costi di *compliance* ma riduce anche la capacità delle imprese di investire in ricerca e sviluppo, ostacolando direttamente l'innovazione. La frammentazione normativa costituisce un vero e proprio svantaggio competitivo in uno scenario economico sempre più globale per le imprese italiane ed europee.

2. La misura del gap tecnologico

La situazione di ritardo risulta particolarmente grave nel settore tecnologico: tra le sette aziende globali per capitalizzazione non figura nessuna impresa europea. Con la rapida adozione e lo sviluppo di tecnologie come l'IA, in assenza di un cambio di approccio, il divario in termini di competitività con l'UE rischia di ampliarsi ulteriormente.

Ad oggi, l'Europa investe cinque volte meno in tecnologia rispetto agli Stati Uniti e a ogni euro investito da aziende europee in IA, corrisponde un investimento di 20 euro da parte di aziende americane. Negli USA sono state fondate più del doppio delle aziende di IA rispetto a UE e UK messe insieme. Nel suo report *The Future of European Competitiveness*, Mario Draghi ha sottolineato che

la quota globale dei fondi di *venture capital* raccolti nell'UE è solo del 5%, rispetto al 52% negli Stati Uniti, al 40% in Cina e al 3% nel Regno Unito. Attualmente, l'investimento in capitale di rischio nell'UE rappresenta solo lo 0,05% del PIL annuale dell'UE, un livello di quasi sei volte inferiore a quello del Regno Unito e degli Stati Uniti, dove la quota di *venture capital* sul PIL è pari rispettivamente allo 0,29% e allo 0,32%. [...] Dal lato dell'offerta, l'UE ha meno fondi di *venture capital* su larga scala e meno attrezzati. Dal 2013, ci sono stati 137 fondi di *venture capital* superiori a 1 miliardo di dollari negli Stati Uniti, rispetto a soli 11 nell'UE.

Si tratta di risultati che confermano come una delle principali criticità dell'ecosistema europeo risieda nello

sviluppo e nella commercializzazione delle innovazioni, non nella loro ideazione.

Se consideriamo gli investimenti in IA, le aziende statunitensi investono in media sei volte di più rispetto alle loro controparti europee.

Il distacco non è evidente solo in termini di volume di investimenti ma anche dal ritorno sul capitale investito, sintomo di un ecosistema che nel complesso risulta essere più favorevole agli investimenti.

A ciò si deve aggiungere che uno dei principali fattori causa della perdita di competitività dell'UE è la lentezza nell'adozione di nuove tecnologie e nel *deployment* dell'innovazione tecnologica. Si tratta di un aspetto alimentato dall'incertezza giuridica, dagli ingenti costi di *compliance* e, in generale, da un quadro normativo poco chiaro che sempre di più non consente l'accesso di imprese e consumatori europei agli strumenti tecnologici più avanzati, sebbene spesso già disponibili in altre parti del mondo.

3. La misura del gap tecnologico in Italia

In riferimento all'Italia, il divario rispetto alla media dell'Unione europea e, ancor di più, nei confronti degli Stati Uniti, appare particolarmente marcato. Due indicatori chiave mettono in luce le difficoltà strutturali del sistema economico italiano nel competere con i principali attori globali. Il primo dato riguarda il rapporto tra investimenti in ricerca e sviluppo (R&S) e fatturato delle imprese italiane. In Italia, la quota destinata alle attività di R&S è pari a circa la metà rispetto alla media europea, e poco più di un quarto rispetto agli Stati Uniti. Questo riflette una difficoltà sistemica del Paese nel promuovere e sostenere l'innovazione, un fattore cruciale per aumentare la competitività nel lungo periodo.

Il secondo dato significativo emerge dall'analisi condotta da Netcomm sulla filiera del valore dell'e-commerce in Italia. Lo studio mette in evidenza come, per le principali aziende attive nel commercio al dettaglio

online, i costi operativi siano cresciuti di 2 punti percentuali rispetto al valore della produzione, confrontando i dati del 2022 con quelli del 2017. Tale aumento è principalmente attribuibile ai costi di *compliance* legati alle nuove normative europee del settore.

Trascurando per un momento i dati relativi agli investimenti, appare evidente che, con percentuali così elevate di costi di *compliance*, le imprese italiane ed europee si trovino in una situazione di svantaggio competitivo rispetto alle controparti americane. Tale impatto risulta particolarmente rilevante in un contesto come quello italiano, caratterizzato da un tessuto produttivo composto principalmente da PMI.

4. I grandi regolamenti europei del digitale

A livello europeo, il problema di un eccesso di burocrazia e regolamentazione è ulteriormente aggravato dalla continua produzione normativa, mirata sia all'introduzione di nuove disposizioni sia all'aggiornamento di quelle esistenti. Questo processo normativo, anche in termini quantitativi, risulta difficilmente paragonabile a quello di altri Paesi o continenti. Come sottolineato da Mario Draghi nel suo report, la Commissione europea ha prodotto circa 13.000 atti legislativi tra il 2019 e il 2024, contro i circa 5.500 emanati negli Stati Uniti nello stesso periodo. Si tratta di un divario talmente ampio da non poter essere giustificato dalle differenze storiche e culturali, che pure non possono essere trascurate.

I regolamenti sul digitale che hanno visto la luce nello scorso mandato europeo, come ad esempio il *Digital Services Act*, il *Digital Markets Act* e, da ultimo, l'*AI Act* – che si aggiungono al GDPR, approvato nella legislatura precedente – si riferiscono a scopi e ambiti di intervento differenti. Sono normative estremamente complesse, che producono effetti, ognuno a suo modo, su tutto il tessuto produttivo europeo e sui consumatori del vecchio continente, nonostante siano state pensate nella stragrande maggioranza dei casi con l'obiettivo

di regolamentare pochi grandi soggetti, in gran parte americani. Se il *Digital Services Act* (DSA) ha il merito di confermare il principio di responsabilità limitata degli intermediari, in linea con quanto stabilito dalla Direttiva e-commerce e rendere più chiare le modalità di comunicazione e interazione tra utenti, regolatori e piattaforme, restano diversi aspetti da definire e da chiarire: ad esempio, l'idea di sottoporre a obblighi specifici e particolarmente onerosi le piattaforme che superano determinate "soglie" in termini di fatturato e utenti rischia di costituire un disincentivo implicito per le imprese a crescere, considerati gli ingenti obblighi e costi di compliance a cui sarebbero sottoposte. Con il *Digital Markets Act* (DMA) l'Unione europea ha ritenuto che alcune grandi piattaforme digitali dovesse essere sottoposte a obblighi *ex ante*, di fatto ribaltando l'approccio antitrust classico.

La Commissione europea ha spesso utilizzato il concetto di *fairness* (equità) in un senso nuovo rispetto al contesto antitrust, a giustificazione di una vasta gamma di interventi normativi.

È importante notare che il DMA è di fatto un atto di politica industriale con divieti molto rigidi che concede ampi poteri discrezionali in fase di *enforcement*. Infatti, il modo in cui il DMA è stato concepito e implementato rappresenta un allontanamento dagli attuali standard della politica della concorrenza, dove il danno è identificato e motivato in modo fattuale. Il fatto stesso che non sia ammessa l'*efficiency defense* dimostra che la Commissione, per quanto riguarda i mercati digitali, si sta allontanando da un approccio basato sugli effetti. La tutela della *fairness*, considerata come «interconnessa alla contendibilità dei mercati» nel DMA in modo non particolarmente chiaro, è il mezzo attraverso il quale sono stati giustificati gli obblighi *ex ante* per le grandi piattaforme tecnologiche. Si tratta di un salto gigantesco nella regolamentazione europea, che implica notevoli adattamenti di prodotto e, in alcuni casi, la riprogettazione dei servizi delle piattaforme digitali.

In altre parole, dinanzi ai mercati digitali, anziché rafforzare e adattare l'analisi economica nelle valutazioni concorrenziali – che è stata la tendenza della dottrina antitrust negli ultimi decenni – sembra si sia tornati al formalismo giuridico.

Per le piattaforme digitali il DMA rappresenta il più grande sforzo di *compliance* dalla propria nascita. Tuttavia, i benefici per i consumatori e le imprese europee non sono né garantiti né automatici: la regolamentazione dei mercati digitali non è un gioco a somma zero e obblighi eccessivi rischiano di distruggere piuttosto che redistribuire valore.

Alcuni degli obblighi, in particolare per gli ecosistemi chiusi, possono avere effetti positivi per gli utenti, contrastando fenomeni di *lock-in* o di *self-preferencing* ma, altri obblighi come l'interoperabilità per i sistemi di messaggistica o la limitazione all'utilizzo in modo incrociato dati personali provenienti da servizi di piattaforma di base (*core platform services*) potrebbero costringere le piattaforme a fornire servizi differenziati per gli utenti europei o a ritardare il lancio di nuovi prodotti in Europa.

La stessa definizione di “servizi di piattaforma di base” ai fini del DMA non considera l'interconnessione intrinseca tra i diversi prodotti e servizi offerti dalle piattaforme, trascurando la natura di questi modelli di business e il valore che questi servizi offrono ai consumatori: un aspetto particolarmente rilevante per le piattaforme a due versanti, la cui *value proposition* è spesso composta dall'insieme dei servizi. Ad esempio, nel caso dei social media i servizi di pubblicità offerti agli *advertisers* su “un lato” della piattaforma non potrebbero esistere senza gli utenti del social network sull'altro.

Questo approccio normativo è particolarmente rischioso in un contesto caratterizzato da concorrenza dinamica e sta portando a un'asimmetria regolatoria tra l'Europa e il resto del mondo. Nei mercati dinamici è l'innovazione a guidare la concorrenza, e non il contrario. Già oggi vediamo gli effetti di questo approccio

alla regolamentazione, ma in futuro queste differenze potrebbero acuirsi ulteriormente, a scapito dei consumatori e delle imprese europee.

5. Il tema dell'*enforcement*

L'efficacia di qualsiasi regolamentazione, non solo in ambito digitale, dipende in larga misura dalla sua applicazione. Purtroppo, nel panorama europeo attuale, l'*enforcement* presenta diverse criticità che rischiano di minare gli stessi obiettivi che la regolamentazione si propone di raggiungere, ovvero la tutela dei cittadini e delle imprese operanti in Europa.

Un primo tema è costituito dalla radicale frammentazione delle competenze, con molteplici autorità coinvolte, spesso con aree di responsabilità sovrapposte. In Europa ci si muove tra due modelli: in alcuni regolamenti (come il DMA), il potere esecutivo che concorre significativamente al processo legislativo, ovvero la Commissione europea, coincide con l'*enforcer*, cioè con chi deve assicurare l'applicazione delle norme; in altri casi (come il GDPR) l'attuazione delle norme è affidata alle autorità dei singoli Stati membri, con esempi significativi in cui questi ultimi hanno demandato di fatto decisioni fondamentali a organismi di coordinamento. È il caso del recente procedimento riguardante X, su cui il garante per la protezione dei dati irlandese ha di fatto demandato la decisione all'EDPB (organismo di coordinamento delle autorità per la protezione dei dati personali).

Nel caso del primo modello c'è il rischio di un'interpretazione della norma in senso troppo "politico", cioè guidata dagli obiettivi che la Commissione si prefissava a monte del processo normativo, nel secondo modello il rischio è che le Autorità nazionali siano riluttanti a prendere decisioni con un ampio impatto, con la conseguenza di negare nella prassi il principio del *one-stop shop*.

Va anche ricordato che, proprio successivamente al DMA, diversi Paesi hanno ampliato i poteri delle Autorità della concorrenza nazionali nei mercati digitali:

l'Italia con ha introdotto la presunzione di dipendenza economica per le relazioni commerciali delle piattaforme digitali e ha fornito nuovi poteri sul terreno delle *market investigations* all'AGCM, la Germania con la riforma della Sezione 19A ha di fatto garantito al Bundeskartellamt la possibilità di indicare dei *gatekeepers* nazionali. Questa tendenza, che potrebbe portare a casi di *ne bis in idem*, ha nei fatti invalidato i benefici in termini di armonizzazione derivanti dalla scelta di un *enforcer* unico intrapresa nel DMA.

Il quadro descritto genera incertezza giuridica per le imprese, che si trovano ad affrontare difficoltà nel comprendere a quali norme attenersi e a chi rivolgersi in caso di dubbi o contestazioni.

Tale complessità burocratica e istituzionale scoraggia gli investimenti e rischia di ostacolare l'innovazione, creando un clima di sfiducia nel sistema normativo, istituzionale e regolamentare.

Le sovrapposizioni normative e la mancanza di chiarezza applicativa costringono le imprese ad adottare approcci cauti rispetto al lancio di nuovi prodotti. Inoltre, l'incertezza giuridica può disincentivare l'ingresso di nuove aziende nel mercato, limitando la concorrenza e la scelta per i consumatori.

Come riconosciuto anche da Draghi nel suo report, «il GDPR è stato attuato con un ampio grado di frammentazione che mina gli obiettivi digitali dell'UE».

Questa disomogeneità nell'attuazione e implementazione del principale regolamento in materia di privacy dipende da una serie di fattori, non solo di natura regolamentare bensì di assetto istituzionale e dalla prassi adottata per il suo *enforcement*, che porta a delegare, alla dimensione tecnica, un grande spazio decisionale. L'applicazione della regolamentazione in materia di privacy, attraverso decisioni e pareri, ha di fatto avuto conseguenze ben al di là dell'ambito privacy, generando effetti significativi sugli stessi modelli di business.

6. Diverse prospettive devono convivere

Nonostante il ritardo accumulato, l'intelligenza artificiale può essere l'occasione per l'Europa di recuperare il suo ritardo con il resto del mondo, a patto che i prossimi cinque anni siano caratterizzati da investimenti in innovazione e sviluppo.

Per ridurre il crescente divario tecnologico, è fondamentale un uso coordinato ed efficiente delle risorse disponibili. In questo scenario, replicare gli elevati investimenti lungo l'intera filiera dell'IA, rischia di non essere la scelta migliore ma di portare a una duplicazione degli sforzi alla dispersione di risorse preziose.

L'Europa potrebbe trarre grandi vantaggi sfruttando le tecnologie e le infrastrutture esistenti. In questo modo, l'UE potrebbe fare leva sugli investimenti già effettuati da attori internazionali, concentrandosi così sulla creazione di casi d'uso e applicazioni specifiche dell'IA – come il *fine-tuning* – per settori quali la manifattura, la cultura, la robotica e la logistica. In questi settori, sia l'Italia che gli altri Paesi europei potrebbero contare sulla propria posizione di leadership per sviluppare nuovi prodotti, servizi e applicazioni, riducendo al contempo i costi e beneficiando di strumenti tecnologicamente più avanzati.

Proprio per questo, nell'ambito dello sviluppo dell'IA, Meta ha scelto con decisione e convinzione un approccio *open-source*. Una scelta che consente di fornire accesso libero e senza costi a modelli avanzati di altissimo livello che altrimenti non sarebbero accessibili alla maggior parte delle aziende, università, enti di ricerca e utenti, a causa degli ingenti costi di sviluppo. I modelli *open-source* sono anche più sicuri in quanto sottoposti al test e ai *feedback* di molte più persone che accedono direttamente al codice del modello.

I vantaggi di questo modello di sviluppo sono molteplici. Infatti, l'approccio *open-source* permette di avere accesso a modelli estremamente più avanzati, consente maggiore controllo sui propri dati, fornisce maggiore trasparenza che si riflette in una maggiore facilità di

comprensione del funzionamento da parte di utenti, comunità scientifica e regolatori. Infatti, codice e parametri sono accessibili a tutti.

Al contrario, i modelli chiusi sono meno trasparenti, danno meno possibilità di comprensione del funzionamento e di prevenire esiti non voluti. Inoltre, è utile evidenziare che il fornitore di sistemi chiusi potrebbe alzare il prezzo o semplicemente non fornire più il modello in qualunque momento, esponendo gli sviluppatori/utenti a valle a rischi di *hold-up*.

Si tratta di un modello di *governance* di questa tecnologia che riduce le barriere all'ingresso e permette di sviluppare applicativi specifici in base alle esigenze dell'azienda senza sostenere i costi molto ingenti dell'infrastruttura. L'Europa potrebbe beneficiare al massimo degli investimenti messi in campo dalle aziende tecnologiche americane in termini di capacità computazionale, possibilità di promozione globale e modelli *open-source* di IA per costruire la propria autonomia e la propria specificità sul piano globale. L'*open innovation* infatti garantisce massima autonomia, massima democratizzazione di accesso e massima sicurezza.

D'altronde, in un breve lasso di tempo l'IA è diventata una tecnologia al centro del dibattito pubblico perché essenziale per molti servizi che utilizziamo quotidianamente e, nei prossimi anni, sarà sempre più centrale nell'economia globale. Proprio per questo è tanto più importante promuovere un modello di sviluppo capace di ampliare, quanto più possibile, l'accesso e la platea dei beneficiari a questa tecnologia.

In questo percorso di sviluppo e innovazione, il prossimo passo sarà l'IA multimodale, ovvero modelli che non si limitano a un input testuale: si tratta di strumenti in grado di ascoltare, interagire, parlare che avranno una serie di applicazioni e *use-cases* rivoluzionari, dai tutor di IA personalizzati fino alla gestione dei veicoli autonomi. È la stessa tecnologia che consentirà attraverso gli *smart-glasses* Ray-Ban Meta di ottenere informazioni semplicemente "inquadrando" un monu-

mento attraverso gli occhiali.

Eppure, questa tecnologia potenzialmente fondamentale per numerosi settori industriali non verrà rilasciata in Europa proprio a causa di un quadro regolamentare disomogeneo e di un'applicazione poco uniforme e chiara di norme come il GDPR.

A testimonianza di come il problema non siano le regole in sé, ma la loro interpretazione e applicazione, è utile ricordare che in UK, dove il GDPR è stato incorporato nella legislazione del Regno Unito dopo Brexit, Meta inizierà l'addestramento dei propri modelli di IA dopo un proficuo confronto con l'ICO, il regolatore di oltremarina.

Purtroppo questo non succede in Europa, dove il regolatore irlandese ha delegato la questione all'EDPB che si pronuncerà entro l'anno (vedi *supra*).

In assenza di un adeguato livello di chiarezza a livello regolamentare sulla base legale adeguata per l'utilizzo dei contenuti per l'addestramento dei modelli, molte aziende tra cui Meta hanno rinunciato o posticipato il lancio di alcuni dei propri prodotti e servizi più innovativi nell'Unione europea.

Senza chiarezza normativa, le aziende semplicemente non addestreranno i propri modelli con informazioni provenienti dall'Europa, con l'effetto che i modelli e sistemi di IA saranno *biased*, cioè non considereranno il portato storico e culturale del Vecchio Continente, rischiando di marginalizzare l'Europa, con la sua cultura, i suoi valori e di danneggiare i cittadini europei in termini di qualità di servizi a cui hanno accesso.

Non è una preoccupazione sollevata solo da Meta, ma da più imprese globali – tra cui le italiane Essilor Luxottica, Pirelli, Engineering, Prada, Yoox oltre al gruppo Exor – nel loro appello: «L'Europa ha bisogno di certezza normativa sull'IA. Con una regolamentazione frammentata l'UE rischia di non avere un ruolo attivo nell'era dell'intelligenza artificiale».

La necessità di prendere in considerazione la cultura europea nell'ambito dell'addestramento dei modelli di

IA è stata sottolineata anche dal Presidente della Repubblica Sergio Mattarella nel suo intervento al XVII Simposio COTEC Europa “Sovranità tecnologica”, in cui ha affermato: «La tendenza è a usare banche dati anglosassoni, con il rischio di ridurre alla marginalità l’impatto della ricchezza delle altre culture nelle risposte fornite agli utenti. In questo caso Sovranità tecnologica e Identità culturale tendono a coincidere».

A scanso di equivoci è bene ricordare che i contenuti utilizzati per l’addestramento di IA non sono memorizzati dal modello nel processo di addestramento, ma utilizzati unicamente per migliorarne le performance, in modo paragonabile al processo di apprendimento umano attraverso la lettura di un libro.

Se l’obiettivo è immaginare un ruolo da protagonista per l’Europa nel futuro dell’IA, è fondamentale superare una regolamentazione frammentata e un *enforcement* disomogeneo.

In primo luogo, è necessario semplificare il quadro normativo, eliminando le sovrapposizioni e le disposizioni obsolete.

In particolare, potrebbe essere promossa una riforma complessiva dell’architettura istituzionale e della prassi di *enforcement*, includendo un test che valuti l’impatto sull’innovazione.

In secondo luogo, è fondamentale introdurre un meccanismo di valutazione di impatto sulla competitività per ogni nuova regolamentazione (e per la sua applicazione) da realizzare *ex ante*. Tale valutazione dovrebbe essere condotta attraverso una rigorosa analisi economica che consideri i potenziali effetti della regolamentazione sui diversi settori economici, sulle imprese e sui consumatori. Solo attraverso un’attenta valutazione dei potenziali benefici e costi è possibile garantire che la regolamentazione non ostacoli lo sviluppo tecnologico e la competitività dell’Unione europea.

Infine, affinché tutti i diversi diritti in gioco siano tutelati adeguatamente, potrebbe essere utile introdurre dei meccanismi all’interno delle Autorità garanti per

la privacy che permettano di tenere in considerazione anche altri interessi nazionali, come, ad esempio, l'innovazione.

Del resto quando altre autorità "verticali", come le Autorità per la concorrenza o delle comunicazioni, affrontano decisioni che hanno implicazioni, anche marginali, sul terreno della privacy, il garante è necessariamente consultato.

La Francia ha avviato la discussione di un percorso di questo tipo sul CNIL, Autorità nazionale francese competente in materia di tutela dei dati personali, invitando a inserire il diritto all'innovazione tra gli elementi da tutelare.

L'Europa è ancora in tempo, ma – come ho provato ad argomentare – invertire la rotta è la condizione necessaria, sia per l'entità del gap, sia per il crescente ruolo che tecnologie come l'IA avranno nel definire il nostro futuro.

PARTE I

LE IDEE

La libertà *in* Internet e *di* Internet

Tommaso Edoardo Frosini

Professore di diritto pubblico comparato presso
l'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli

1. La libertà informatica come diritto

Come è stato argutamente scritto,

solo chi è rimasto alla preistoria del diritto e si aggira ancora armato di clava cercando di inventare la ruota, non si rende conto del passaggio epocale che si è verificato nelle società evolute in questi anni: la possibilità di accedere sempre, dovunque a tutta la conoscenza racchiusa in testi digitali; la possibilità di comunicare sempre dovunque e a costi minimi con tutti; la possibilità di diffondere sempre e dovunque a tutto il mondo il proprio pensiero. E solo i cavernicoli non si accorgono del circuito inarrestabile fra accesso alle fonti di conoscenza, creazione di forme di scambio di esperienze, diffusione di nuove idee, e creazione di nuova conoscenza.¹

Internet ha avuto una portata davvero rivoluzionaria, che ha comportato un autentico cambio di paradigma culturale, e con esso anche di paradigma giuridico.

Dal punto di vista costituzionale, lo sviluppo tecnologico ha dato vita a quella che è stata definita come

1. Così, Vincenzo Zeno-Zencovich, "Perché occorre rifondare il significato della libertà di manifestazione del pensiero", *Percorsi costituzionali*, n. 1, 2010, p. 71.

“libertà informatica”, che è un nuovo diritto di libertà.

La dottrina della libertà informatica nacque nell’ormai lontano 1981, con l’intento di dare un respiro teorico al problema che allora impegnava maggiormente il giurista coinvolto nelle tematiche di diritto dell’informatica, che era quello della protezione della riservatezza con riferimento alle banche dati elettroniche.² La dottrina aveva la sua matrice ideologica nella concezione di un nuovo liberalismo, inteso come fermento lievitante di una civiltà liberale promossa dalla rivoluzione tecnologica; e si sviluppava sulla base di una nuova dimensione del diritto di libertà personale, in una fase storica della civiltà industriale caratterizzata dall’avvento dei calcolatori elettronici. Questa nuova forma di libertà personale deriva dall’esigenza di salvaguardare la persona umana dalla minaccia e dall’insidia rappresentate dalla degenerazione del nuovo potere sociale, economico e giuridico, che è il potere informatico; e quindi, la capacità di accumulazione, memorizzazione, elaborazione e trasmissione dei dati informatici personali, che conferisce un potere conoscitivo prima sconosciuto e che consente di attuare una sorveglianza occulta, onnipresente, pervasiva dei comportamenti privati.³

Nella sua originaria versione, la libertà informatica veniva raffigurata – al pari di quella politica⁴ – come *positiva* e *negativa*. La libertà informatica negativa, esprime «il diritto di *non* rendere di dominio pubblico certe informazioni di carattere personale, privato, riservato (qualifiche queste, che potrebbero in certi casi non coincidere tra loro)»; la libertà informatica positiva, invece, esprime la facoltà «di esercitare un diritto di controllo sui dati concernenti la propria persona che sono fuo-

2. Cfr. la relazione di Vittorio Frosini, “La protezione della riservatezza nella società informatica”, in *Privacy e banche dei dati*, a cura di Nicola Matteucci, Bologna Il Mulino, 1981, pp. 37 ss. (ora in Id., *Informatica diritto e società*, 2a ed., Milano, Giuffrè, 1992, pp. 173 ss.).

3. Shoshana Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell’umanità nell’era dei nuovi poteri*, Roma, Luiss University Press, 2023 (2018).

4. Il riferimento è a Isaiah Berlin, *Due concetti di libertà*, Milano, Feltrinelli, 2000 (1958).

riusciti dalla cerchia della privacy per essere divenuti elementi di input di un programma elettronico; e dunque libertà informatica positiva, o diritto soggettivo riconosciuto, di conoscere, di correggere, di togliere o di aggiungere dati in una scheda personale elettronica».⁵

Ecco che così il diritto di libertà informatica assume una nuova forma del tradizionale diritto di libertà personale, come diritto di controllare le informazioni sulla propria persona, come diritto dello *habeas data*. È questo il punto. L'evoluzione giurisprudenziale ha riconosciuto e affermato questo nuovo diritto di libertà nei termini di protezione dell'autonomia individuale, come pretesa passiva nei confronti dei detentori del potere informatico, dei privati o delle autorità pubbliche. Con la nuova legislazione sulla tutela delle persone rispetto al trattamento dei dati personali (in Italia, la legge n. 675 del 1996, più volte novellata), arricchita da una normazione europea (GDPR Reg. 2016/679), la nozione del diritto di libertà informatica ha trovato riconoscimento nel diritto positivo; ma nel frattempo ha subito una trasformazione, giacché il diritto di tutelare i propri dati si attua nei confronti di qualunque trattamento di essi, anche non elettronico; e ha subito altresì un mutamento del suo carattere, prima ispirato al principio della difesa dinanzi al potere informatico, ora considerato come un diritto attivo di partecipazione del cittadino al circuito delle informazioni. Emerge così il problema del riconoscimento di un diritto all'identità personale come nuovo diritto della personalità, costituito dalla proiezione sociale della personalità dell'individuo cui si correla un interesse del soggetto a essere rappresentato nella vita di relazione con la sua vera identità.⁶

La libertà di custodire la propria riservatezza informatica è divenuta anche libertà di comunicare ad altri le informazioni trasmissibili per via telematica, per esercitare così la libertà di espressione della propria personalità avvalendosi dei sistemi di comunicazione auto-

5. Frosini, "La protezione della riservatezza nella società informatica", p. 41.

6. Sul punto, Stefano Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2015.

matizzata. Noi siamo i nostri dati informatici, come li gestiamo e come li comunichiamo all'esterno.

Il diritto di libertà informatica acquisisce un ulteriore significato a seguito dell'avvento dell'Internet, e ciò vale a dimostrare la sua attualità teorica.⁷ Infatti, con l'Internet, il diritto di libertà informatica

è diventato una pretesa di libertà in senso attivo, non libertà *da* ma libertà *di*, che è quella di valersi degli strumenti informatici per fornire e ottenere informazioni di ogni genere. È il diritto di partecipazione alla società virtuale, che è stata generata dall'avvento degli elaboratori elettronici nella società tecnologica: è una società dai componenti mobili e dalle relazioni dinamiche, in cui ogni individuo partecipante è sovrano nelle sue decisioni.⁸

Ci troviamo di fronte, indubbiamente, a una nuova forma di libertà, che è quella di comunicare con chi si vuole, diffondendo le proprie opinioni, i propri pensieri e i propri materiali, e la libertà di ricevere. *Libertà di comunicare, quindi, come libertà di trasmettere e di ricevere.* Non è più soltanto l'esercizio della libera manifestazione del pensiero dell'individuo, ma piuttosto la facoltà di questi di costituire un rapporto, di trasmettere e richiedere informazioni, di poter disporre senza limitazioni del nuovo potere di conoscenza conferito dalla telematica: di poter esercitare, insomma, il proprio diritto di libertà informatica. Appare chiaro, allora, come in questa nuova concezione "tecnologizzata" della libertà di comunicazione, fanno fatica ad affermarsi i contenuti delle tradizionali libertà costituzionali, in particolare quella di comunicazione e quella di manifestazione del pensiero. Pertanto, è la libertà informatica a rappresentare la nuova libertà costituzionale della società tecnolo-

7. Cfr. Tommaso Edoardo Frosini, *Liberté Egalité Internet*, 3a ed., Napoli, Editoriale Scientifica, 2023; Id., *Apocalittici o integrati. La dimensione costituzionale della società digitale*, Modena, Mucchi, 2021.

8. Così Vittorio Frosini, "L'orizzonte giuridico dell'Internet", *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2002, p. 275.

gica, come dimostrano alcune esperienze di Costituzioni recenti e come lo si può senz'altro ricavare attraverso una interpretazione evolutiva delle Costituzioni meno recenti.

2. Il prisma della libertà informatica e la libertà di espressione

La libertà d'espressione è la più classica delle manifestazioni di libertà informatica, ma essa stessa, pur nella sua tradizionalità, «non è più la stessa da Internet in poi e non solo in sé e per sé ma per le sue implicazioni d'ordine giuridico».⁹ Il senso e il significato della libertà di manifestazione del pensiero nell'era di Internet sono cambiati nel senso di recuperarne appieno il valore di libertà individuale, cioè senza "filtri", senza mediazioni di sorta, un *open network*. Basta creare un sito Internet, o anche solo entrare in un sito: senza vincoli amministrativi e con una diffusione planetaria, accessibile a tutti (a condizione di avere un computer o un tablet e una connessione), immediato nella esecuzione, in grado di racchiudere in sé audio, scritto e video, con uno spazio illimitato di memoria e con il pieno e vario utilizzo di strumenti automatici di reperimento di quel che si cerca. Con Internet, chiunque può rendere pubbliche idee e opinioni attraverso la creazione e la gestione di un proprio server, ovvero attraverso l'apertura di un proprio sito *web*. In tal modo, ognuno può essere stampatore, direttore e editore di sé stesso, diffondendo notizie in rete senza appartenere ad alcun ordine professionale. Tutto un agire individuale, insomma; un uso concreto ed effettivo della libertà di manifestazione del pensiero da parte di centinaia di milioni di persone. Per dirla con la giurisprudenza statunitense della Corte suprema, Internet è «la forma di comunicazione di massa più partecipativa che sia stata finora realizzata».¹⁰ Anche

9. Così, Vincenzo Zeno-Zencovich, *La libertà d'espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 134.

10. *Reno vs. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997), tr. it. in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998, pp. 64 ss.

perché – grazie a Internet – oggi tutti possono essere al tempo stesso comunicatori e diffusori. E questo lo sarà sempre più a partire dalla prossima generazione, che sta crescendo e formandosi alimentata da Facebook, Instagram, YouTube, *web communities*, sms, Skype, blog e continue evoluzioni. Questo determinerà una concezione assolutamente nuova e diversa dell'identità, che si articolerà in forma mutevole a seconda dei luoghi, dei contesti, degli interlocutori e delle scelte identitarie che si compiono.

L'identità digitale, quindi, si declina sulla base di un flusso continuo di informazioni, che vanno nelle più diverse direzioni e che sono affidate a una molteplicità di soggetti, che costruisce, modifica e fa circolare immagini di identità altrui, o addirittura genera una seconda vita sulla rete, una Second Life virtuale. Insomma, una situazione di sicuro progresso in termini di libertà individuale ma anche di iniziativa economica privata.

Quest'ultimo aspetto non viene sufficientemente evidenziato: che Internet ha consentito la nascita e lo sviluppo di grandi aziende del digitale, frutto della libera iniziativa economica. Le quali hanno alimentato un mercato del lavoro e di lavoratori. Hanno generato un mercato delle idee e di scoperte industriali. Hanno favorito un commercio elettronico senza confini e senza frontiere, e quindi accessibile a tutti, anche a chi vive in lontane e disperse periferie.¹¹ Anche questa, piaccia oppure no, è libertà informatica.

Certo, non nego che, in punto di regolazione economica, può esserci un problema di concentrazione del mercato da parte di alcune grandi aziende che operano su Internet, quali: Google, Facebook e Amazon. La prima, Google, al momento domina il proprio settore con una quota di mercato dell'88% nel *search advertising* (pubblicità su motori di ricerca); la seconda, Meta (e le sue controllate: Facebook, Instagram, WhatsApp e Messenger) al momento possiede il 77% del traffico dei

11. Sul punto, Tommaso Edoardo Frosini, "L'ordine giuridico del digitale", *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 2023, pp. 377 ss.

social network su dispositivi mobili e, infine, la terza, Amazon, al momento ha una quota del 74% nel mercato dell'e-book. Questa concentrazione è ritenuta da buona parte dell'opinione pubblica come una restrizione della libera concorrenza, tanto da suscitare l'attenzione delle autorità di vigilanza che controllano gli "abusi di posizione dominante" o di "dipendenza economica". La giurisprudenza inizia ad essere copiosa ma dimostra anche l'incertezza degli inquadramenti giuridici del diritto antitrust, in un settore in così rapida evoluzione. Gli attori dominanti di ieri non necessariamente lo sono oggi. Anche le dinamiche dei social network, gli "ultimi" prodotti della libertà di espressione in termini cronologici, lo stanno già dimostrando, con le loro dinamiche tutt'altro che prevedibili che rendono la regolamentazione e i controlli antitrust in Europa energici, ma al tempo stesso difficili da inquadrare in maniera stabile.¹² Stessa attenzione si registra sempre più anche negli Stati Uniti d'America.¹³

Gli spunti di riflessioni non riguardano però solo la tutela della concorrenza in termini economici, ma anche, dall'angolazione democratica, in termini di consapevolezza (e auto-consapevolezza da parte delle Big Tech) di quali siano le "regole del gioco" nel mercato delle idee. Quanto è libero da condizionamenti lo spazio virtuale? È possibile ancora vivere la distinzione tra spazio privato e spazio pubblico solo in termini di diritto di proprietà? Se non fosse così, cosa comporta la responsabilità di essere soggetti ospitanti le idee altrui, nel mercato delle idee?¹⁴ Una vera concorrenza nel

12. Mi riferisco al caso *Microsoft*, su cui si veda Andrea Giannaccari, "La concentrazione Microsoft-Skype (vs Facebook-WhatsApp?). Ovvero una guerra per bande alle spalle delle Telcos", *Mercato Concorrenza Regole*, n. 1, 2014, pp. 139 ss. Su queste tematiche, si veda ora Aldo Iannotti della Valle, *Le regole di Internet tra poteri pubblici e privati. Tutela dei diritti e ruolo dell'antitrust in una prospettiva costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023.

13. La più recente è la decisione (di 227 pagine) della Corte distrettuale della Columbia del 5 agosto 2024, che ha condannato Google per abuso di posizione dominante in quanto riconosciuto come «monopolista che ha agito come tale per mantenere il suo monopolio».

14. Marco Betzu, *I baroni del digitale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022; Elia

comparto dell'Internet sarebbe salutare anche da questo punto di vista, ma come si determina? Cosa la determina? Si può promuovere dal punto di vista regolatorio? Con quale efficacia di azione? Come scriveva Louis D. Brandeis, prima ancora di essere nominato da Woodrow Wilson giudice della Corte Suprema: «in una società democratica, l'esistenza di grandi centri di potere privati è pericolosa per la vitalità di un popolo libero»,¹⁵ ma chi e come decide quando grandi sono grandi i centri di potere, e fino a quando?

Sono domande che qui si pongono non per dare una risposta, ma per segnalare come anche la più classica delle libertà, quella di espressione, in Internet non è la semplice trasposizione della libertà di espressione tradizionale, ma ha profili suoi propri, diversi, originali, esattamente come la più ampia libertà informatica.

Certo, sempre parlando di concorrenza e democrazia, è indubbio che con Internet si sia allargata e ampliata la rete del pluralismo informativo. Al punto da potere individuare l'affermarsi di un diritto a essere informati, attraverso il libero accesso alle informazioni *around the world*. Si è in grado di conoscere fatti, cronaca, opinioni e altro attraverso le piattaforme digitali dei soggetti che producono informazione di tutto il mondo. Chi sostiene che «la Rete non ha più al centro la diffusione del pensiero [...], ma la diffusione del *monetized speech* che segna il dominio della logica del mercato, soprattutto fra i giovani»,¹⁶ credo che abbia in mente non tanto Internet e le piattaforme dove si riproduce informazione piuttosto i social network, che sono un libero "sfogatoio" (i c.d. "leoni della tastiera") dove più che informare, tendenzialmente, si costruiscono le notizie per favorire la loro diffusione talvolta per un uso strumentale. È nei social, semmai, che si coltiva il *monetized speech*; così

Cremona, *I poteri privati nell'era digitale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2023.

15. Cfr. Melvin I. Urofsky, *Louis D. Brandeis: A Life*, New York, Schocken Books, 2012.

16. Così, Michela Manetti, "Internet e i nuovi pericoli per la libertà di informazione", *Quaderni costituzionali*, 3, 2023, p. 525.

come, sempre negli ambienti dei social, si alimenta il fenomeno delle *fake news* e più in generale della disinformazione.¹⁷

Quindi, occorre distinguere: un conto è la pluralità, davvero globale, delle informazioni che si ottiene tramite la rete Internet, attraverso le piattaforme digitali degli organi di informazione, che rispondono comunque alle regole della libertà di stampa; altro, invece, sono i canali dei social network, che si applicano grazie alla rete Internet ma che hanno una gestione non verificata e non verificabile di ciò che viene inserito all'interno del circuito di tutti coloro che sono connessi ai social.¹⁸ Che non vanno però demonizzati: anche i social servono alla diffusione e al libero scambio delle idee. Specialmente se sono di dissenso e controcorrente. Sta poi alla capacità del libero arbitrio umano saper distinguere una buona e quindi veritiera notizia da una cattiva e quindi falsa informazione.

Anche questa, piaccia oppure no, è libertà informatica.

È ovvio che la libertà deve avere delle regole giuridiche altrimenti è anarchia, caos. Quindi, le regole sono necessarie ma non devono essere invasive; si dovrebbero limitare a regolamentare questioni generali del convivere civile, senza pretendere di entrare nel dettaglio del comportamento umano. In un ordinamento stracolmo di norme annegano i cittadini, gli operatori economici e le loro libertà.¹⁹ Il ruolo del legislatore non è quello di essere regolatori di tutto e su tutto, e nemmeno di pretendere di volere scrivere una sorta di manuale di istruzioni per l'economia, che copra tutte le eventualità possibili, fino al rischio più remoto per la nostra libertà. Sostiene Constant: «Non c'è dubbio che manchi la liber-

17. Cfr. Silvia Sassi, *Disinformazione contro costituzionalismo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021.

18. Emblematica e conosciuta è la vicenda della società di ricerche *Cambridge Analytica* che ha sfruttato le notizie, ovvero le preferenze e le scelte degli utenti dei social per favorire la campagna elettorale dei candidati alle presidenziali americane. Sul rapporto fra tecnologia e democrazia, specialmente elettorale, si veda Tommaso Edoardo Frosini, "Internet e democrazia", *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4/5, 2017 (ora in Id., *Liberté Egalité Internet*, pp. 191 ss.).

19. Bruno Leoni, *La libertà e la legge*, Macerata, Liberilibri, 2000 (1961).

tà quando la gente non può fare tutto quello che le leggi le permettono di fare; ma le leggi potrebbero proibire tante cose, da eliminare del tutto la libertà».²⁰

3. «La libertà è un po' come l'aria»

Nel 1952, ovvero in un periodo storico in cui si lavorava, specie in Italia, per “costruire la democrazia” e che era ancora lontano dalla rivoluzione digitale, Calamandrei scriveva che «la libertà è un po' come l'aria o come la salute. Ci se ne ricorda quando viene a mancare, quando ci si ammala. Della libertà ci s'accorge quando qualcuno comincia a contrastarcela».²¹ Questa frase, quasi un monito, è sempre attuale, anzi attualissima se si pensa che anche la libertà informatica ha già i suoi nemici, i quali si manifestano attraverso una legislazione pervasiva e invasiva. Con l'intento di mettere a freno il progresso del sistema digitale, ritenuto come una minaccia che disorienta l'individuo e destabilizza i rapporti umani. Addirittura, si teme che possa mettere in pericolo la tenuta democratica della società. Invece, esprimere un *favor* per le piattaforme digitali, e tutte le sue declinazioni compresa la IA e le sue benefiche applicazioni a vantaggio dell'umanità, vuol dire, oggi, promuovere una rinnovata concezione del liberalismo: dove, cioè, si pone come prioritaria la libertà per il progresso e verso nuove forme di sviluppo dell'individuo e del benessere delle società. La posizione di chi auspica e pretende insistenti forme regolative delle piattaforme digitali, in forma pervasiva e dettagliata, a me appare come riconducibile a nuove forme di statalismo, che si manifestano nella volontà di fondare e stabilire una nuova sovranità degli stati sul digitale.

Nello spazio giuridico europeo è iniziato un processo di normazione con lo scopo di volere codificare

20. Benjamin Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, vol. I, Bruxelles, Société typographique Belge, 1851, p. 178.

21. Piero Calamandrei, *La libertà di stampa* (1952), ora in Id. *Opere giuridiche*, vol. III. *Diritto e processo costituzionale*, nuova ed., Roma, Roma Tre-Press, 2019, p. 432.

un preteso ordine giuridico del digitale. Certo, ci dovrà pur essere un ordine giuridico che regoli il sistema del digitale ma, a mio avviso, dovrebbe organizzarsi sulla base di norme di principio anziché di dettaglio, su norme a prevalenza promozionali anziché sanzionatorie.²² Al contrario, quindi, di come invece sembra essersi avviata l'Unione europea, attraverso una continua produzione di regolamenti, con i quali ha iniziato a normare il mercato e i servizi delle piattaforme digitali e financo a contenere l'espansione dell'intelligenza artificiale. Nell'illusione di volere "plasmare il futuro digitale dell'Europa", per dirla con uno slogan coniato dalla stessa UE. Mentre invece rischia di determinare un disordine giuridico del mercato digitale, generato da un eccesso farraginoso di norme, che complicano il quadro regolatorio e rendono assai difficile l'applicazione delle stesse, sia da parte del cittadino-consumatore-utente delle piattaforme digitali, sia da parte delle aziende che operano nel settore della tecnologia industriale.

Una prova di ciò è già verificabile nei regolamenti che sono stati varati dalla UE, che si distribuiscono per numerosi articoli e paragrafi:²³ si prenda, a esempio, il regolamento sull'intelligenza artificiale (IA), che si spalma su 89 "considerando", 85 articoli (di cui, almeno uno, il 4, di 44 paragrafi) e 9 allegati. Non è facile districarsi nella boscaglia normativa nemmeno per l'intelligenza umana, anche quella di un giurista avvezzo alla interpretazione delle norme. Invece: un regolamento su una materia davvero strategica per la UE e non solo (posto che la IA si andrà a usare e applicare, da cittadini e imprese europee, in giro per il mondo, quindi oltre la perimetrazione normativa euro unitaria) dovrebbe, a mio avviso, essere sorretto da una disciplina normativa "sostenibile", con l'intento di riuscire a bilanciare interessi e concezioni diversificate, ponendosi

22. Come ho sostenuto in Frosini, "L'ordine giuridico del digitale".

23. Tra i più recenti provvedimenti UE: Regolamento sul *Digital Market Act* 2022/1925/UE; Regolamento sul *Digital Service Act* 2022/2065/UE; Regolamento sul *AI Act* 2024/1689/UE.

quale primario obiettivo quello di non inibire la ricerca e lo sviluppo della IA, tenuto conto della sua importanza per la crescita economica e per l'implementazione della ricerca scientifica, a cominciare da quella medica, dove l'impatto della IA si sta rivelando determinante per la diagnosi e la terapia di una serie di patologie.²⁴ La normativa europea dovrebbe essere altresì flessibile e adattabile ai cambiamenti. Con l'obiettivo di creare e formare un diritto della IA, e più in generale del sistema digitale, *stable but not still*.²⁵

Anche questa, piaccia oppure no, è libertà informatica.

Tale libertà, forse ancor più delle sue sorelle più anziane, è «variabile nel tempo e nello spazio: si articola a seconda del momento storico, ma anche della comunità in cui si estrinseca. Il che comporta che non si possa avere una visione dogmatica di questa libertà, che definita *a priori* sulla base di principi ideologici che in quanto tali sono intrinsecamente opinabili, si applichi sempre e ovunque». ²⁶ La libertà informatica è declinabile come a) libertà relazionale, nel senso che va considerata assieme a quelle libertà diverse, cui è strettamente connessa; b) libertà funzionale, perché il più delle volte essa è implicita, occultata, altre volte espressa; comunque, funzionale a determinati valori; c) libertà individuale, e quindi coerente in un sistema che deve incentrarsi sull'uomo, meglio sull'individuo.²⁷ Certo, rimane problematico separare le diverse libertà in Internet, e allora occorre piuttosto privilegiare un modello olistico di libertà.²⁸

24. Si veda *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, a cura di Antonio D'Aloia, Milano, Franco Angeli, 2020; Guido Alpa, *L'intelligenza artificiale. Il contesto giuridico*, Modena, Mucchi, 2021; Antonio Malaschini, "Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. L'orientamento italiano e i diversi indirizzi di Stati Uniti e Regno Unito", *Rassegna parlamentare*, 1, 2024, pp. 35 ss.

25. Ho già avanzato, in tal senso, obiezioni e critiche in Tommaso Edoardo Frisini, "L'orizzonte giuridico dell'intelligenza artificiale", *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1, 2022 (ora in Id., *Liberté Egalité Internet*, pp. 281 ss.).

26. Così, sia pure con riferimento alla libertà di manifestazione del pensiero, Zeno-Zencovich, *La libertà d'espressione*, p. 159.

27. Utilizzo la classificazione di Zeno-Zencovich, *La libertà d'espressione*, pp. 161 ss.

28. Sul punto, Vincenzo Zeno-Zencovich, *La libertà su Internet*, relazione introduttiva al convegno svoltosi a Roma il 13 ottobre 2010 e organizzato dalla

Qual è, appunto, la libertà informatica. Questa, infatti, lo è già di fatto prima ancora che di diritto. Non occorre una sua codificazione. Si è affermata nel momento in cui viene a essere esercitata attraverso l'utilizzo globale del sistema digitale da parte degli individui. Con lo stesso mezzo, che è la rete, e nello stesso tempo o in tempi assai ravvicinati.

Per rendersi ben conto di come stanno le cose nel mondo, in punto di utilizzo del digitale, è opportuno avvalersi dei numeri, delle statistiche, per capire ciò che siamo e ciò che non vogliamo. Ebbene, con riferimento ai (più diffusi) social network, i numeri sono questi: iniziamo con Facebook, che ha 2,80 miliardi di utenti attivi mensili, 1,8 miliardi di utenti attivi giornalieri; il 59% degli utenti di Internet, 58,5 minuti al giorno vengono trascorsi a "navigare" sul social; poi, WhatsApp, che ha 2 miliardi di utenti attivi mensili, ogni giorno vengono inviati più di 100 miliardi di messaggi, l'utente medio trascorre 38 minuti al giorno a mandare e leggere messaggi; infine, Twitter (oggi "X") che ha 353 milioni di utenti attivi al mese con un accesso quotidiano da parte di 187 milioni di persone, che trascorrono 158,2 minuti al mese usando la piattaforma per "cinguettare".²⁹ È questa la globalizzazione; è questa la società digitale, nella quale le nuove generazioni sono già perfettamente integrate. Si può davvero pensare di tornare indietro o pretendere di mettere un bavaglio a tutto ciò?

I nemici della libertà informatica ci stanno provando. Non sarà facile. Valga, allora, il monito di Calamandrei: «Della libertà ci s'accorge quando qualcuno comincia a contrastarcela».

Fondazione Calamandrei e Università di Roma Tre (si veda una sintesi su www.key4biz.it, 14 ottobre 2010).

²⁹. Si tratta di dati e statistiche facilmente reperibili sulle tante piattaforme digitali, attraverso i motori di ricerca, che non si ritiene necessario indicare una precisa fonte di riferimento.

Protezion[ismo] dei dati*

Vincenzo Zeno-Zencovich

Professore di diritto comparato presso l'Università di Roma Tre

Il protezionismo è quel sistema che mira a proteggere le industrie nazionali limitando – o escludendo – l'importazione di beni o la fornitura di servizi da Paesi terzi. A volte può manifestarsi limitando le esportazioni di determinati materiali o prodotti che, inseriti in un prodotto diverso, possono consentire ai Paesi terzi di competere più efficacemente nel Paese esportatore o sul mercato mondiale.

Data questa definizione molto ampia e comunemente condivisa, si può parlare di un “protezionismo dei dati” nel mondo di oggi?¹ È certamente importante analizzare questo tema al fine di comprendere la reale natura dei dati e la loro rilevanza non solo nelle relazioni commerciali internazionali, ma anche nella geopolitica globale.

Se prendiamo in considerazione la forma più comune e storica di protezionismo, ossia l'imposizione di tariffe doganali o di quote sull'importazione di merci straniere, si capisce subito che questo metodo non si può applicare ai dati, per una serie di ragioni.

* Il saggio è stato originariamente pubblicato in *Un ingegnere in Senato: saggi in onore di Franco Debenedetti*, a cura di Alberto Mingardi e Carlo Stagnaro, Torino, IBL Libri, 2023, pp. 87-99.

1. Si veda Susan A. Aaronson, “What Are We Talking about When We Talk about Digital Protectionism?”, *World Trade Review*, n. 18, 2019, p. 541.

- In primo luogo, i dati non sono materiali e quindi non sono soggetti ad alcun tipo di controllo doganale.² La sola idea di “contare” i dati (per unità digitali, cioè i byte) ha poco senso, perché il loro valore non dipende dalla loro dimensione, ma dall’informazione che veicolano o per cui sono utilizzati (i dati sulla distribuzione e sulle vendite di generi alimentari in Svezia non servono praticamente a nulla in Sudafrica).
- Per essere ancora più precisi, il valore dei dati è prossimo allo zero se non vi sono programmi in grado di analizzarli e di estrarre le informazioni necessarie – passate, presenti o future. È chiaro che si potrebbe, ipoteticamente, impedire l’uso di attività di analisi dei dati da parte di operatori stranieri sul proprio territorio, ma – a parte le difficoltà di attuazione di una simile misura – quale sarebbe il suo senso economico? Proteggerebbe l’industria digitale nazionale?
- Ma anche immaginando che i dati (generali o selezionati) siano venduti come un bene che scarseggia sul mercato nazionale (il Paese A non ha abbastanza dati di cui ha bisogno e quindi li importa dal Paese B), la misura protezionistica non sarebbe finalizzata a proteggere l’industria nazionale dei dati, ma a evitare che i dati siano raccolti nel Paese A ed elaborati nel Paese B per essere quindi utilizzati per attività economiche nel Paese A o altrove. Il punto è che nessun Paese si oppone all’importazione di dati relativi ad altri Paesi e alla loro elaborazione ed estrazione di valore sul proprio territorio. Il problema, come vedremo, non è l’importazione di dati, ma la loro esportazione.³

2. «Il commercio di dati è diverso dal commercio di beni e altri servizi. I dati sono intangibili, altamente commerciabili e alcuni tipi di dati, quando vengono elaborati, sono un bene pubblico, che i governi devono fornire e regolamentare in modo efficace» (Aaronson, “What Are We Talking about When We Talk about Digital Protectionism?”, p. 543).

3. «La nuova generazione di controlli su Internet cerca di impedire che le informazioni escano dai confini di un Paese, piuttosto che impedirgli di entrare nello spazio dello Stato sovrano» (Mira Burri, “Data Flows and Global Trade Law”, in Id. [a cura di], *Big Data and Global Trade Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 12).

Se prendiamo in esame il quadro giuridico entro il quale si potrebbe collocare il commercio internazionale di dati, appare molto chiaro che i tre pilastri dell'Accordo generale sulle tariffe e il commercio (GATT) (articolo I: Principio della nazione più favorita; articolo III: Principio del trattamento nazionale; articolo XI: Eliminazione dei limiti quantitativi) sono difficilmente applicabili ai dati. Non solo per la loro natura non materiale, ma anche perché si può facilmente comprendere la difficoltà di qualificare i dati come "prodotto simile", giacché la differenza non sta nel loro contenuto, ma nel software che può analizzarli ed estrarre le informazioni rilevanti. Lo stesso si può dire per un'ipotesica, ma irrealistica, discriminazione tra dati "importati" e dati "nazionali" al fine di "proteggere la produzione nazionale".

Per quanto riguarda le restrizioni quantitative sulle importazioni – qualunque sia la loro funzione protezionistica – come si è detto questo parametro appare privo di senso economico.

Si potrebbe pensare quindi che sia il caso di uscire dall'arido campo del commercio internazionale di beni per orientarsi verso quello del commercio internazionale di servizi. Ma nessuna delle due prospettive sembra particolarmente promettente.

Supponiamo che il servizio consista nella raccolta, nell'archiviazione, nell'elaborazione e nella produzione di dati e in tutti i servizi a valle ad esso collegati (ad esempio, controllo di qualità, manutenzione e assistenza, misurazione, commercializzazione, ecc.).

La misura protezionistica consisterebbe nell'esclusione delle imprese dei Paesi terzi dalla fornitura di tali servizi, o nel limitare il numero di fornitori dei Paesi terzi, o ancora la quantità (in termini di operazioni o di valore) dei servizi forniti.

Questi servizi devono essere attentamente distinti nel loro rapporto con i dati.

- In alcuni casi, tali servizi sono essenziali – ma accessori – per la fornitura di un altro servizio. L'esempio

più calzante è quello dei servizi finanziari, dove la transazione non può essere completata senza la raccolta, l'archiviazione e l'elaborazione dei dati delle parti coinvolte.

- In altri casi, tali servizi sono accessori al corretto funzionamento di un prodotto materiale. L'intero mondo IoT ("Internet delle cose") si muove intorno all'integrazione tra un oggetto fisico e i dati che esso raccoglie, riceve, elabora e fa funzionare correttamente. Un buon esempio è quello dell'automobile Tesla che è, sostanzialmente, un software di gestione dei dati applicato a una carrozzeria e a un sistema di dispositivi meccanici.
- Occorre poi prendere in considerazione quei servizi che consistono quasi interamente nella fornitura di determinati servizi ICT sulla base / in cambio dei dati forniti dall'utente.⁴

Il primo caso rientra nella vasta legislazione, sia nazionale che internazionale, sulla fornitura di tali servizi di primaria importanza. Se un Paese decide – e l'elenco di tali esenzioni è infinito – di limitare la fornitura di alcuni servizi – tipicamente finanziari – le ragioni sono legate alle sue politiche finanziarie (bilancia dei pagamenti, stabilità valutaria, protezione del sistema bancario nazionale), non a una forma di "protezionismo dei dati".

Il secondo caso può essere suddiviso in due ulteriori sotto-casi. Quello in cui la misura protezionistica (tariffe elevate, quote) viene introdotta per proteggere l'industria nazionale di un prodotto simile (ad esempio frigoriferi, robot industriali) che utilizza – come praticamente tutti al giorno d'oggi – tecnologie IoT. In questo sotto-caso i dati non sono l'elemento essenziale della questione commerciale.

Nell'altro sotto-caso, la misura protezionistica viene

4. Si veda anche la classificazione proposta da Aaronson, "What Are We Talking about When We Talk about Digital Protectionism?", p. 568, che elenca cinque tipi di dati: dati personali, dati aziendali riservati, dati pubblici, metadati, comunicazione da macchina a macchina.

adottata non perché si vuole proteggere l'industria nazionale da prodotti analoghi, ma perché si vuole controllare l'uso dei dati. La limitazione ha quindi a che fare con il rispetto della legislazione nazionale sui dati e in particolare con le disposizioni relative al trasferimento dei dati a Paesi terzi. In linea di principio tale trasferimento potrebbe essere del tutto indipendente dalla fornitura del servizio (che è assicurato dalle tecnologie digitali operanti nel Paese di importazione), ma è considerato, molto semplicemente, un patrimonio informativo dell'impresa, che può vantare diritti su di esso.

Una situazione simile si presenta nel terzo caso, in cui la raccolta, l'archiviazione e l'elaborazione dei dati sono il fulcro dell'attività dei servizi dell'azienda, che comunemente viene concepita come una società di dati.

Sebbene sia abbastanza comune ravvisare tali aziende nei due giganti di Internet come Facebook e Google, bisogna sottolineare che esistono centinaia, se non migliaia, di altre aziende che operano su un modello di business simile: forniscono un servizio sulla base di/in scambio di dati. Basta dare un'occhiata alle decine di "applicazioni" che ogni utente scarica sul proprio computer (Adobe, antivirus, ecc.) o smartphone (mappe, meteo, intrattenimento, ecc.) per rendersi conto della vastità del fenomeno.

Anche in questo caso, la misura protezionistica è volta a garantire il rispetto della normativa nazionale sul trattamento dei dati e a limitare il trasferimento all'estero degli stessi.

Se si collocano tutti questi casi nel contesto dell'Accordo generale sugli scambi di servizi (GATS) (e senza considerare la sua scarsissima efficacia negli ultimi venticinque anni, che rasenta l'irrelevanza) possiamo ipotizzare che le sue disposizioni non si applichino ai servizi che includono, in varia misura, la raccolta, l'archiviazione e l'elaborazione dei dati.⁵

5. «Il GATS non può essere adeguatamente adattato a un'economia basata sui dati» (Andrew D. Mitchell e Neha Mishra, "WTO Law and Cross-Border Data Flows: An Unfinished Agenda", in Burri [a cura di], *Big Data and Global Trade Law*, p. 93).

Come che sia, nell'Accordo sugli scambi dei servizi si possono trovare diverse disposizioni che giustificano politiche restrittive. In primo luogo, il principio di non discriminazione non viene violato se le restrizioni al trasferimento di dati si applicano a qualsiasi impresa, sia nazionale che estera (articoli VI e XVIII). In secondo luogo, l'articolo III bis (Divulgazione di informazioni riservate) e l'articolo XIV (Eccezioni generali) sembrano giustificare tali misure. In particolare, quest'ultima disposizione stabilisce espressamente che

nulla di quanto contenuto nel presente accordo è inteso a impedire l'adozione o l'applicazione da parte dei membri di misure: [...]

(c) necessarie per garantire l'osservanza di leggi e regolamenti che non siano incompatibili con le disposizioni del presente articolo, ivi compresi quelli relativi: [...]

(ii) alla tutela della vita privata di persone fisiche in relazione all'elaborazione e alla diffusione di dati personali nonché alla protezione della riservatezza di registri e documenti contabili di persone fisiche.

Riassumendo quanto finora esposto, possiamo affermare che sia il GATT, sia il GATS, con i loro innumerevoli allegati, non sembrano pertinenti al caso di quello che è stato, *ex hypothesis*, definito "protezionismo dei dati".

Ciò non è dovuto al fatto che i due testi siano stati redatti in modo carente o che siano obsoleti, ma dalla natura stessa dei dati e dal loro ruolo nell'economia globale e nella geopolitica.

Da un lato si fa notare che i dati, in quanto entità non materiali, sono difficili da regolamentare. La loro quantità – che di norma si calcola in zettabyte – la loro produzione costante, all'infinito, la loro ubiquità, la facilità di riproduzione e trasferimento rendono i dati un *unicum* nella storia dell'umanità.

Per questo motivo, la definizione di "datasfera"⁶ – in

6. Si veda Jean-Sylvestre Bergé, Stéphane Grumbach e Vincenzo Zeno-Zencovich

cui i dati circolano con poco o nessun controllo – appare calzante. Sicuramente l’economia dei dati è una parte essenziale dell’economia odierna, ma proprio per questo deve trovare una classificazione adeguata.

Così come in ogni azienda – fin dai tempi più antichi – l’informazione (estratta dai dati disponibili) è un elemento essenziale ed è protetta in svariati modi (accordi di riservatezza, segreti commerciali, *know-how*), in ogni Paese i dati relativi a quanto accade nel suo territorio, ai soggetti che vi operano, ai suoi cittadini hanno un’importanza strategica. Così come gli Stati rivendicano la sovranità sul loro territorio, sui loro cieli, sulle loro acque territoriali, essi estendono tale sovranità al mondo non materiale dei dati.

Le ragioni di questa espansione sono tutt’altro che banali.

In primo luogo, ci sono problemi di sicurezza. I dati forniscono informazioni sensibili sulla localizzazione, la natura e l’efficienza delle strutture di sicurezza. Ma ancora di più, rivelano le caratteristiche e le fragilità delle infrastrutture di trasmissione dei dati, che sono fattori fondamentali nella valutazione del quadro della sicurezza nazionale. La sicurezza informatica diventa quindi un obiettivo primario da perseguire attraverso il controllo dei server di elaborazione dati.⁷

Ma anche se prendiamo in considerazione i dati prodotti in (o da) un Paese da un punto di vista puramente economico, la conoscenza di tali dati, in un contesto di analisi predittiva, rivela la situazione generale, le tendenze sociali ed economiche, le crisi imminenti, le strategie prevedibili.

Chi possiede questi dati gode di un vantaggio informativo che può essere facilmente sfruttato. Si potrebbero dividere i Paesi tra “imperi di dati” e “colonie di dati”, e ben pochi sono felici di rientrare in quest’ultima

vich, “The ‘Datasphere’, Data Flows beyond Control, and the Challenges for Law and Governance”, *European Journal of Comparative Law and Governance*, vol. 5, n. 3, 2018.

7. Si veda Peter Swire e DeBrae Kennedy-Mayo, “The Effects of Data Localization on Cybersecurity”, disponibile all’indirizzo <https://ssrn.com/abstract=4030905>.

categoria.⁸

Questa è la ragione ultima del “protezionismo dei dati”.

L’obiettivo è quello di proteggere non un’industria nazionale, ma la sovranità nazionale.⁹ Un Paese che permette il libero accesso alle proprie risorse di dati potrebbe essere paragonato a un Paese che permette lo sfruttamento delle proprie risorse naturali per poi ricomprarle una volta lavorate.

Una volta delineata la logica del protezionismo dei dati e tralasciando qualsiasi giudizio di valore sulla sua desiderabilità o efficacia, è importante delineare i modi in cui questa politica viene attuata.

Il primo è quello comunemente chiamato “localizzazione dei dati”.¹⁰ Il termine indica che i dati raccolti in un determinato Paese possono essere memorizzati ed elaborati solo in quel Paese. Ciò significa che i dati non possono essere trasferiti all’estero.

In questo caso non vi è alcuna limitazione a chi fornisce questo servizio – e quindi non vi è alcuna discriminazione nell’accesso al mercato dei servizi di elaborazione dati¹¹ – ma “semplicemente” l’obbligo di non trasferire tali dati all’estero.

La localizzazione dei dati viene ritenuta una pratica contraria al libero scambio ed esistono diversi strumenti internazionali che la vietano esplicitamente. Ma se si

8. «Il colonialismo digitale rappresenta una rivisitazione del colonialismo tradizionale» (Aparajita Bhatt, “Data Sovereignty: The Quintessential Model for the New World Order”, *Indian Law Institute Law Review*, summer 2021, p. 287).

9. Secondo Henry Gao, “Data Sovereignty and Trade Agreements: Three Digital Kingdoms”, disponibile all’indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3940508>, le tre grandi regioni economiche (Stati Uniti, Cina e UE) sostengono rispettivamente la sovranità dell’impresa, dello Stato e dell’individuo. Il presente documento sostiene che, in fin dei conti, tutti e tre i modelli mirano a garantire la sovranità dello Stato.

10. Per un’ampia rassegna e analisi delle varie misure di localizzazione dei dati e delle loro motivazioni si veda Helena Vrabec, Ruslan Nurullaev, Michel Olmedo Cuevas e Pawel Szulewski, “Data Localisation Measures and Their Impacts on Data Science”, in Vanessa Mak, Eric Tjong Tjin Tai e Anna Berlee (a cura di), *Research Handbook in Data Science and the Law*, Cheltenham, E. Elgar, 2019, p. 322.

11. Ma è bene rammentare che alcune ricerche indicano che «non sembra che la creazione di data center locali abbia creato nuovi posti di lavoro nel Paese» (Martina F. Ferracane, “The Costs of Data Protectionism”, in Burri [a cura di], *Big Data and Global Trade Law*, p. 70).

guarda alla regola in modo pragmatico, il libero flusso di dati non è essenzialmente una questione di scambi internazionali.¹²

I dati non si vendono né si comprano. I dati sono semplicemente una risorsa su cui sviluppare strategie economiche e di marketing.

Il servizio in quanto tale, consistente nella raccolta, archiviazione ed elaborazione dei dati, non è in alcun modo impedito. Il parallelo potrebbe essere quello – molto comune in passato – di vietare l’esportazione dei profitti realizzati da una società straniera che opera in un Paese terzo. Questa pratica è espressamente vietata dall’articolo VIII dello Statuto del Fondo monetario internazionale, che però sottolinea come sia necessario un accordo internazionale per imporre la libera circolazione dei dati.¹³ Se questo viene a mancare, è dubbio che si possa rivendicare una qualche violazione del vastissimo e consolidato sistema commerciale internazionale.¹⁴ In poche parole: la localizzazione dei dati è finalizzata alla tutela degli interessi nazionali e, purché non sia discriminatoria, non sembra configurarsi come una violazione del diritto commerciale internazionale.¹⁵

12. Si veda tuttavia l’analisi economica di Sai R. Potluri, V. Sridhar e Shrishna Rao, “Effects of Data Localization on Digital Trade: An Agent-Based Modeling Approach”, *Telecommunications Policy*, vol. 44, n. 9, 2020, secondo cui «nei regimi di localizzazione dei dati altamente restrittivi accade spesso che i consumatori affluiscono verso le imprese locali, consentendo così a queste ultime di competere efficacemente contro le multinazionali globali. Tuttavia, i risultati della ricerca indicano anche che, mentre la libera circolazione transfrontaliera dei dati consente una forte concorrenza tra i produttori, le restrizioni alla localizzazione dei dati spesso limitano la scelta dei consumatori in virtù del loro effetto sul prezzo e sulla qualità dei servizi».

13. Si veda il lungo paragrafo dedicato da Burri, “Data Flows and Global Trade Law”, p. 24 ss. alle norme relative ai dati negli Accordi commerciali preferenziali (PTA); e Manfred Elsig e Sebastian Klotz, “Data Flow-Related Provisions in Preferential Trade Agreements”, in Burri (a cura di), *Big Data and Global Trade Law*, p. 42.

14. Ho presentato questa tesi in modo più dettagliato in Vincenzo Zeno-Zencovich, “Free-Flow of Data: Is International Trade Law the Appropriate Answer?”, in Federico Fabbrini, Edoardo Celeste e John Quinn (a cura di), *Data Protection Beyond Borders*, London, Hart, 2021, p. 173.

15. Ferracane presenta un’argomentazione simile in modo più elegante: «Il dibattito in merito alla questione se le restrizioni sui dati rappresentino una barriera

Un modo indiretto di imporre la localizzazione dei dati è quello adottato dall'Unione europea con la sua pervasiva regolamentazione dei dati personali.

Occorre sottolineare che la nozione di “dati personali” è stabilita dalle istituzioni dell'UE e degli Stati membri (Corte di giustizia dell'Unione europea, Garante per la protezione dei dati personali, Comitato per la protezione dei dati personali, Autorità nazionali per la protezione dei dati) ed è vasta, comprendendo sempre più dati. In realtà, praticamente tutti i dati sono “dati personali” nel senso che riconducono a persone fisiche chiaramente identificabili.¹⁶ Gli unici dati che sembrerebbero non rientrare nella definizione illustrata nell'articolo 4, paragrafo 1, del Regolamento generale per la protezione dei dati (GDPR), sono quelli relativi alle condizioni meteorologiche o ad altri fenomeni naturali e i dati statistici aggregati. E il fatto che il GDPR limiti espressamente il suo campo di applicazione alle persone fisiche non liberalizza il trattamento dei dati da parte delle persone giuridiche nei rapporti B2B, perché le imprese dovrebbero preventivamente cancellare tutti i dati relativi alle persone fisiche coinvolte nella transazione (il rappresentante legale di un altro soggetto, il referente, ecc.). Un'operazione molto costosa, che – unita alle sanzioni draconiane comminate con la massima facilità dalle varie autorità – viene di fatto scoraggiata.

Una volta stabilito che praticamente tutti i dati sono “dati personali”, il passo successivo è quello di vietare il trasferimento dei dati verso Paesi terzi che non garantiscono “un livello di protezione adeguato” (art. 45 GDPR). Se prendiamo in considerazione i criteri utilizzati nell'art. 45, par. 2 per valutare l'“adeguatezza del li-

commerciale potenzialmente contestabile in sede di Organizzazione mondiale del commercio è tuttavia ancora agli inizi» (“The Costs of Data Protectionism”, in Burri [a cura di], *Big Data and Global Trade Law*, p. 76).

16. Giustamente Burri ci ricorda che «in realtà è ormai raro che i dati generati dall'attività degli utenti siano completamente e irreversibilmente anonimizzati» e che «i *big data* consentono di re-identificare gli interessati utilizzando e combinando insiemi di dati non personali, soprattutto perché i dati sono persistenti e possono essere conservati indefinitamente con le tecnologie attualmente disponibili» (Burri, “Data Flows and Global Trade Law”, p. 14).

vello di protezione”, è difficile trovare più di una mezza dozzina di Paesi, tra i 166 membri dell’ONU, che superino la prova. Basti pensare alla misera fine degli accordi “Safe Harbour” e “Privacy Shield” dell’UE con il suo più importante partner politico ed economico, gli Stati Uniti, entrambi bocciati dalla Corte di giustizia dell’UE.¹⁷

Un effetto simile era già stato ottenuto dalla famosa sentenza della Corte sul caso *Google Spain*,¹⁸ in cui si affermava che la semplice raccolta di annunci commerciali in uno Stato membro equivaleva ad avere sede nell’UE e che quindi Google dovesse essere soggetta alle leggi dell’UE sulla protezione dei dati.

Il risultato è, di fatto, un principio di localizzazione dei dati, che viene riaffermato nella miriade di nuove proposte di *Digital Acts*, a cui si aggiunge la fortissima pressione politica per la creazione di un “cloud europeo”, che nella sua semplice denominazione implica un principio di localizzazione.¹⁹

Lasciando da parte ogni commento sul metodo un po’ ipocrita del “predicare bene e razzolare male” in merito alla libera circolazione dei dati, si capisce facilmente che sotto il mantello dei diritti fondamentali (la protezione dei dati personali sancita dall’articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE) c’è la comprensibile necessità di evitare che l’UE diventi ancora di più una colonia delle superpotenze dell’ICT, gli Stati Uniti e la Cina.

17. Si veda Giorgio Resta e Vincenzo Zeno-Zencovich (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai “Safe Harbour Principles” al “Privacy Shield”*, Roma, TrEPress, 2016.

18. Si veda Giorgio Resta e Vincenzo Zeno-Zencovich (a cura di), *Il diritto all’oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, TrE-Press, 2015.

19. Si veda la dichiarazione del 15 ottobre 2020 dei 27 Stati membri su “Building the next generation cloud for businesses and the public sector in the EU”: «Il *cloud computing* offre le capacità di elaborazione dei dati necessarie per consentire un’innovazione propulsa dai dati, dal che deriva l’urgente necessità di cooperare per promuovere la sovranità tecnologica dell’Europa e garantire che le nostre imprese e il settore pubblico abbiano accesso a capacità di archiviazione ed elaborazione dei dati resilienti e competitive. La leadership dell’Europa in questo settore è essenziale per abilitare l’intelligenza artificiale, l’“Internet delle cose” e le reti 5G/6G. L’Europa dovrebbe puntare a stabilire norme globali in materia di archiviazione ed elaborazione dei dati e a mantenere l’apertura del mercato e la cooperazione internazionale».

Nel dualismo impero/colonia si può leggere la coerente e costante politica statunitense contro la localizzazione dei dati, che si ritrova nella maggior parte dei trattati commerciali internazionali promossi negli ultimi vent'anni e in innumerevoli dichiarazioni politiche.²⁰ Le ragioni sono abbastanza ovvie: gli Stati Uniti sono leader nell'elaborazione dei dati e la "rivoluzione dei Big Data" è iniziata negli Stati Uniti. La sua industria digitale è leader mondiale e ha tutto l'interesse ad ampliare il suo mercato, sia per la raccolta dei dati che per la vendita dei risultati delle loro analisi.²¹ Per il momento non sembrano temere che i loro dati vengano raccolti ed elaborati in Paesi terzi.

Giacché la Cina è il principale concorrente tecnologico degli Stati Uniti, fin qui le autorità americane si sono limitate a contestare l'accesso "back-door" ai dati attraverso la tecnologia cinese (ad esempio Huawei). Questo introduce sostanzialmente un principio di localizzazione, impedendo il trasferimento dei dati in determinati Paesi. Come per l'Europa, la risposta degli Stati Uniti al principio di territorialità del GDPR è stata il cosiddetto *Cloud Act*,²² che consente alle autorità statunitensi di accedere ai dati detenuti da qualsiasi società o affiliata statunitense in qualsiasi parte del mondo.

Il principio dell'"occhio per occhio" nel controllo dei

20. Si veda, tra i tanti possibili esempi, il capitolo 19 dell'Accordo commerciale USA-Messico-Canada del 2019 (USMCA), secondo il quale «nessuna Parte può esigere che una persona [fisica o giuridica] nell'ambito del presente Trattato utilizzi o localizzi strutture informatiche nel territorio di detta Parte come condizione per svolgere attività commerciali nel suo territorio». Disposizioni analoghe si trovano nei più recenti accordi commerciali firmati dagli Stati Uniti.

21. Si veda Aaronson, "What Are We Talking about When We Talk about Digital Protectionism?", p. 549.

22. HR 4943 – *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (Cloud Act)* (Risoluzione della Camera dei rappresentanti degli Stati Uniti, disponibile all'indirizzo <https://www.congress.gov/bills/115th-congress/house-bill/4943>). Secondo il §2713: «Un fornitore di servizi di comunicazione elettronica o di servizi di elaborazione remota deve rispettare gli obblighi previsti dal presente capitolo al fine di preservare, eseguire il *backup* o divulgare il contenuto di una comunicazione telematica o elettronica e qualsiasi registrazione o altra informazione relativa a un cliente o abbonato in possesso, custodia o controllo di tale fornitore, indipendentemente dal fatto che tale comunicazione, registrazione o altra informazione si trovi all'interno o all'esterno degli Stati Uniti».

dati si palesa nella risposta dell'UE all'accesso a livello mondiale degli Stati Uniti. Il regolamento sulla "libera circolazione" dei dati non personali si applica a qualsiasi fornitore anche se non ha sede legale nell'UE.²³ La proposta di legge sui servizi digitali (DSA) impone ai fornitori di servizi di intermediazione basati in un Paese terzo e che offrono servizi nell'UE di designare un rappresentante legale nell'Unione e di fornire tutte le informazioni sui loro rappresentanti legali.²⁴ La proposta di legge sull'intelligenza artificiale estende esplicitamente le sue norme ai fornitori e agli utenti di sistemi di intelligenza artificiale stabiliti in un Paese terzo se i loro risultati sono utilizzati nell'UE.²⁵

La proposta di legge sulla *governance* dei dati afferma che le sentenze dei tribunali o delle autorità amministrative di Paesi terzi che richiedono l'accesso a dati non personali dovrebbero essere esecutive solo se esiste un accordo internazionale in tal senso.²⁶

23. Regolamento (UE) 2018/1807 relativo a un quadro per la libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea, articolo 2: «Il presente regolamento si applica al trattamento dei dati elettronici diversi dai dati personali nell'Unione, che sono: (a) offerti come servizio a utenti che risiedono o sono stabiliti nell'Unione stessa, indipendentemente dal fatto che il fornitore del servizio sia stabilito o meno nell'Unione».

24. Regolamento sul mercato unico dei servizi digitali (*Digital Services Act*), che modifica la direttiva 2000/31/CE, articolo 11: «I prestatori di servizi di intermediazione che non sono stabiliti nell'Unione ma che offrono servizi nel suo territorio designano per iscritto una persona fisica o giuridica come loro rappresentante legale in uno degli Stati membri in cui il prestatore offre i propri servizi».

25. Regolamento che stabilisce norme armonizzate in materia di intelligenza artificiale (Atto sull'intelligenza artificiale) e modifica taluni atti legislativi dell'Unione, articolo 2: «Il presente regolamento si applica a: (a) i fornitori che immettono sul mercato o mettono in servizio sistemi di IA nell'Unione, indipendentemente dal fatto che tali fornitori siano stabiliti nell'Unione o in un Paese terzo; (b) agli utenti di sistemi di IA situati nell'Unione; (c) ai fornitori e agli utenti di sistemi di IA situati in un Paese terzo, quando l'output prodotto dal sistema è utilizzato nell'Unione».

26. Regolamento sulla *governance* europea dei dati (*Data Governance Act*), articolo 30: «Le sentenze di un organo giurisdizionale e le decisioni di un'autorità amministrativa di un Paese terzo che impongano a un ente pubblico, a una persona fisica o giuridica a cui è stato concesso il diritto di riutilizzare i dati ai sensi del capo 2, a un fornitore di condivisione di dati o a un'entità iscritta nel registro delle organizzazioni riconosciute per l'altruismo dei dati di trasferire o dare accesso a dati non personali soggetti al presente regolamento nell'Unione possono essere riconosciute o eseguite in qualsiasi modo solo se basate su un accordo internazionale».

La proposta di legge sui dati ribadisce tale principio aggiungendo, significativamente, che la disposizione è imposta per proteggere non solo i diritti fondamentali dei cittadini dell'UE, ma anche la sicurezza nazionale, i diritti di proprietà intellettuale, i segreti commerciali, la riservatezza commerciale.²⁷

L'analisi condotta nelle pagine precedenti porta a concludere che il "protezionismo dei dati" è influenzato dalla politica internazionale, più che dagli scambi internazionali. In questo senso può essere associato alla storia infinita degli Investimenti diretti esteri, a volte visti come un beneficio, altre come una maledizione e che oscilla tra imponenti incentivi e veti rigorosi.

In quest'ultimo caso, la posta in gioco è la sovranità industriale o finanziaria di un Paese. Con i dati – a causa della loro polifunzionalità e non materialità – l'interesse copre l'intero spettro delle attività pubbliche e private.

Con questo non vogliamo sminuire la rilevanza economica del libero flusso di dati, bensì sottolineare che la soluzione può essere ravvisata solo in nuovi principi condivisi, sanciti da accordi di diritto internazionale.²⁸ Il che, nei tempi difficili che stiamo vivendo, sembra purtroppo un pio desiderio.²⁹

27. Regolamento sulle norme armonizzate sull'accesso e l'uso corretto dei dati (*Data Act*), articolo 27, paragrafo 3: un'autorità competente dell'UE stabilita «quando ritiene che la decisione possa riguardare dati sensibili dal punto di vista commerciale o possa pregiudicare la sicurezza nazionale o la difesa dell'Unione o degli Stati membri».

28. «Il mondo è travolto dai dati e non vi è alcun consenso in merito al modo migliore per regolamentarli» (Susan A. Aaronson, "Data Is Different, Policymakers Should Pay Attention to Its Governance", in Burri [a cura di], *Big Data and Global Trade Law*, p. 359).

29. «Le notevoli divergenze sia nella percezione che nella regolamentazione della protezione della privacy tra le varie nazioni, e in particolare tra l'approccio ai diritti fondamentali dell'UE e quello più basato sul mercato e non interventista degli Stati Uniti, hanno anche fatto sì che le forme convenzionali di cooperazione internazionale e un accordo su standard condivisi di protezione dei dati siano diventati altamente improbabili» (Burri, "Data Flows and Global Trade Law", p. 14). E le sue parole conclusive: «Le questioni relative ai dati non possono essere coperte dalla mera posizione "tariffe più basse, più impegni" nei negoziati commerciali, ma comportano la necessità di conciliare interessi diversi e la necessità di una supervisione». In questo contesto, mentre i percorsi per intraprendere e far progredire la cooperazione normativa dovrebbero idealmente essere seguiti nel forum multilaterale, le sedi commerciali preferenziali possono servire come laboratori di

governance. La strada da percorrere può essere davvero brillante, ma dipende in larga misura (e forse purtroppo) dal ruolo che gli attori principali, Stati Uniti, UE e Cina, sono disposti ad assumere» (p. 41).

L'abuso di dipendenza economica nel mondo digitale

Mariateresa Maggiolino

Professoressa di diritto commerciale presso l'Università Bocconi

1. Introduzione

La nuova ondata di regolamenti europei chiamati a governare le imprese e gli utenti digitali – per citare gli articolati più rilevanti, il *Digital Markets Act* (DMA), il *Digital Services Act* (DSA) e l'*Artificial Intelligence Act* – viene giustificata, non solo con l'esigenza di affrontare nuove fattispecie, ma anche con il desiderio di prevenire una pericolosa frammentazione normativa, che potrebbe mettere a repentaglio il mercato unico digitale. Questo deriva anche dal proliferare di norme nazionali che, in modo più o meno coerente tra di loro e col diritto dell'Unione, sono intervenute negli anni su aspetti specifici dei mercati digitali. A dispetto di un'intenzione di per sé potenzialmente condivisibile, il successo sotto questo profilo sembra essere soltanto parziale. Infatti, gli Stati membri hanno mantenuto le norme pre-esistenti e, in alcuni casi, ne hanno introdotte di nuove, con potenziali e pericolose sovrapposizioni con il diritto europeo. È il caso della nuova disciplina italiana sulla presunzione di dipendenza economica.

Nell'ottobre del 2022 il parlamento italiano novellava, infatti, l'art. 9 della legge n. 192/1998 in materia di abuso di dipendenza economica prevedendo, all'art. 33 della legge n. 118/2022, che:

salvo prova contraria, si presum[a] la dipendenza economica nel caso in cui un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati.

Inoltre, con la medesima disposizione si ricordava, a titolo esemplificativo, che:

[l]e pratiche abusive realizzate dalle piattaforme digitali [...] possono consistere anche nel fornire informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio erogato e nel richiedere indebite prestazioni unilaterali non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta, ovvero nell'adottare pratiche che inibiscono od ostacolano l'utilizzo di diverso fornitore per il medesimo servizio, anche attraverso l'applicazione di condizioni unilaterali o costi aggiuntivi non previsti dagli accordi contrattuali o dalle licenze in essere.

Nel presente scritto ci si propone di illustrare il contenuto di questa novità legislativa, avendo cura di delinearne la specificità rispetto alla disciplina ordinaria dell'abuso di dipendenza economica e di individuarne l'ambito di applicazione in rapporto ad altre disposizioni europee e nazionali che, come il divieto di abuso di posizione dominante e le regole del recente DMA,¹ già governano l'agire delle piattaforme digitali – o, *rectius*, di alcune di esse – nei confronti delle proprie controparti commerciali. Detto altrimenti, nelle prossime pagine si cercherà di capire se questa modifica normativa fosse proprio necessaria e, per converso, a quali rischi e costi essa esponga tanto l'ordinamento, quanto le imprese.

A tal scopo, mentre i paragrafi dal secondo al quar-

1. Regolamento EU 2022/1925 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive UE 2019/1937 e UE 2020/1828 (*Digital Markets Act*), in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, L 265/1, 2022.

to daranno conto, in maniera assai succinta, del quadro normativo antecedente alla riforma, i paragrafi quinto e sesto si soffermeranno sulla *ratio* dell'art. 33, nonché sugli scenari che si andranno ora a delineare per effetto di questa modifica normativa.

2. La disciplina ordinaria dell'abuso di dipendenza economica

Supponete che un'impresa – ad esempio, un distributore – abbia investito una parte significativa del proprio fatturato in formazione dei dipendenti, *styling* dei propri punti vendita e stoccaggio di prodotti, pur di entrare e rimanere in una relazione commerciale con una specifica controparte – tipicamente, un *franchisor* titolare di un marchio rinomato. Oppure immaginate che, per molti anni, un'impresa abbia organizzato il suo sistema produttivo (e, dunque, la sua principale fonte di reddito) in rapporto alle specifiche richieste tecniche di un determinato produttore, come accade quando un subfornitore o un realizzatore indipendente di pezzi di ricambio disegnano una particolare componente meccanica di modo che essa sia fisicamente compatibile con il prodotto, complesso e composito, offerto dal fornitore o dal produttore del bene durevole.

Ipotizzate, in aggiunta, che – per ragioni che si vedranno di seguito – nel mercato non operino altri *franchisor* o altri committenti con cui la nostra impresa potrebbe recuperare in modo soddisfacente gli ingenti investimenti specifici sino ad allora sostenuti² o svolgere altrimenti la propria attività, ossia pensate all'ipotesi in cui quegli investimenti e detta attività diventino improduttivi al di fuori della relazione commerciale all'interno della quale essi sono stati ideati.

Ebbene, per effetto delle sue decisioni imprendito-

2. Sulla nozione di investimenti specifici già Tribunale di Torino, sez. IX, 11 marzo 2010 che considera specifici gli investimenti mirati all'allestimento di un'organizzazione produttiva che risponda alle peculiari esigenze del committente e soddisfi pienamente i criteri da questo fissato. Sulla necessità che questi investimenti risultino anche quantitativamente significativi, si veda inoltre Tribunale di Torino, sez. spec. impresa, 6 giugno 2017, n. 2952.

riali e della appena descritta condizione di mercato,³ nei fatti – ossia, al di là di qualsiasi valutazione di ordine giuridico – la nostra impresa si troverà in una situazione di intrinseca debolezza e soggezione, perché la possibilità di recuperare gli investimenti fatti e financo l'eventualità di continuare a svolgere, in modo lucrativo, la propria attività verranno a dipendere dalle scelte e dai comportamenti della sua controparte. Detto altrimenti, la nostra impresa – l'impresa c.d. "debole" o "dipendente" – verserà in una condizione di dipendenza economica,⁴ ossia sarà coinvolta in una relazione commerciale che la esporrà costantemente a un duplice rischio: (i) di perdere una parte significativa del proprio reddito, qualora la sua controparte – l'impresa c.d. "forte" – decida di interrompere quella relazione; e (ii) di dover accettare condizioni commerciali e clausole contrattuali ingiustificatamente gravose e discriminatorie, pur di scongiurare l'interruzione del rapporto economico.⁵

Per evitare che questo duplice rischio si manifesti e garantire, così, che tra le parti sussista una forma di equità sostanziale nonché di paritaria distribuzione di obblighi e diritti, l'art. 9 della n. 192/1998 vieta all'impresa forte di abusare dello stato di dipendenza economica dell'impresa debole, per esempio, inter-

3. L'assenza di concrete alternative, anche dette alternative soddisfacenti, è dunque dirimente affinché si possa delineare una situazione di dipendenza economica – cfr. Corte Cass. civ., sez. I, 21 gennaio 2020, n. 1184.

4. Non per caso, negli esempi sopra riportati ci si è riferiti ad alcuni dei fattori che più frequentemente indicano l'esistenza di una dipendenza economica, vale a dire: (i) i significativi investimenti specifici – cfr. *supra* nt. 2; (ii) l'assenza (per via dell'uso dei marchi e degli altri segni distintivi del committente) in capo all'impresa debole di un'immagine commerciale che, agli occhi del consumatore, possa dirsi distinguibile da quella dell'impresa forte – cfr. Tribunale di Roma, sez. X, 24 gennaio 2017, n. 1239; (iii) la durata del contratto – cfr., *ex multis*, Tribunale di Roma, sez. X, 24 gennaio 2017, n. 1239; (iv) la mono-committenza o, comunque, il fatto che un'impresa derivi dalla relazione con l'altra una parte determinante del proprio reddito – cfr. Tribunale di Lecce, sez. I, 12 settembre 2018, n. 2964; Tribunale di Roma, sez. X, 24 gennaio 2017, n. 1239, e Tribunale di Bassano del Grappa, 2 maggio 2013; nonché (v) l'assenza di discrezionalità nella gestione della propria attività produttivo-commerciale – cfr. sempre Tribunale di Torino, sez. spec. impresa, 6 giugno 2017, n. 2952.

5. Benjamin Klein, "Why Hold Ups Occur: The Self-enforcing Range of Contractual Relationships", *Economic Inquiry*, vol. 34, 1996.

rompendo arbitrariamente la relazione commerciale che intrattiene con essa, e/o imponendole termini e condizioni che non rispondono alla logica di un contratto giusto e corretto, ossia che non rispecchiano una ripartizione equilibrata dei doveri e degli obblighi tra le parti. Più nel dettaglio, l'art. 9 punisce con la nullità il patto attraverso il quale si realizza un abuso di dipendenza economica e attribuisce al giudice ordinario la competenza sia a inibire i comportamenti abusivi dell'impresa forte, sia a imporre il relativo risarcimento dei danni a vantaggio dell'impresa debole. Ciò – ovviamente – purché quest'ultima provi la propria condizione di dipendenza economica e l'occorrere di una o più pratiche abusive che le abbiano cagionato un danno patrimoniale.⁶

In termini di politica del diritto, dunque, si può affermare che con l'art. 9 della n. 192/1998 il legislatore italiano abbia superato, almeno per quanto riguarda i contratti tra imprese, l'idea liberale secondo cui *soltanto* le parti, in quanto titolari degli interessi governati dall'accordo, sarebbero legittimate a sindacarne la convenienza, accettando invece che valori come la proporzionalità, la giustizia e la tutela del contraente debole limitino la volontà e l'autodeterminazione delle parti.⁷ Certo: si potrebbe obiettare che questa sia una posizione colpevolmente paternalistica, perché l'impresa debole non si sarebbe mai dovuta "cacciare nei guai", ossia non avrebbe mai dovuto entrare in relazioni commerciali e contrattuali così sfavorevoli e vincolanti, dovendo al contrario valutarne *ex ante* i potenziali svantaggi per ridurli, se non eliminarli, in fase di negoziazione del contratto.

Tuttavia, la circostanza che vuole che i contratti – e

6. È ormai pacifico che questa fattispecie sia di portata generale, ossia non si limiti ai soli contratti di sub-fornitura. Cfr. sul punto Corte di cassazione, Sezioni Unite, ordinanza del 25 novembre 2011, n.24906, nonché Cass. civ. Sez. III, 23 luglio 2014, n. 16787; Tribunale Bergamo Sez. IV, 4 gennaio 2017.

7. Andrea Zoppini, "Abuso di dipendenza economica e teoria del contratto", in Vittorio Minervini e Giuseppe Colangelo (a cura di), *La nuova stagione dell'abuso di dipendenza economica*, Bologna, Il Mulino, 2023, p. 13.

soprattutto quelli di durata, come i contratti di distribuzione e di sub-fornitura – siano incompleti, ossia incapaci di governare qualsiasi situazione venga a occorrere, permette che in ipotesi non previamente disciplinate da un accordo che pur *ex ante* risultava equo si delineino una parte forte e una parte debole e che la prima abbia il sopravvento sulla seconda imponendole, *ex post*, ossia dopo la firma del contratto, una soluzione ingiustificatamente gravosa.⁸

Inoltre – e al di là delle scelte di politica del diritto che possono vederci più o meno contrari – occorre chiarire che esistono degli scenari in cui la dipendenza economica delle imprese non è riconducibile a delle loro improvvise decisioni assunte *ex ante*, ma all'assenza di alternative ragionevoli già prima della firma del contratto – assenza imputabile a degli elementi intrinseci o alla struttura del mercato o al modello di business che, in un particolare settore economico, viene utilizzato per svolgere una determinata attività produttiva e/o commerciale. Per esempio, può accadere che la controparte forte sia anche un'impresa in posizione dominante nel mercato, ossia un partner commerciale inevitabile, con cui l'impresa debole non può non relazionarsi al di là delle proprie decisioni più o meno avvedute.⁹ Analogamente, le alternative negoziali a disposizione delle imprese dipendenti possono essere assai limitate quando esse operano in un mercato oligopolistico¹⁰ perché, in questa circostanza, non solo è vero che le loro poche controparti commerciali sono tutte comunque dotate di un certo potere di mercato, ma è anche vero che i contratti che esse concludono sono tra loro decisamente omogenei ed equivalenti. Ancora, la prassi

8. Cfr. Oliver Hart e John Moore, "Incomplete Contracts and Re-negotiation", *Econometrica*, vol. 54, 1988; Oliver Hart, "Incomplete Contracts and the Theory of the Firm", *Journal of Law, Economics & Organization*, vol. 4, 1988 e Cristoforo Osti, "L'abuso di dipendenza economica", *Mercato Concorrenza Regole*, n. 1, 1999.

9. Miche Grillo, "L'abuso di dipendenza economica. L'opinione dell'economista", *Mercato Concorrenza Regole*, n. 1, 1999.

10. Andrea Pezzoli, "Abuso di dipendenza economica e concorrenza. Analisi economica di un ibrido?", in Minervini e Colangelo (a cura di), *La nuova stagione dell'abuso di dipendenza economica*, p. 137.

industriale di esternalizzare la produzione dei pezzi di ricambio dei beni durevoli¹¹ o di offrire merci e servizi tramite contratti di *franchising*¹² può determinare casi di dipendenza economica anche in assenza di particolari forme di concentrazione di potere di mercato, a causa delle asimmetrie informative che caratterizzano molti mercati e dei limiti cognitivi e computazionali propri di ogni impresa¹³ che, complessivamente, impediscono di valutare *ex ante* tutti i benefici e i costi delle relazioni contrattuali che si potrebbero intrattenere.¹⁴

Vero, come si vedrà nelle prossime pagine, le condotte di sfruttamento che le imprese in posizione dominante pongono in essere ai danni delle loro controparti commerciali possono essere perseguite ai sensi delle lettere a) degli artt. 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e 3 della legge 287/1990. Da questo particolare punto di vista, dunque, la disposizione che vieta l'abuso di dipendenza economica pare superflua.

Tuttavia, resta corretto osservare che le disposizioni

11. Rudolph J.R. Peritz, "Theory and Fact in Antitrust Doctrine: Summary Judgment Standards, Single-Brand Aftermarkets and the Clash of Microeconomic Models", *Antitrust Bulletin*, vol. 45, 2000; Benjamin Klein, "Market Power in Aftermarkets", in Fred McChesney (a cura di), *Economic Inputs, Legal Outputs: The Role of Economics in Modern Antitrust*, Hoboken, Wiley, 1998; e Carl Shapiro, "Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak", *Antitrust Law Journal*, vol. 63, 1995.

12. Benjamin Klein, Robert G. Crawford e Armen A. Alchian, "Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process", *Journal of Law & Economics*, vol. 21, 1978.

13. Cfr. Ronald H. Coase, "The Nature of the Firm", *Economica*, vol. 4, 1937; Id., "The Problem of Social Cost", *Journal of Law & Economics*, vol. 3, 1960; Oliver E. Williamson, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, New York, Free Press, 1975; Id., "Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations", *Journal of Law & Economics*, vol. 22, 1979.

14. C'è da dire che, a volte, la vastità, la complessità e la frammentarietà dei documenti contrattuali aumentano la probabilità che la controparte (debole) non sia in grado di comprendere i termini effettivi della relazione commerciale, al punto che queste medesime caratteristiche dei documenti contrattuali possono essere considerate sintomatiche di una condizione di dipendenza economica. Così, il Tribunale di Torino, sez. spec. impresa, 6 giugno 2017, n. 2952 con riguardo a un patto che prevedeva, oltre a un regolamento contrattuale articolato in una serie di condizioni generali unilateralmente predisposte, molteplici schede tecniche e specifiche di esecuzione.

appena menzionate e, più in generale, l'intero diritto antitrust nulla possono contro le pratiche di sfruttamento delle imprese oligopoliste – a meno di non voler azionare la fattispecie dell'abuso di posizione dominante collettiva (!) – o contro i sopra menzionati fattori (dall'incompletezza dei contratti, alle asimmetrie informative, alla razionalità limitata delle imprese) che determinano l'insorgere di situazioni di dipendenza economica e il conseguente rischio di comportamenti abusivi.

Pertanto – e per concludere questa sintetica descrizione della disciplina¹⁵ – l'art. 9 della n. 192/1998 trova un suo specifico ambito di applicazione, al di là del diritto antitrust, che può ovviamente estendersi alle imprese digitali. In altri termini, prima della riforma, non c'era nulla nella disciplina ordinaria dell'abuso di dipendenza economica che impedisse alle imprese deboli, vittime dei comportamenti abusivi dei c.d. giganti del web o di altre imprese digitali forti, di rivolgersi al giudice ordinario per ottenere giustizia. Resta fermo che, per farlo, avrebbero dovuto provare la propria condizione di dipendenza economica e l'occorrere di una o più pratiche inique da parte delle piattaforme digitali. E ciò superando quella che nella pratica è detta la *paura di retaliation* di cui soffrirebbero le imprese deboli nell'affrontare le loro controparti commerciali.

2.1 Il ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Sinora si è detto di un divieto che si concentra sui rapporti inter-individuali tra operatori del mercato. Tuttavia, come il legislatore italiano del 2001 riconobbe, in alcune circostanze peculiari gli effetti dei comportamenti abusivi dell'impresa forte possono trascendere i confini del rapporto tra le parti, per investire le dinamiche di mercato. Supponiamo, per esempio, che le clausole ingiustificatamente gravose subite dalle nostre

15. Giuseppe Colangelo, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, Giappichelli, 2004 e Philipp Fabbio, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, Giuffrè, 2006.

imprese deboli siano assurde a prassi di mercato, ossia siano decisamente frequenti e molto diffuse. Questo potrebbe accadere perché quelle clausole vengono utilizzate da *franchisor* rinomati che vantano reti di distribuzione molto nutrite,¹⁶ oppure perché quelle clausole sono imposte da un produttore oligopolista, tramite contratti standard che non possono essere modificati.¹⁷ Oppure, supponiamo che lo sfruttamento di un'impresa debole sia stato così significativo da determinare l'uscita dell'impresa dal mercato.¹⁸

Per effetto della descritta diffusione, si potrebbe argomentare che le clausole inique sottraggono nel tempo e sistematicamente risorse a molte imprese deboli limitandone la capacità non solo di competere, ma anche di crescere e innovare, ossia di disporre di fondi per migliorare la propria attività industriale e commerciale.¹⁹ Alternativamente, anche guardando a un singolo caso, si potrebbe sostenere che se lo sfruttamento ha determinato l'uscita dal mercato di un'impresa, esso ha altresì compromesso la capacità del mercato di produrre concorrenza e innovazione, impedendo a un'impresa di sviluppare la propria attività così da non solo emanciparsi dal proprio committente, ma anche dal sfidarlo.²⁰ Insomma, in queste circostanze di fatto, si potrebbe allora mostrare che delle condotte ingiustificatamente gravose che – certo – non smettono di incidere sulla di-

16. A543 – *Rapporti Contrattuali tra Benetton ei Suoi Rivenditori*, Prov. n. 28447, 17 novembre 2020 (avvio di istruttoria); A550 – *Catena di Franchising Original Marines*, Prov. n. 29930, 3 dicembre 2021 (avvio di istruttoria); e A546 – *Franchising di Mcdonald's*, Prov. n. 29739, 27 luglio 2021 (avvio di istruttoria). Tutti questi procedimenti si sono conclusi con l'accettazione da parte dell'Autorità degli impegni proposti dalle parti.

17. A547 – *Condotte di Wind Tre a Danno Dei Rivenditori*, Prov. n. 29874, 4 novembre 2021 (avvio di istruttoria). Anche questo procedimento si è concluso con l'accettazione da parte dell'Autorità degli impegni proposti dalle parti.

18. A539 – *Poste Italiane/Contratti Fornitura Servizio Recapiti*, Prov. n. 29782, 17 marzo 2020.

19. Cfr. *Benetton*, § 27; *Original Marines*, § 25; *Mcdonald's*, § 35 e *Wind Tre*, § 18.

20. Cfr. *Poste italiane*, §§ 343-344. Qui preme evidenziare come il ragionamento dell'Autorità mimi quello che si è soliti fare ai sensi dell'art. 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea proprio per descrivere i possibili effetti anti-competitivi delle condotte escludenti delle imprese dominanti.

istribuzione della ricchezza tra le parti, pregiudichino anche le dinamiche di mercato, riducendo l'efficienza statica e dinamica. E poiché l'interesse a tutelare il funzionamento del mercato è un interesse pubblico, ci sarebbe spazio per chiudere il ragionamento affidando a un'autorità indipendente il compito di intervenire con provvedimenti inibitori e sanzioni amministrative quando – per l'appunto – delle ipotesi di abuso di dipendenza economica pregiudicano la concorrenza.

Ebbene, è questo il ragionamento che oggi occorre svolgere per dare un senso alla riforma intervenuta con la legge 5 marzo 2001 n. 57, ancorché essa sia rimasta silente per quasi quindici anni. Novellando l'art. 9 della legge 192/1998, questa riforma ha stabilito che il divieto di abuso di dipendenza economica può essere applicato, anche su segnalazione di terzi e sulla scorta dei poteri di indagine previsti dalla legge 287/1990, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (qui anche AGCM o Autorità), qualora tale abuso abbia una "rilevanza concorrenziale". Tale novella ha quindi attribuito all'AGCM il potere di inibire e sanzionare gli abusi di dipendenza economica quando il patto abusivo, ben lungi dall'essere una mera espressione della volontà delle parti, diventa lo strumento con cui un agente economico impedisce alle sue controparti l'esercizio della loro libertà di impresa, bloccando il loro accesso al mercato o costringendole a operarvi a condizioni inique e scorrette.²¹

Complessivamente, dunque, prima della modifica normativa intervenuta nel 2022 di cui qui si discute, la disciplina dell'abuso di dipendenza economica sapeva già governare delle situazioni in cui, in ragione di alcune circostanze di fatto, l'abuso di un eccessivo squilibrio nella distribuzione del potere contrattuale tra le parti poteva financo causare il malfunzionamento del

21. Per una discussione approfondita dei casi anche qui esaminati si veda Vittorio Minervini, "L'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale nelle prime decisioni dell'AGCM. Fattispecie, rapporto con il private enforcement e prospettive applicative", *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 2, 2022, pp. 516 ss.

mercato. E ciò forse anche per superare quella *paura di retaliation* a cui si faceva prima riferimento.

Di conseguenza – e per quanto qui maggiormente interessa – già prima dell'introduzione dell'art. 33 della legge n. 118/2022, l'AGCM disponeva del potere di perseguire le piattaforme digitali che avessero alterato le dinamiche di mercato approfittandosi della dipendenza economica delle loro controparti commerciali. Resta fermo che, anche in questo caso, per farlo l'AGCM avrebbe dovuto dimostrare: l'esistenza di una condizione di dipendenza economica in capo a dette controparti; l'occorrere di una o più pratiche inique da parte delle piattaforme digitali; nonché gli effetti di tali pratiche sul mercato.

3. Brevi cenni agli abusi di posizione dominante, in particolare nel mondo digitale

Evidentemente non è questa la sede né per discutere diffusamente della disciplina dell'abuso di posizione dominante governata dagli artt. 102 TFUE e 3 l. 287/1990, né per elaborare giudizi circa l'applicazione di questa fattispecie alle imprese che operano nei mercati digitali. Tre profili, però, meritano di essere qui discussi per comprendere la portata innovativa dell'art. 33 della legge n. 118/2022 in materia di abuso di dipendenza economica.

In primo luogo, occorre ricordare che i divieti di abuso di posizione dominante possono applicarsi solo qualora si dimostri che un'impresa è in grado di esercitare un significativo potere di mercato. Tuttavia, l'attività investigativa per cui si apprezza questa forma di potere – che, come noto, consiste nella capacità di un'impresa di peggiorare la propria offerta in modo comunque profittevole²² – richiede tempo e cura. Si tratta infatti di

²². Si veda, a titolo d'esempio, Frederic M. Scherer e David Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston, Houghton Mifflin, 1990 e Dennis W. Carlton e Jeffrey M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, Londra, Pearson Education, 2004; nonché Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*,

un'euristica complessa – che prende il nome di definizione del mercato rilevante – finalizzata ad acquisire informazioni circa le preferenze e i comportamenti di tutti coloro che interagiscono con le imprese asseritamente dominanti, siano questi fornitori, clienti, consumatori o concorrenti, attuali e potenziali. Più nel dettaglio, dapprima le autorità della concorrenza devono definire il c.d. mercato rilevante del prodotto,²³ ossia l'insieme di tutti i prodotti e/o servizi che, in ragione delle loro caratteristiche, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati, sono considerati sostituibili, prevalentemente dal lato della domanda, e in subordine dal lato dell'offerta. Successivamente, queste autorità devono individuare il c.d. mercato geografico rilevante,²⁴ il quale invece comprende l'area in cui le imprese interessate forniscono o acquistano prodotti o servizi a condizioni di concorrenza sufficientemente omogenee. Infine, muovendosi all'interno dei confini dei mercati rilevanti del prodotto e geografico, le autorità devono calcolare le quote di mercato delle imprese oggetto dell'indagine e le quote di mercato delle loro rivali attuali, apprezzare il potere contrattuale delle loro controparti commerciali e, in ultimo, individua le barriere all'entrata. Se, infatti, i primi tre elementi servono tutti a stabilire quanto un'impresa possa dirsi libera di fare il prezzo o di variare la qualità dei propri beni, potendo prescindere dai condizionamenti (*rectius*, vincoli competitivi) provenienti dai suoi concorrenti e controparti commerciali attuali, l'individuazione delle barriere all'ingresso serve a comprendere quanto quel potere di mercato sia protetto dall'eventuale aggressione di potenziali entranti e, dunque, quanto esso possa durare nel tempo.

GU C45 del 24 febbraio 2009, pp. 7-20, para. 11.

23. CG, causa C-307/18, Generics (UK) e a., ECLI:EU:C:2020:52, para. 129 e già CG, causa C-85/76, Hoffmann-La Roche/Commissione, ECLI:EU:C:1979:36, para. 51.

24. Trib. UE, cause T-346/02 e T-347/02, Cableuropa e a./Commissione, ECLI:EU:T:2003:256, para. 115; Trib. UE, causa T-151/05, NVV e a./Commissione, ECLI:EU:T:2009:144, para. 52; e CG, causa C-27/76, United Brands/Commissione, ECLI:EU:C:1978:22, para. 11.

Come si anticipava, dunque, l'indagine che porta ad attribuire un significativo potere di mercato – o posizione dominante, che dir si voglia – a una specifica impresa è attività lunga e articolata.

In secondo luogo, i divieti di abuso di posizione dominante possono colpire due specie di condotte, vale a dire o le c.d. pratiche escludenti e anticompetitive, ossia quelle azioni capaci di ledere indirettamente il benessere del consumatore attraverso un'alterazione del gioco competitivo, o le c.d. pratiche di sfruttamento, vale a dire quelle condotte che sono in grado di compromettere direttamente il menzionato benessere.^{25,26} Tuttavia, l'effettiva reprimenda di questi comportamenti non è affatto automatica, ma richiede che le autorità antitrust dimostrino che nei fatti si sono verificate alcune condizioni, molte delle quali presuppongono lo studio delle strategie imprenditoriali, nonché la comprensione delle dinamiche di mercato di breve e lungo periodo.

Per esempio – e soffermandoci, per brevità, sulle condotte che possono interessare anche la fattispecie dell'abuso di dipendenza economica – per punire come una pratica escludente e anticompetitiva la decisione di un'impresa in posizione dominante di interrompere una relazione commerciale in essere è necessario provare che tale scelta potrebbe produrre effetti prevalentemente anticompetitivi e non ammetta giustificazioni oggettive.²⁷ Per invece sanzionare un'impresa in posizione dominante che si rifiuti di condividere una risorsa, come delle informazioni rilevanti per garantire la

25. CG, causa C377/20, *Servizio Elettrico Nazionale SpA v. Autorità garante della concorrenza e del mercato e a.*, ECLI:EU:C:2022:379, para. 44 dove ulteriori riferimenti alla giurisprudenza in materia.

26. È vero che in dottrina si discute, anche sulla scia del recente caso *Google Shopping* – Trib. UE, causa T-612/17, *Google LLC, formerly Google Inc. and Alphabet, Inc. v. European Commission*, EU:T:2021:763 – se le pratiche discriminatorie debbano essere considerate come una famiglia a sé stante di abusi oppure se esse debbano essere ricondotte alle due qui menzionate famiglie delle pratiche di sfruttamento e delle pratiche escludenti e anticompetitive. Nondimeno questo dibattito non pare rilevante ai fini del presente scritto.

27. CG, cause riunite 6 e 7-73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation v. Commission*, ECLI:EU:C:1974:18.

compatibilità tra le componenti (meccaniche e/o digitali) di un prodotto complesso, occorre mostrare non solo gli appena menzionati effetti, ma altresì che la risorsa sia essenziale²⁸ e – nel caso si tratti di un bene protetto da proprietà intellettuale – che la sua mancata condivisione blocchi l'innovazione.²⁹

Analogamente, per qualificare delle condizioni e dei termini commerciali come pratiche di sfruttamento vietate ai sensi della lett. a) degli artt. 102 TFUE e 3 l. 287/90 serve dimostrare che quelle condizioni e quei termini siano ingiustificatamente gravosi o iniqui, che dir si voglia. Nella prassi la Commissione ha, per esempio, considerato questa condizione verificata quando l'impresa in posizione dominante ha unilateralmente imposto³⁰ dei termini contrattuali sproporzionati³¹ e ingiustificatamente slegati dallo scopo del contratto,³² oppure quando ha limitato inutilmente la libertà della controparte,³³ o ancora quando ha offerto condizioni

28. CG, causa C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG e Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG.*, ECLI:EU:C:1998:569.

29. TB, causa T-201/04, *Microsoft Corp. v. Commissione*, ECLI:EU:T:2007:289.

30. COMP/E-2/36.041, *PO — Michelin*, § 265 e CG, causa C-247/86, *Société Alsacienne et Lorraine de Télécommunications et d'Électronique (Alsatel) v. SA Novasam*, ECLI:EU:C:1988:469.

31. CG, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV v. Commissione*, ECLI:EU:C:1978:22, para. 190.

32. Commissione UE, 24 luglio 1991, 92/163/CEE, IV/31.043 – *Tetra Pak II*, GU L 72, 18 marzo 1992, 1, §§ 105-108, dove la Commissione evidenzia chiaramente che «al cliente vengono imposte numerose obbligazioni senza nesso con l'oggetto del contratto». La decisione è stata confermata in primo e secondo grado – cfr. Trib. UE, Causa T-83/91, *Tetra Pak International SA v. Commissione*, ECLI:EU:T:1994:246 e CG, causa C-333/94 P, *Tetra Pak International SA v. Commissione*, ECLI:EU:C:1996:436. Si considerino inoltre CG, causa C-143/19 P, *Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland GmbH v. European Union Intellectual Property Office* (2019) ECLI:EU:C:2019:1076, nonché causa C-372/19, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v. Wearone. World BVBA and Wecandance NV* (2020) ECLI:EU:C:2020:959.

33. CG, causa 127-73, *Belgische Radio en Televisie e société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs v. SV SABAM e NV Fonior*, EU:C:1974:25, para. 15, dove la Corte ha stabilito che poteva costituire sfruttamento abusivo di una posizione dominante «il fatto che una società incaricata [della gestione] dei diritti d'autore [...] impon[esse] ai suoi membri obblighi non indispensabili al raggiungimento dello scopo sociale e tali quindi da limitare in modo iniquo il libero esercizio dei di-

negoziali decisamente opache.³⁴ In una battuta, dunque, irragionevolezza e ingiustizia sostanziale sono gli elementi che accomunano le condotte di sfruttamento, giacché esse sono pensate anche dalla disciplina anti-trust – oltre che dalla disciplina dell’abuso di dipendenza economica – come uno strumento tramite il quale le imprese in posizione dominante si approfittano del loro potere di mercato per ulteriormente aggravare lo status economico delle loro controparti commerciali.

Ciò detto, ben si comprende dunque come anche la dimostrazione della natura illecita delle condotte punite dagli artt. 102 e 3 richieda alle autorità antitrust di profondersi in sforzi che, inevitabilmente, occupano tempi lunghi e molte risorse umane.

Nondimeno – e in terzo luogo – la prassi applicativa degli ultimi anni mostra come la disciplina dell’abuso di posizione dominante sia stata già applicata per perseguire le piattaforme digitali; e ciò in non pochi casi, la maggior parte dei quali dedicati a pratiche escludenti e anticompetitive,³⁵ ma alcuni dei quali focalizzati su pratiche di sfruttamento. A quest’ultimo riguardo, si consideri a titolo di esempio l’assai recente *Apple Sto-*

ritti d’autore». In senso conforme, si considerino inoltre le successive decisioni della Commissione inerenti la GEMA, la società tedesca per la gestione collettiva dei diritti d’autore – cfr. Commissione UE, 2 giugno 1971, 71/224/CEE, IV/26.760, *GEMA*; Commissione UE, 6 luglio 1972, 72/268/CEE, IV/26.760 *GEMA II*, GU L 166, 24 luglio 1972, 22; Commissione UE, 4 dicembre 1981, 82/204/CEE, IV/29.971, *GEMA-Satzung*, GU L 094, 8 aprile 1982, 12.

34. Commissione UE, 20 giugno 2001, 2002/405/CE, COMP/E-2/36.041, *PO – Michelin*, GU L 143, 31 maggio 2002, 53, paras. 220-224. Analogamente, come è stato notato in dottrina, seguendo questa interpretazione si sarebbero potute ravvisare delle clause ingiustificatamente gravose nel caso *Asatel*, che pure non è stato deciso giacché l’impresa interessata non deteneva alcuna posizione dominante. Qui le parti, d’accordo con la Commissione, lamentavano come «le clause imposte dall’attrice, nei contratti da essa conclusi, relativamente alla durata e al prezzo, sarebbero di fatto costitutive di un abuso di posizione dominante [a causa de] il carattere indeterminato del prezzo [...] [e a causa de] il fatto che [tale prezzo fosse] fissato unilateralmente [...] e [a causa de] l’automatico rinnovo del contratto per 15 anni» – CG, causa 247/86, *Société alsacienne et lorraine de télécommunications et d’électronique (Asatel) v. Novasam SA*, ECLI:EU:C:1988:469, paras. 9-10.

35. Mariateresa Maggiolino, “Exclusionary Abuses of Dominance Involving Digital Ecosystems in the European Union”, in Pier Luigi Parcu, Maria Alessandra Rossi e Marco Botta (a cura di), *Research Handbook in Competition and Technology*, Cheltenham, Edward Elgar, 2024.

re.³⁶ Qui la Commissione europea ha vietato le clausole *anti-steering* imposte da Apple agli sviluppatori di applicazioni per lo streaming musicale affinché essi non informassero i consumatori, utenti di iOS, dei servizi di abbonamento musicale alternativi a quelli di Apple e disponibili al di fuori di Apple Store, e affinché detti sviluppatori non fornissero ai consumatori le istruzioni su come abbonarsi a tali servizi concorrenti. In questa decisione la Commissione ha quindi chiaramente affermato come Apple abbia *imposto* queste condizioni, privando le proprie controparti di qualsiasi possibilità di negoziazione e/o rinegoziazione dei termini del contratto; e come le disposizioni *anti-steering* non fossero né necessarie, né proporzionate alla protezione degli interessi commerciali di Apple in relazione all'*App Store*.

Di conseguenza – ed è questo il punto che si vuole qui sostenere – sarebbe un errore pensare che, prima dell'adozione dell'art. 33 della legge n. 118/2022, l'AGCM non disponesse già di una leva – per giunta, ulteriore rispetto al sopra commentato art. 9 – per contrastare i comportamenti delle piattaforme digitali dominanti e, in particolar modo, quelle condotte qualificabili *anche* come abusi di dipendenza economica, come le decisioni di interrompere le relazioni commerciali in essere, i rifiuti a condividere input con le proprie controparti commerciali, o l'imposizione di condizioni ingiustificatamente gravose.³⁷ Detto altrimenti, prima della riforma che qui si commenta, se l'Autorità si fosse confrontata con una di queste pratiche potenzialmente abusive avrebbe potuto reprimerle – *a sua discrezione* – o ai sensi degli artt. 102 TFUE o 3 l. 287/90, oppure ai sensi dell'art. 9 della legge n. 192/1998.

36. Commissione UE, caso AT.40437, *Apple-App Store Practices (music streaming)*, 4 marzo 2024, paras. 509 e 590-592.

37. Cfr., tra i casi più recenti, A558 – *Booking/Programmi offerti alle strutture ricettive italiane e concorrenza tra le OTA*, provv. n. 31126, 12 marzo 2024; A557 (avvio di istruttoria) – *Enel X Way Ed ewival/Condotte abusive nel mercato dei servizi di ricarica elettrica*, provv. n. 30576, 4 aprile 2023 (avvio di istruttoria); A552 – *Google-Ostacoli alla portabilità dei dati*, provv. n. 30736, 18 luglio 2023 (decisione con impegni).

Questo potrebbe forse bastare per iniziare a intravedere la natura ridondante dell'art. 33 della legge n. 118/2022. Ma, in realtà, vi è di più giacché, mentre la riforma italiana veniva adottata nell'ottobre del 2022, dal dicembre del 2020 era in discussione la proposta del DMA, ossia di quel regolamento che, oggi in vigore, insiste tra l'altro sui comportamenti iniqui e scorretti che le piattaforme digitali possono tenere e di cui si è fin qui discusso.³⁸

4. Qualche fugace considerazione sulle regole del *Digital Markets Act* in tema di squilibrio contrattuale

Di nuovo – e anche a costo di sembrare pedanti – non è questa la sede per svolgere una trattazione compiuta del DMA (per la quale si rimanda ai contenuti al saggio successivo in questo stesso volume). Tuttavia, se si vuole avere un quadro del contesto normativo in cui si colloca l'art. 33 della n. 118/2022, occorre qui sviluppare tre considerazioni.

La prima riguarda il c.d. disegno regolatorio e istituzionale sotteso al DMA. Come esplicitamente riconosciuto in diversi considerando,³⁹ il DMA è stato adottato per dotare la Commissione – e solo quest'ultima (!) – di uno strumento che le consentisse di governare l'andamento dei mercati digitali verso specifici obiettivi, escludere in radice il profilarsi di alcuni problemi competitivi, nonché di intervenire nei mercati digitali in modo rapido, con limitati margini di fallibilità, e senza affrontare particolari questioni di coordinamento causati da varie forme di frammentazione normativa. Infatti – e in primo luogo – il DMA prevede che la Commissione indichi pubblicamente, a seguito di un'apposita procedura e in ragione di espliciti parametri quantitativi e qualitativi, le imprese digitali – i c.d. *gatekeepers* – a cui applicheranno i suoi obblighi e divieti. A differenza di quanto accade con il diritto antitrust – ma anche a

³⁸. Commissione europea, *Proposal for a Regulation on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)*, COM(2020) 842 final.

³⁹. Cfr. considerando nn. 5-8 DMA.

differenza di ciò che accade con la disciplina dell'abuso di dipendenza economica – il DMA consente quindi che gli sforzi di *enforcement* della Commissione non si disperdano nei confronti della generalità delle imprese che potrebbero risultare dominanti in un particolare mercato o comunque forti all'interno di una particolare relazione contrattuale. Esso permette che questi sforzi si focalizzino soltanto su alcune imprese. In secondo luogo, il DMA enuncia gli obblighi a cui questi *gatekeepers* devono conformarsi, nonché le condotte illecite che essi non possono tenere. A differenza del diritto antitrust e dell'art. 9 di cui qui si discute, dunque, il DMA non si limita a vietare alcune pratiche, ma prescrive dei comportamenti che considera virtuosi ed esclude in radice non solo che le condotte più pericolose abbiano a occorrere nel mercato, ma anche che la Commissione (o altro *enforcer*) debba utilizzare le proprie risorse per stabilire, caso per caso e a condotta già in essere, se e in che misura essa possa dirsi nociva della concorrenza e/o di un altro bene giuridico tutelato. Detto diversamente, al pari di altre forme di *command e control regulation*, il DMA disegna un governo *ex ante* dei mercati digitali. Infine, posto che il diritto antitrust europeo può essere attuato sia dalla Commissione sia dalle autorità nazionali e ricordato che in molti paesi dell'Unione esistono norme in tema di abuso di dipendenza economica come il nostro art. 9, il DMA è un testo di legge unitario che non può essere applicato da differenti soggetti e, dunque, non corre il rischio di diventare oggetto di differenti interpretazioni e applicazioni disomogenee. Complessivamente, dunque, il DMA appare uno strumento di intervento più agevole e lineare delle discipline antitrust e dell'abuso di dipendenza economica.⁴⁰

40. A dire il vero, quanto detto nel testo non significa che anche l'applicazione delle regole del DMA non sia costosa. Dei contenziosi sono già in corso sia in merito alla designazione di alcune imprese come *gatekeeper* – cfr. caso Booking, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_2561 – sia in rapporto all'asserita violazione degli obblighi e dei divieti imposti dal DMA – cfr. Commissione europea, decisione *Apple Store*, 4 marzo 2024, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_1161.

La seconda osservazione da svolgere è relativa ai soggetti al quale il DMA si applica, ossia ai già menzionati *gatekeepers*. In sintesi, il DMA muove dalle seguenti constatazioni. Nel mondo digitale le imprese che offrono i servizi di piattaforma di base, espressamente indicati all'art. 2 del DMA,⁴¹ godono di alcuni vantaggi competitivi – barriere, direbbe un antitrustista – che sono intrinsecamente connaturati alla natura stessa di quei servizi. Per esempio, beneficiano di significative economie di scala perché il costo marginale di riprodurre il servizio per un numero sempre maggiore di utenti è pressoché pari a zero. Inoltre, si avvantaggiano di altrettanto forti effetti di rete, diretti o indiretti che siano, perché l'utilità degli utenti di quei servizi cresce al crescere del numero di persone e imprese che li utilizzano. Ancora, le imprese che offrono i servizi di piattaforma di base sono forti della conoscenza circa utenti, concorrenti e mercati che derivano dall'analisi dei dati che raccolgono, nonché della circostanza che vuole che i loro clienti si approvvigionino – perché *locked-in*, perché pigri, oppure per scelta consapevole – tramite la loro piattaforma di una molteplicità di servizi complementari e/o verticalmente integrati con i servizi di piattaforma di base.⁴² Ebbene, il DMA constata che, in alcune specifiche circostanze di cui al suo art. 3 – circostanze tra cui serve qui ricordare il numero di utenti finali e commerciali che vanta una piattaforma⁴³ – alcune delle imprese che offrono i descritti servizi di piattaforma di base rag-

41. Sono servizi di piattaforma di base i servizi di intermediazione online; i motori di ricerca online; i servizi di social network online; i servizi di piattaforma per la condivisione di video; i servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero; i sistemi operativi; i *browser web*; gli assistenti virtuali; i servizi di *cloud computing*; e i servizi pubblicitari online, compresi reti pubblicitarie, scambi di inserzioni pubblicitarie e qualsiasi altro servizio di intermediazione pubblicitaria, erogati da un'impresa che fornisce uno dei servizi di piattaforma di base.

42. Cfr. considerando n. 2 DMA.

43. Si veda la lett. b) dell'art. 3(2), dove si legge che si presume che un'impresa sia un *gatekeeper* se, tra l'altro «fornisce un servizio di piattaforma di base che, nell'ultimo esercizio finanziario, annovera almeno 45 milioni di utenti finali attivi su base mensile, stabiliti o situati nell'Unione, e almeno 10.000 utenti commerciali attivi su base annua stabiliti nell'Unione, identificati e calcolati conformemente alla metodologia e agli indicatori di cui all'allegato».

giungono un potere economico tale da consentire loro di ridurre drasticamente la contendibilità dei mercati digitali, nonché di compromettere la correttezza delle relazioni commerciali che queste imprese hanno con le proprie controparti commerciali, siano queste imprese o consumatori.⁴⁴ Di conseguenza, il DMA sceglie di chiamare queste imprese *gatekeepers* e di sottoporre solo esse a un sistema specifico di obblighi e diritti, a tutela della contendibilità dei mercati digitali e della lealtà delle relazioni commerciali che si consumano in essi. E nel fare ciò, dunque, il DMA segna una linea di demarcazione netta e aprioristica.

La terza valutazione da elaborare è, invece, di ordine contenutistico. Come si diceva, il DMA vuole non solo garantire la contendibilità dei mercati digitali, ma anche assicurare la correttezza e l'equità delle relazioni commerciali che in quei mercati si consumano tra i *gatekeepers* e i loro utenti commerciali.⁴⁵ Come chiarito al considerando 33 del regolamento, i *gatekeepers* possono infatti estrarre un indebito e sproporzionato vantaggio dai propri utenti commerciali, facendo leva su una squilibrata e unilateralmente imposta ripartizione di diritti e obblighi. In altri termini, a causa del loro status di *gatekeepers* e del loro superiore potere contrattuale, queste piattaforme possono limitare la capacità delle proprie controparti di godere dei benefici che derivano loro dalle innovazioni e dall'efficienza che tali controparti comunque realizzano, seppur mentre operano in collaborazione con le piattaforme dei *gatekeepers*. Di conseguenza, premesso che è difficile tracciare un confine pulito tra le disposizioni del DMA che mirano a garantire la correttezza delle relazioni commerciali e quelle che invece si focalizzano sulla contendibilità dei mercati digitali, tra le prime possono rientrare le prescrizioni previste dai paragrafi dal terzo al settimo dell'art. 5 DMA le quali, rispettivamente, hanno per oggetto: le c.d. *pari-*

44. Cfr. considerando nn. 3-4.

45. Cfr. considerando n. 2.

ty clauses;⁴⁶ le c.d. *anti-steering provisions*;⁴⁷ le restrizioni all'accesso e all'uso della piattaforma;⁴⁸ le restrizioni al diritto ad agire in giudizio contro il *gatekeeper*; o ancora l'obbligo a usare i servizi di pagamento della piattaforma.⁴⁹ Analogamente, pare ragionevole considerare ispirate ai principi della trasparenza, della correttezza e della proporzionalità le disposizioni di cui ai paragrafi secondo, undicesimo, dodicesimo e tredicesimo dell'art. 6 DMA, le quali disciplinano: il divieto fatto al *gatekeeper* di usare a fini competitivi i dati relativi agli utenti commerciali che non siano anche accessibili al pubblico;⁵⁰ gli obblighi imposti ai *gatekeepers* di concedere a condizioni FRAND l'accesso tanto ai dati sull'uso dei motori di ricerca degli utenti commerciali,⁵¹ quanto ai propri ne-

46. Sulla scorta delle *parity clauses* esaminate nei casi Booking ed Expedia che hanno impegnato differenti autorità antitrust dell'Unione europea, l'art. 5(3) DMA dispone che il *gatekeeper* non impedisca agli utenti commerciali di offrire agli utenti finali i propri prodotti o servizi attraverso servizi di intermediazione online di terzi o attraverso il proprio canale di vendita diretta online a prezzi o condizioni diversi da quelli offerti attraverso i servizi di intermediazione online del *gatekeeper*.

47. Sulla falsa riga di quanto accertato nel caso *Apple Store* (cfr. *supra* nt. 40), l'art. 5(4) DMA stabilisce che il *gatekeeper* consenta agli utenti commerciali, a titolo gratuito, di comunicare e promuovere offerte, anche a condizioni diverse, agli utenti finali acquisiti attraverso il proprio servizio di piattaforma di base, anche attraverso altri canali, e anche di stipulare contratti con tali utenti finali, a prescindere dal fatto che, a tal fine, essi si avvalgano dei servizi di piattaforma di base del *gatekeeper*.

48. Infatti, l'art. 5(5) prevede che i *gatekeepers* consentano agli utenti finali di accedere e utilizzare la propria piattaforma per fruire dei contenuti, degli abbonamenti, delle componenti o di altri elementi offerti dagli utenti commerciali, anche quando gli utenti finali abbiano acquistato tutti quegli elementi senza "passare" dai servizi di base della piattaforma.

49. L'art. 5(7) infatti recita: «il *gatekeeper* non impone agli utenti finali di utilizzare, o agli utenti commerciali di utilizzare, offrire o essere interoperabili con un servizio di identificazione, un motore di *rendering* dei *browser web* o un servizio di pagamento, o servizi tecnici funzionali alla fornitura dei servizi di pagamento, quali i sistemi di pagamento per gli acquisti in-app, di tale *gatekeeper* nel contesto dei servizi forniti dagli utenti commerciali che si avvalgono dei servizi di piattaforma di base di tale *gatekeeper*».

50. Seguendo la linea tracciata dalla Commissione europea nel caso *Amazon Marketplace*, l'art. 6(2) DMA statuisce che «il *gatekeeper* non utilizza, in concorrenza con gli utenti commerciali, dati non accessibili al pubblico generati o forniti da tali utenti commerciali nel quadro del loro utilizzo dei pertinenti servizi di piattaforma di base o dei servizi forniti contestualmente o in ausilio ai pertinenti servizi di piattaforma di base, compresi i dati generati o forniti dai clienti di tali utenti commerciali».

51. L'art. 6(11) DMA prevede infatti che il *gatekeeper* garantisca alle imprese ter-

gozi di applicazioni software, motori di ricerca online e servizi di social network online;⁵² e ancora il divieto fatto sempre ai *gatekeepers* di dotarsi di condizioni generali di risoluzione della fornitura del servizio di piattaforma di base che non siano proporzionate.

Evidentemente, dunque, molte delle condotte che possono qualificarsi come pratiche di sfruttamento ai sensi degli artt. 102 TFUE e 3 l. 287/90, nonché come abusi di dipendenza economica ai sensi dell'art. 9 ante-riforma, sono già *direttamente* vietate dal DMA. Questo significa che, salvo considerare scenari di violazione generalizzata, la mera entrata in vigore del DMA dovrebbe già di per sé garantire, in ragione della sua natura di regolazione *ex ante*, che i *gatekeepers* non tengano le menzionate condotte e che quindi non si consumino delle ipotesi di abuso di posizione dominante nonché di dipendenza economica.

Certo, questa circostanza elimina dei margini di manovra appannaggio delle autorità nazionali e, visto che i *gatekeepers* sono imprese di rilevanza globale, sottrae a dette autorità la visibilità che solitamente si guadagna quando si apre un procedimento contro soggetti quali Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta o Microsoft (!).

5. La riforma della disciplina italiana dell'abuso di dipendenza economica

Come si scriveva nell'Introduzione, l'art. 33 della legge 5 agosto 2022, n. 118 ha modificato l'art. 9 della n. 192/1998, introducendo una presunzione semplice. Esso, cioè, ha assunto che, salvo prova contraria, versino in una condizione di dipendenza economica le con-

ze che forniscono motori di ricerca online, su loro richiesta, l'accesso a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie a dati relativi a posizionamento, ricerca, click e visualizzazione per quanto concerne le ricerche gratuite e a pagamento generate dagli utenti finali sui suoi motori di ricerca online.

52. Ai sensi dell'art. 6(12) DMA, il *gatekeeper* applica condizioni generali eque, ragionevoli e non discriminatorie per l'accesso degli utenti commerciali ai propri negozi di applicazioni software, motori di ricerca online e servizi di social network online elencati nella decisione di designazione.

troparti delle piattaforme digitali che, anche in ragione degli effetti di rete o dei dati di cui si avvantaggiano, svolgono un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori.⁵³

Se dunque ci si interroga in merito alle ragioni che hanno determinato questa modifica normativa, pare lapalissiano osservare come il legislatore del 2022 abbia voluto ridurre e distribuire diversamente l'onere probatorio relativo alle fattispecie di abuso di dipendenza economica che potrebbero coinvolgere le menzionate piattaforme. Se, infatti, sta di norma all'impresa debole o all'AGCM che lamentano l'avvenuto abuso dimostrare la condizione di dipendenza economica, per effetto della novella sarà ora compito della piattaforma digitale "discolparsi": ossia provare che la sua controparte commerciale gode invero di una forza contrattuale sufficiente a escludere che essi versino in una situazione di intrinseca soggezione.

Tuttavia, questa novità normativa non libera l'impresa debole e/o l'AGCM dal dovere di dimostrare la natura abusiva del comportamento esaminato, né tantomeno affranca l'AGCM dalla necessità di mostrare l'impatto di tale comportamento sul mercato. Di conseguenza, occorre essere cauti nell'accogliere con entusiasmo il c.d. "vantaggio probatorio" che l'art. 33 avrebbe introdotto, anche perché a godere della presunzione saranno solo le piattaforme digitali che svolgono un "ruolo determinante" nel raggiungere utenti finali o fornitori e chi dovrà dare prova di tale ruolo saranno l'impresa debole dinnanzi al giudice ordinario, oppure l'AGCM nel caso essa abbia avviato un proprio procedimento. Detto più esplicitamente, questo vantaggio probatorio che dovrebbe giustificare l'ingresso nell'ordinamento di una nuova norma potrebbe rivelarsi, all'atto pratico, davvero limitato!

Ma sul punto serve essere più precisi.

L'art. 33 sembra far derivare il "ruolo determinan-

⁵³. Si veda anche Giuseppe Portonera, "La nuova disciplina dell'abuso di dipendenza economica: una presunzione di troppo?", *IBL Focus*, n. 367, 2024.

te", che le piattaforme dovrebbero rivestire per subire la presunzione, dagli effetti di rete e dal vantaggio informativo di cui le piattaforme digitali possono godere. Inoltre, l'art. 33 descrive questo "ruolo determinante" in rapporto al raggiungimento degli utenti finali e dei fornitori, quasi che la piattaforma si ponga come luogo cruciale dell'incontro – o come tramite per l'incontro – tra imprese e consumatori. Ora, in ragione di quanto sopra riportato con riguardo ai *gatekeepers* quali imprese che vantano numeri assai elevati di utenti commerciali e finali e che, anche per questo, si collocano quali *gateways* nell'offerta di alcuni servizi di piattaforma di base, i quali si riconoscono anche per gli effetti di rete e il vantaggio informativo che li caratterizzano, viene da chiedersi se esista una qualche sovrapposizione soggettiva tra le imprese a cui si applica il DMA e le imprese che godono della presunzione introdotta dall'art. 33.

Ebbene, nulla nel testo di legge fa propendere in questo senso: nei fatti tale coincidenza soggettiva potrebbe verificarsi oppure no. Meglio: è ragionevole attendersi che chi soddisfa i requisiti quantitativi e qualitativi di cui all'art. 3 del DMA possa anche svolgere quel "ruolo determinante" nel governare l'incontro tra imprese e consumatori al quale l'art. 33 si riferisce. Tuttavia, il Consiglio di Stato ha – giustamente – già escluso che esista qualsiasi forma di automatismo tra la designazione di una impresa come *gatekeeper* e l'eventualità che quella impresa soddisfi il parametro del "ruolo determinante".⁵⁴

Pertanto, per un verso, bisogna riconoscere che la presunzione vanta un ambito applicazione soggettivo che non necessariamente coincide con quello del DMA, motivo per cui potrebbero subire detta presunzione anche altre imprese che non corrispondono ai *gatekeepers* designati in sede europea. Per altro verso – e come sopra già si diceva – occorre non lasciarsi andare a facili entusiasmi. Anche l'entrata in vigore del DMA e l'in-

⁵⁴. Consiglio di Stato, Sez. VI, *Meta/SIAE*, n. 05827/2024, pubblicata il 2 luglio 2024.

dividuaione di alcune imprese come *gatekeeper* non esautora – e giustamente, lo si ribadisce – chi lamenta la violazione dell’art. 33 dal dovere di provare autonomamente e caso per caso il “ruolo determinante” della piattaforma. Insomma, non esistono scorciatoie e questo, sebbene avrebbe potuto giustificare la riforma, evidentemente ne esclude un uso pericolosamente opportunistico.⁵⁵

In merito alla presunzione voluta dall’art. 33, occorre poi svolgere due diverse considerazioni che attengono, rispettivamente, alla sua giustezza e fondatezza.

Sotto il primo profilo, l’art. 33 ha chiaramente introdotto una differenza di trattamento tra imprese deboli, ritenendo che quelle che tra loro interagiscono con le menzionate piattaforme digitali debbano godere di un privilegio rispetto alle altre imprese che, pur potenzialmente oggetto di abuso, interagiscono con imprese sì forti, ma “analogiche”, tradizionali o anche digitali ma tali da svolgere un ruolo *non* determinante nel raggiungere utenti finali e fornitori. Tuttavia, non è chiaro che cosa debba far ritenere giusta questa differenza di trattamento.⁵⁶

Sotto il secondo profilo, ossia in rapporto alla fondatezza della presunzione, potrebbe essere vero che chi, avendo sviluppato una piattaforma che si pone come luogo dell’incontro – o come tramite per l’incontro – tra imprese e consumatori e, dunque, controlla l’accesso delle prime ai secondi, finisca per godere *nella maggior parte dei casi* di un significativo potere contrattuale da opporre a quelle imprese. Sarebbe dunque il tradizionale criterio dell’*id quod plerumque accidit* a dare un fondamento alla presunzione, non per caso, semplice. D’altro

55. Volendo allora fare un confronto tra tecniche normative finalizzate a ridurre l’onere probatorio, va riconosciuto che in quanto a rapidità nell’individuazione dell’ambito soggettivo di applicazione delle norme il DMA, grazie alla designazione aprioristica dei *gatekeepers*, può ritenersi una soluzione più efficace e lineare dell’art. 33 che, invece, vincola all’analisi caso per caso.

56. In tal senso, Giuseppe Colangelo, “Dipendenza economica e mercati digitali”, in Minervini e Colangelo (a cura di), *La nuova stagione dell’abuso di dipendenza economica*, p. 197.

canto, come osservato nel secondo paragrafo, un'impresa versa in una condizione di dipendenza economica non perché patisce di un minore potere contrattuale rispetto alla sua controparte, ma perché si è vincolata a tale controparte in modo tale da non trovare nel mercato considerato alternative soddisfacenti con cui recuperare gli investimenti sostenuti e/o svolgere la propria attività. Quindi, l'art. 33 dovrebbe fotografare il caso di un'impresa che, avendo interagito con la piattaforma, ha sostenuto delle spese e/o ha sviluppato una particolare attività che, al di fuori della piattaforma, sarebbero rispettivamente irrecuperabili o non esperibile. Ma l'art. 33 non fa questo.

Meglio: nei fatti lo scenario appena descritto potrebbe certo verificarsi, perché – per esempio – potrebbe accadere che l'impresa che ha sviluppato un'applicazione che interagisce con la piattaforma abbia fatto, per garantire l'interoperabilità della sua applicazione con la piattaforma medesima e solo con quella, degli investimenti non recuperabili. Tuttavia, non esiste un legame logico e/o fattuale tra questa condizione di dipendenza economica che si radica nell'assenza di alternative soddisfacenti e la circostanza che vuole una piattaforma svolga «un ruolo determinante per raggiungere utenti e fornitori». E ciò, a meno che questo ruolo non rimandi a una condizione di mercato – come la posizione dominante?! – per cui le imprese – nel nostro esempio, l'impresa sviluppatrice di un'applicazione – non possono sottrarsi dall'interagire con la piattaforma/parte contrattuale ineludibile, indipendentemente dai loro investimenti specifici e/o dall'attività che hanno sviluppato in relazione alla piattaforma.

Tuttavia, se le cose stessero così, vorrebbe dire che l'art. 33 finirebbe per ridurre l'onere probatorio connesso non solo – e non tanto?! – alla fattispecie dell'abuso di dipendenza economica, ma anche – e soprattutto?! – alla fattispecie dell'abuso di posizione dominante, come se il tema fosse stato quello di dotare l'AGCM di uno strumento più agile – apparentemente più agile, in

virtù di quanto detto sopra – degli artt. 102 TFUE e 3 l. 287/90 per perseguire i “giganti del web”.

Un’ultima serie di considerazioni riguarda, infine, le pratiche che potranno considerarsi abusive ai sensi del novellato art. 9. Al riguardo, la lista di esempi forniti dal legislatore non pare particolarmente rivelatrice, perché essa fa appello ai consueti valori della trasparenza e della proporzionalità. Tuttavia, un profilo merita di essere considerato: il legislatore considera come possibile abuso di dipendenza economica il caso in cui l’impresa forte inibisca all’impresa debole «l’utilizzo di diverso fornitore per il medesimo servizio». La valutazione è certamente corretta però colpisce come questo sia un abuso che tipicamente produce un impatto sul mercato, ossia uno di quei comportamenti che può essere contestato dall’AGCM.

Ecco che allora si alimenta nuovamente la suggestione maliziosa precedentemente svolta: che, cioè, il legislatore del 2022 abbia redatto l’art. 33 avendo in mente, per un verso, i giganti del web e, per altro verso, la nostra autorità. Del resto, era stata proprio l’AGCM a proporre una riforma della disciplina dell’abuso di dipendenza economica in ragione dello sviluppo dell’economia digitale.⁵⁷

Quindi – e in primo luogo – l’art. 33 ripropone il problema già sopra evidenziato: vale a dire, che l’AGCM disporrà di un considerevole potere discrezionale nel decidere come intervenire nelle situazioni in cui saranno applicabili entrambe le discipline: quella dell’abuso di posizione dominante e quella dell’abuso di dipendenza economica. E, probabilmente, potrebbe preferire questa seconda perché, in qualche misura, percepita come meno onerosa della prima.

In secondo luogo, visto che l’art. 33 veniva elaborato mentre il DMA era allo studio e posto che, già allora, si sapeva che il potere di applicare il DMA sarebbe stato

57. Autorità garante della concorrenza e del mercato, “Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021”, AS1730, *Bollettino*, n. 13, 2021, pp. 56-57.

attribuito in via esclusiva alla Commissione europea, potrebbe darsi che il legislatore nazionale abbia introdotto l'art. 33 allo scopo di riservare all'AGCM quella quota di visibilità che sempre nasce dal tentare di reprimere le condotte asseritamente illecite dei giganti del web. Occorre infatti ricordare che, in ragione della lett. b) dell'art. 1(6) del DMA, i *gatekeepers* possono essere perseguiti per delle condotte che costituiscono degli abusi di dipendenza economica, purché tali condotte siano «ulteriori» rispetto a quelle menzionate nel DMA.⁵⁸ A quest'ultimo riguardo, non è da escludersi che l'individuazione di quali siano all'atto pratico queste pratiche ulteriori formerà oggetto di controversie.

6. Conclusioni

Non si dovrebbe mai fare la spesa quando si è affamati! L'avvento delle piattaforme digitali ha impensierito i più e ha, dunque, determinato nell'Unione europea l'ideazione del DMA, malgrado l'esistenza del diritto antitrust e, in Italia, la modifica normativa di cui si è qui parlato, malgrado l'esistenza di una disciplina ordinaria che, da qualche anno, non risultava più lettera morta.

Ora, questa “abuffata normativa” conduce alle seguenti considerazioni conclusive.

Con riferimento alle piattaforme digitali che si svolgono un ruolo determinante nei rapporti con clienti e fornitori, ma che non sono né *gatekeeper*, né imprese in posizione dominante, occorre chiedersi se l'art. 33 fosse necessario, giacché a questi soggetti poteva già applicarsi la disciplina ordinaria dell'abuso di dipendenza

⁵⁸. Per completezza merita di essere menzionato l'intero art. 1(6) DMA il quale recita: «Il presente regolamento non pregiudica l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE. Esso lascia altresì impregiudicata l'applicazione: a) delle norme nazionali in materia di concorrenza che vietano accordi anticoncorrenziali, decisioni delle associazioni di imprese, pratiche concordate e abusi di posizione dominante; b) delle norme nazionali in materia di concorrenza che vietano altre forme di comportamento unilaterale nella misura in cui sono applicate a imprese diverse dai *gatekeepers* o equivalgono all'imposizione di *ulteriori* obblighi ai *gatekeepers*; e c) del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio(23) e delle norme nazionali relative al controllo delle concentrazioni» (enfasi aggiunta).

economica. Certo, l'art. 33 introduce la presunzione di dipendenza economica. Tuttavia, come si è detto nel paragrafo precedente, non è affatto detto che l'onere di provare la condizione della dipendenza economica sia inferiore all'onere di dimostrare il ruolo determinante di queste piattaforme. Se così non fosse, allora, l'art. 33 dovrebbe considerarsi del tutto *superfluo* rispetto alla disciplina ordinaria, quando – per l'appunto – applicato nei confronti delle piattaforme digitali che non soddisfano i requisiti per essere soggette alle regole del DMA e alla disciplina dell'abuso della posizione dominante.

Con riguardo alle piattaforme digitali che svolgono un ruolo determinante nei rapporti con clienti e fornitori e sono imprese in posizione dominante, ma che comunque non sono state individuate quali *gatekeepers*, servirebbe invece capire secondo quali criteri l'AGCM deciderà di procedere applicando l'art. 33 o gli artt. 102 TFUE e 3 l. 287/90. E ciò non tanto per garantire la certezza del diritto, perché a oggi le imprese digitali non possono non aver compreso che gli ultimi sviluppi normativi occorsi in Europa e in Italia hanno – a torto o a ragione – ricollocato la correttezza dei rapporti tra imprese tra le priorità di *enforcement* dei soggetti pubblici chiamati a occuparsi di concorrenza. L'AGCM dovrebbe chiarire quando preferirà applicare l'art. 33 in luogo dell'abuso di posizione dominante e viceversa per disegnare in modo razionale, organico ed efficiente il proprio intervento. Questo, infatti, servirebbe a escludere che l'art. 33 si riveli uno strumento *pericolosamente opportunistico*, ossia per fugare il dubbio che l'AGCM preferisca la novella al vecchio diritto antitrust per ragioni di mera opportunità probatoria, evidentemente non volute dal legislatore che – serve ribadirlo – ha introdotto la presunzione per semplificare l'applicazione della fattispecie dell'abuso di dipendenza economica e non della fattispecie dell'abuso di posizione dominante.

Infine, in relazione alle imprese che al contempo si riveleranno tali da svolgere un ruolo determinante nei

rapporti con clienti, occupare una posizione dominante, ed essere designate come *gatekeeper*, si porranno importanti questioni di coordinamento, per scongiurare diatribe connesse all'individuazione dei soggetti pubblici competenti ad agire, potenziali decisioni conflittuali, se non casi di *ne bis in idem*. A dire il vero, però, questi problemi sono dovuti alla ideazione del DMA. Non nascono, cioè, dall'introduzione dell'art. 33, perché essi si sarebbero posti anche con riferimento alla disciplina ordinaria dell'abuso di dipendenza economica. Da questo punto di vista, dunque, l'art. 33 è del tutto *irrilevante*, sebbene non per sua colpa.

Mercati digitali, concorrenza e *Brussels* (*side*) effect: controstoria del DMA

Giuseppe Colangelo

Professore di diritto dell'economia presso l'Università della Basilicata

1. Introduzione

Con il *Digital Markets Act* (DMA) la lunga stagione regolatoria dei mercati digitali avviata dalle istituzioni europee, aperta dal 2016 con il Regolamento sulla protezione dei dati personali (GDPR), ha raggiunto il suo zenith. Un percorso che contempla molteplici tappe, includendo il Regolamento Platform to Business (P2B), il Regolamento sulla libera circolazione dei dati non personali, *Open Data Act*, *Data Governance Act*, *Digital Services Act* (DSA), *Data Act*, *Artificial Intelligence Act*, solo per menzionare le iniziative legislative più note. Letteralmente “*anything under the sun*”, per mutuare una famosa espressione della Corte Suprema statunitense del 1980, chiamata a cimentarsi, nel contesto diverso della proprietà intellettuale, con i benefici e i rischi derivanti dalla illimitata capacità inventiva dell'essere umano. Tanto basta per spingere le istituzioni europee a rivendicare legittimamente il primato nel (peculiare) campionato della regolazione dei mercati digitali e a celebrare un (presunto) “effetto Bruxelles”.

All'apice del successo europeo, decidiamo di indossare le vesti di Cassandra per esprimere forti perplessità sulle “magnifiche sorti e progressive” annunciate dal nuovo corso. Lo facciamo a malincuore, consapevoli che l'avveramento del nostro funesto presagio non porterà alcuna *schadenfreude*. Lo facciamo anzi con una

certa frustrazione, consapevoli che ci vorrà tempo prima che una tale traiettoria venga messa in discussione.

La motivazione che ci spinge a condividere le seguenti considerazioni è un'altra e riguarda le ragioni stesse della riflessione accademica e della ricerca scientifica, le quali impongono di non assecondare le mode e tantomeno le tifoserie, ma allenare costantemente lo spirito critico. Ebbene, quando fra qualche tempo assisteremo al dibattito sulle conseguenze inattese e involontarie del DMA e dell'attuale mantra regolatorio, il nostro avviso ai naviganti è che quegli esiti erano prevedibili già adesso. Anche se lasciamo ad altri decidere se imputarne colpa o dolo ai decisori.

2. Ragioni e limiti del DMA tra realtà e *storytelling*

Come in ogni ipotesi di intervento regolatorio, la ricerca delle ragioni che giustificano il DMA deve necessariamente partire da un presunto fallimento di mercato, ossia dalla impossibilità di affidarsi alla normale dinamica delle forze competitive e al set di regole tradizionalmente preposto a perseguire condotte che non rientrino nel normale gioco concorrenziale.

A tale riguardo, da subito, il DMA mostra tratti alquanto peculiari. Infatti, sebbene la sua applicazione riguardi un sottoinsieme di imprese (etichettate come *gatekeeper* e indentificate sostanzialmente in ragione della loro dimensione), il vero obiettivo della cura è il diritto della concorrenza, accusato di essere inefficace nel contesto dei mercati digitali. Sul punto, i considerando del DMA sono un vero e proprio *cahier de doléance* circa l'eccessiva lentezza e complessità dei procedimenti antitrust rispetto ai tempi iperaccelerati dell'era digitale. Pertanto, anziché sottoporsi alle faticose ricostruzioni dell'analisi economica, si propone di semplificare il processo di indagine delle condotte sul mercato eliminando ogni onere probatorio. E, dunque, nessuna necessità di definire il mercato rilevante, di accertare una posizione dominante, di verificare l'esistenza di effetti anticompetitivi e di valutare eventuali benefici procompetitivi,

bensì un impianto costruito attorno a una lunga lista di obblighi e divieti assoluti.

In sintesi, il fallimento di cui si occuperebbe il DMA non è quello del mercato, ma quello dell'applicazione delle regole antitrust. Ne consegue che la soluzione avanzata assume i contorni di una regolazione atipica in quanto fondata sull'esigenza di avere a disposizione una scorciatoia nell'*enforcement* delle medesime condotte già sindacabili sulla base delle norme concorrenziali. Ulteriore e definitiva conferma in tal senso è plasticamente offerta dalle condotte catturate nella lista di divieti e obblighi imposti alle piattaforme *gatekeeper*. L'elenco contenuto nel DMA è, infatti, una collezione di indagini svolte o avviate dalle autorità antitrust europee e nazionali, tanto precisa da poter facilmente associare a ciascuna previsione l'esatto procedimento.

Rispetto al suddetto obiettivo, tutto appare secondario e marginale nell'elaborazione dell'intervento regolatorio in questione. In altre parole, spogliato della lista di obblighi e divieti assoluti, del DMA resta sinceramente poco. Nonostante, infatti, alcuni riferimenti a nozioni base della letteratura economica sulle piattaforme (quali, ad esempio, gli effetti di rete e il *multi-homing*), l'impostazione del regolamento non appare particolarmente influenzata dagli stessi. Del resto, le piattaforme al quale il DMA si applica sono presuntivamente designate sulla base di criteri puramente quantitativi e, dunque, dimensionali, lasciando spazio a valutazioni di carattere qualitativo nella sola (e ardua) sede di contestazione della presunzione. Lo stesso dicasi per gli interessi giuridici tutelati. Del resto, la reale natura del DMA viene ulteriormente esplicitata anche dal riferimento a principi/concetti come equità e contendibilità dei mercati, che rientrano tradizionalmente nella bussola delle norme antitrust.

Al netto di considerazioni sull'opportunità di introdurre una regolazione che persegue il solo obiettivo di facilitare l'implementazione di alcuni obblighi e divieti, eliminando standard e oneri di prova, il confronto

con il diritto della concorrenza ci costringe a interrogarsi sull'effettiva incapacità dell'antitrust a fronteggiare le dinamiche dei mercati digitali. Il DMA, infatti, è il punto di arrivo europeo di un diffuso e crescente malcontento nei confronti dell'applicazione del diritto della concorrenza in tutte le giurisdizioni. La critica ruota sostanzialmente attorno ad alcuni pilastri, quali la lentezza dei procedimenti, un eccessivo permissivismo favorito da un'analisi economica esclusivamente incentrata su valutazioni efficientiste, l'incapacità o la scarsa determinazione nell'imporre rimedi efficaci. A questi fattori e, quindi, a quello che viene considerato un complessivo e generalizzato *underenforcement* delle norme antitrust viene attribuita la responsabilità di aver consentito una pericolosa concentrazione di potere in capo a poche piattaforme digitali. Di contro, la regolazione o la profonda trasformazione del diritto della concorrenza sono individuate come rimedi necessari per contrastare la suddetta *bigness* di alcuni operatori.

Una ricostruzione che, tuttavia, non appare convincente.

Innanzitutto, i riferimenti alle lungaggini investigative e processuali dei procedimenti antitrust si esauriscono in un unico esempio costantemente richiamato a sostegno della tesi, ossia al caso *Google Shopping*, deciso dalla Commissione europea nel 2017 a valle di un'indagine di circa sette anni e sul quale è da poco arrivata la parola finale della Corte di giustizia. Si tratta, però, di un classico esempio che prova troppo in quanto *Google Shopping* è decisamente un *outlier*. È sufficiente guardare a tutte le altre indagini antitrust avviate a livello nazionale nei confronti di piattaforme digitali per rendersi conto che la durata media dei procedimenti è di circa due anni. Si tratta di un arco di tempo consono e necessario per i dovuti accertamenti e le valutazioni del caso che sono sovente complesse perché, nei mercati digitali, alle condotte spesso sono associati effetti ambigui. Infatti, nei mercati a due o più versanti, il ruolo di intermediazione delle piattaforme tra diversi gruppi di

utenti fa sì che le condotte possano privilegiare un lato piuttosto che un altro, oppure possano risultare essenziali per consentire la sopravvivenza economica della piattaforma e del suo modello di business. La stessa condotta, inoltre, è destinata a produrre effetti diversi a seconda del modello di business adottato dalle piattaforme.

A questa complessità, come detto, il DMA risponde con obblighi e divieti dettagliati e assoluti, ossia che non ammettono prova contraria e si applicano indistintamente a tutte le piattaforme di una certa dimensione, indipendentemente dal modello di business sottostante. Il risparmio nei tempi di indagine è evidente, ma ciò avviene rinunciando all'indagine stessa con uno stile che è prossimo alla giustizia sommaria e che finisce per penalizzare anche condotte che, in un determinato scenario, possono produrre benefici per la concorrenza. E, a onor del vero, anche sull'immediatezza dell'*enforcement* del DMA inizia a emergere qualche perplessità. La Commissione europea ha, infatti, già avviato diversi procedimenti per il mancato adeguamento alle disposizioni del DMA che lasciano intravedere come le controversie legali non rappresentassero una fastidiosa caratteristica ascrivibile al diritto della concorrenza, bensì un elemento fisiologico e necessario per la corretta applicazione del diritto in generale.

Passiamo al secondo capo di accusa nei confronti del diritto della concorrenza, ossia al presunto *underenforcement* dovuto alla cieca sottomissione ai criteri puramente efficientisti del *consumer welfare* della scuola di Chicago. Nel rinnovato contesto dell'era digitale, riemerge così l'idea di promuovere un approccio olistico che richieda di combinare il diritto della concorrenza con altri ambiti del diritto per tenere conto di ampi interessi sociali e obiettivi etici come la protezione del lavoro, la privacy, le disuguaglianze e la sostenibilità. Non è questa la sede per affrontare l'eterno revival del dibattito sugli obiettivi e la vera anima del diritto antitrust. Qui preme, invece, sollevare qualche dubbio sul

denunciato fallimento dell'*enforcement* antitrust. A conti fatti, ossia esaminando i procedimenti avviati nei confronti di piattaforme digitali, i numeri non sembrano supportare tale tesi. Del resto, il DMA, come evidenziato, è una raccolta fotografica di precedenti procedimenti antitrust, peraltro quasi tutti conclusi con successo per le autorità della concorrenza, ivi inclusa in alcuni casi la medesima Commissione europea. L'accusa di *underenforcement* può essere, al massimo, circoscritta alle ipotesi di concentrazioni, laddove in una certa fase il controllo antitrust è parso eccessivamente permissivo.

Resta da affrontare il terzo nodo, quello dell'efficacia dei rimedi. Questo aspetto mi sembra il più rilevante e al tempo stesso difficile da affrontare. Se le norme e le teorie del danno del diritto antitrust si confermano sufficientemente flessibili da gestire anche le peculiarità (presunte e reali) dei mercati digitali, la definizione e implementazione dei rimedi rappresenta indubbiamente un passaggio delicato e controverso che mette a dura prova i limiti del diritto della concorrenza. Ciò è essenzialmente legato alle peculiarità economiche dei mercati digitali e all'intrinseca ambiguità di molte strategie implementate nei mercati a due versanti. Ne consegue che la definizione dei rimedi può incidere sul *design* di prodotti/servizi e/o sul modello di business della piattaforma, se non addirittura sulla struttura dell'impresa. Entrambe le ipotesi sollevano questioni complesse richiedendo talvolta di doversi confrontare con aspetti estremamente tecnici o valutare le possibili conseguenze negative in termini di innovazione.

Il caso *Android Auto*, attualmente al vaglio della Corte di giustizia europea, fornisce un esempio emblematico di quelle che appaiono come le colonne d'Ercole del diritto antitrust. La vicenda trae origine da una controversia italiana tra Enel e Google in merito al rifiuto opposto da quest'ultima ad assicurare la interoperabilità dell'app JuicePass con Android Auto. Al netto delle motivazioni addotte da Google, il sospetto dell'autorità antitrust nostrana è che, dietro il rifiuto, ci sia l'interesse

di Google di proteggere la propria app Google Maps dalla potenziale concorrenza di un prodotto rivale che consentirebbe agli utenti di rintracciare le colonnine per la ricarica delle vetture elettriche, nonché di prenotare e pagare in anticipo per la ricarica stessa. Come risultato, l'autorità antitrust ha sanzionato Google imponendole inoltre di sviluppare un *template* che consenta a tutti gli sviluppatori di app simili a quella di Enel di essere disponibili su Android Auto.

Le peculiarità del caso e, in particolare, del rimedio imposto hanno indotto, tuttavia, i giudici amministrativi italiani a chiedere lumi alla Suprema Corte europea. Lasciando da parte la questione giuridica (rilevante e potenzialmente decisiva) della natura essenziale dell'infrastruttura in questione (Android Auto), è ai nostri fini particolarmente interessante concentrarci sugli ulteriori quesiti sottoposti all'attenzione della Corte di giustizia. Nello specifico, i giudici amministrativi italiani chiedono se le norme antitrust debbano essere interpretate nel senso che: i) l'inesistenza del prodotto/servizio al momento della richiesta di fornitura debba essere presa in considerazione quale una giustificazione oggettiva per il rifiuto stesso o, quantomeno, se un'autorità di concorrenza sia tenuta a svolgere un'analisi del tempo necessario a un'impresa dominante al fine di sviluppare il prodotto/servizio per il quale viene richiesto l'accesso; ii) un'impresa dominante, che detiene il controllo di una piattaforma digitale, possa essere tenuta a modificare i propri prodotti, o a svilupparne di nuovi, al fine di consentire a coloro che lo richiedono di accedere a tali prodotti e, in tal caso, se l'impresa sia tenuta a prendere in considerazione le generali esigenze del mercato o le esigenze della singola impresa richiedente accesso.

Lungi dal provare ad anticipare le risposte della Corte, i quesiti segnalano in ogni caso le enormi difficoltà che si incontrano a gestire, con gli strumenti tradizionali del diritto della concorrenza, un rimedio che prescriba l'interoperabilità negli ambienti digitali. Una volta accolta una richiesta di accesso, infatti, si è poi chiamati

a fornire chiare indicazioni sugli aspetti economici e soprattutto sulle modalità tecniche, pena il rischio di dividersi un rimedio scarsamente efficace laddove consentisse all'impresa soggetta all'obbligo di interoperabilità di porre in essere pratiche che degradino quest'ultima al fine di impedire che i richiedenti/rivali siano in condizione di competere in condizioni equivalenti.

Rispetto a un tale scenario, la regolazione, invece, si presenta (almeno sulla carta) meglio equipaggiata soprattutto per la maggiore familiarità che le autorità di regolazione hanno col definire (e vigilare su) condizioni e termini di accesso alle infrastrutture.

Se questi sono i presupposti, è evidente che l'emanazione del DMA abbia alimentato notevoli aspettative riguardo alla possibilità di colmare il deficit appena illustrato individuando e imponendo rimedi efficaci a promuovere la concorrenza nei mercati digitali, ad esempio tramite obblighi di interoperabilità. In altre parole, ci si aspetta che una controversia come quella di *Android Auto* possa essere gestita in maniera più semplice e rapida all'indomani del DMA, visto che quest'ultimo include diversi obblighi di interoperabilità orizzontale e verticale, incluso uno specifico ai sensi del quale i *gatekeepers* sono tenuti a garantire, a titolo gratuito, l'effettiva interoperabilità (e l'accesso ai fini dell'interoperabilità) con lo stesso sistema operativo, le stesse componenti hardware o software che sono disponibili o utilizzati nella fornitura dei suoi servizi complementari e di supporto e di hardware (Articolo 6.7).

Tuttavia, anche in questo caso, vi è un rischio concreto che entusiasmi e aspettative siano destinati a raffreddarsi.

Con l'approccio regolatorio, l'onere dell'intervento e della prova non è più a carico dell'autorità antitrust, ma sono le imprese destinatarie a dover dimostrare come le modifiche proposte nei loro modelli di business per la *compliance* con il DMA siano effettivamente in linea con la lettera e lo spirito delle nuove norme. Tuttavia, a dispetto della proclamata chiarezza (e persino della ca-

pacità di autoapplicazione) delle norme del DMA, non sembra che gli obblighi del DMA siano poi così facili da applicare e da far rispettare nella pratica. Ciò è particolarmente evidente quando la *compliance* comporta decisioni strategiche sulla progettazione di caratteristiche tecniche che possono rispondere a reali preoccupazioni in materia di sicurezza e privacy o essere, invece, sfruttate opportunisticamente per minare la potenziale concorrenza, risultando estremamente difficile per l'autorità distinguere queste diverse ipotesi.

In questo scenario, ai sensi del DMA, la Commissione può attivare diversi tipi di procedure (dal dialogo regolatorio a interventi punitivi) per costringere i *gatekeepers* ad assicurare l'effettiva applicazione delle nuove norme. Tuttavia, la Commissione non ha il potere di stabilire quale debba essere esattamente la *compliance*. In modo provocatorio si potrebbe, pertanto, affermare che il DMA è un regolamento che non consente all'autorità di regolazione di regolamentare pienamente fornendo attivamente agli operatori indicazioni precise su ciò che è necessario per essere conformi alle nuove norme. L'apertura da parte della Commissione di numerosi procedimenti per *non-compliance* sembra confermare che il contenzioso rappresenterà una prassi anche nel contesto applicativo del DMA, replicando così le tradizionali e tanto vituperate dinamiche di applicazione delle norme antitrust.

3. Gli effetti collaterali del DMA

A fronte delle discutibili ragioni ispiratrici, degli incerti vantaggi e degli apparenti limiti del DMA, emergono significativi effetti controproducenti che riguardano innanzitutto la difficile e pericolosa coabitazione tra regolazione e diritto della concorrenza.

Come già evidenziato, il DMA trae chiaramente ispirazione da indagini antitrust cristallizzando in divieti *per se* condotte già investigate in sede di applicazione del diritto della concorrenza. Come se non bastasse, i dichiarati interessi legali protetti dal DMA (*fairness* e

contendibilità dei mercati) non risultano peculiari rispetto a quelli già tutelati dal diritto della concorrenza. Infine, il DMA giustifica sé stesso per confronto con i (presunti) limiti del diritto antitrust in termini sia di tipologia di intervento (*ex ante* v. *ex post*), di ambito di applicazione (*gatekeeper* v. imprese in posizione dominante) e di standard di analisi (divieti assoluti v. analisi economica). E tuttavia il DMA non sostituisce il diritto della concorrenza ma ne rappresenta (almeno negli auspici dei suoi promotori) un complemento. Da ciò ne scaturiscono i seguenti effetti collaterali.

Innanzitutto, si determina un'alterazione del tradizionale equilibrio tra regolazione e concorrenza. A onor del vero, i confini tra antitrust e regolamentazione sono sempre stati fluidi e l'interazione tra le due aree del diritto ha attraversato varie fasi, passando dalla rivalità alla complementarità. Ciò è dovuto principalmente al fatto che i concetti stessi di antitrust e regolamentazione sono stati a lungo dibattuti. Tuttavia, nel corso del tempo la letteratura è riuscita a convergere su una serie di conclusioni condivise.

A parte le dibattute questioni sugli obiettivi finali dell'antitrust, la concorrenza è comunemente accettata come il miglior regolatore, il che significa che una politica antitrust efficace riduce la necessità di regolamentazione. Infatti, è stato empiricamente osservato che una concorrenza efficace porta a prezzi più bassi, a una migliore qualità (per i prodotti e i servizi esistenti) e innovazione (nei nuovi prodotti e servizi). A tal fine, l'antitrust affronta il problema del potere di mercato attraverso un sistema flessibile e orizzontale di restrizioni, tipicamente applicate con una procedura retrospettiva. In questo senso, l'antitrust svolge una funzione profilattica salvaguardando il processo competitivo, invece di dettare i risultati del mercato. Al contrario, la regolamentazione è di natura prescrittiva. Favorisce un intervento basato su un insieme rigido di regole chiare (di solito specifiche per il settore) in cui la condotta richiesta è identificata fin dall'inizio. Di conseguenza, la

regolamentazione è più efficace nell'affrontare i problemi di concorrenza che derivano da imperfezioni strutturali del mercato.

Ne consegue che il discrimen tra antitrust e regolamentazione è dato dalla presenza di un fallimento di mercato. Pertanto, al di fuori della suddetta ipotesi, la regolamentazione economica dovrebbe lasciare il massimo spazio possibile al diritto della concorrenza. Inoltre, secondo il principio di proporzionalità, la regolamentazione dovrebbe astenersi dall'introdurre barriere artificiali all'ingresso (quali, per esempio, costi amministrativi e di *compliance* eccessivi), dovrebbe essere transitoria nel tempo e nell'ambito di applicazione, nonché il più possibile flessibile, soprattutto quando sono coinvolti mercati dinamici.

Per le ragioni già evidenziate, il DMA non si colloca in questo alveo.

L'aver forzato il tradizionale rapporto tra antitrust e regolazione ha determinato, però, un ulteriore e ancor più rilevante effetto controproducente. Sebbene il DMA contenga una disposizione che, al fine di evitare la frammentazione del mercato interno, impedisce agli Stati membri di imporre ulteriori obblighi ai *gatekeepers* nell'ambito delle misure tese a garantire equità e contendibilità dei mercati digitali, trattandosi formalmente di regolazione e non di diritto della concorrenza, nulla impedisce ai medesimi Stati di aggiornare e irrobustire le proprie normative antitrust nazionali con particolare riferimento alle piattaforme digitali. E, infatti, in vista dell'entrata in vigore del DMA, alcuni Stati membri hanno improvvisamente avviato una corsa agli armamenti, dotando le autorità antitrust nazionali di nuovi poteri, quali nuove norme in tema di abuso di dipendenza economica, di *market investigation* e l'introduzione di presunzioni nella valutazione delle pratiche più ricorrenti nei mercati digitali. Di fatto, quindi, alcuni Paesi membri hanno emanato una sorta di mini-DMA nazionale introducendo strumenti rivali con il DMA in quanto a scorticatoie di *enforcement* al fine di consentire alle autorità

antitrust nazionali a contendere alla Commissione europea il ruolo di giustiziere dei mercati digitali.

La sovrapposizione tra DMA e applicazione del diritto della concorrenza ha una duplice implicazione. Da una parte, le imprese sono esposte al rischio concreto di essere perseguite per le medesime condotte sulla base sia del DMA sia delle vecchie e nuove disposizioni antitrust, con evidente violazione del principio del *ne bis in idem*. Dall'altra parte, a essere minacciato da tale frammentazione regolamentare è anche il mercato unico europeo. La giustificazione del DMA in termini di armonizzazione a livello europeo è rappresentata dalla natura transfrontaliera dei servizi forniti dalle piattaforme digitali, che spesso dispiegano i loro modelli di business a livello globale, rendendo così impossibile per gli Stati membri che agiscono da soli affrontare efficacemente i problemi di concorrenza individuati. Il DMA esplicitamente afferma che l'applicazione di norme nazionali può compromettere il funzionamento del mercato unico dei servizi digitali e il funzionamento dei mercati digitali in generale. È evidente, tuttavia, che gli scenari di sovrapposizione e doppia applicazione di DMA e disposizioni antitrust nazionali appena illustrati dimostrano che, nel mondo post-DMA, il panorama normativo europeo è persino più frammentato.

Ai danni arrecati alla faticosa e ancora incompleta costruzione del mercato interno non corrispondono nemmeno particolari successi nella campagna promozionale avviata per esportare all'estero la visione europea. Uno degli obiettivi perseguiti dalle istituzioni europee attraverso il DMA e le numerose ulteriori iniziative legislative in ambito digitale è, infatti, quello di promuovere il cosiddetto "effetto Bruxelles", ossia di affermare la leadership europea quale modello di regolazione per altri Paesi. Semmai abbia un senso rivendicare un primato nella produzione di norme – in linea di principio, l'innovazione non passa attraverso la regolazione, la quale spesso anzi ne rappresenta il principale freno – i risultati di tale competizione attualmente non

rispecchiano la propaganda. Nel mondo, infatti, non si annoverano molti Paesi che abbiano deciso di seguire le orme europee. Alcuni di essi hanno tratto spunto dall'esperienza europea per disegnare modelli di regolazione dei mercati digitali antitetici a quello del DMA (si vedano, in particolare, UK e Australia). Altri (*in primis* gli Stati Uniti) non sembrano prossimi ad adottare alcuna modifica alle attuali norme concorrenziali.

In sintesi, se la missione del DMA a erigersi come faro per la regolazione dei mercati digitali appare al momento non riuscita, l'acclamato "effetto Bruxelles" non sembra essere percepito nemmeno in Europa, dal momento che, come appena detto, diversi Paesi membri si sono di fatto sottratti al tentativo di armonizzazione e applicazione centralizzata del DMA.

4. Conclusioni

L'analisi sin qui svolta ci porta a mettere fortemente in dubbio il valore aggiunto apportato dalla nuova stagione regolatoria e, in particolare, dal DMA: una ricognizione dalla quale, come si è visto, emergono più punti interrogativi che certezze.

Un approccio regolatorio, basato su rigidi divieti assoluti, porterà più benefici della tradizionale analisi economica del diritto antitrust? E sarà un intervento *future-proof*, capace cioè di adattarsi agevolmente ai rapidi e frequenti cambiamenti dell'economia digitale? Avremo un numero inferiore e una durata più breve di controversie legali? I rimedi imposti saranno più rapidi ed efficaci? Infine, riuscirà il DMA ad affermarsi come un modello globale di regolazione? E, qualora ciò avvenisse, la eventuale leadership regolatoria consentirà all'Europa di essere finalmente competitiva anche (nella più rilevante) sfida per l'innovazione?

Se lo spunto della presente analisi era quello di valutare quanto quella del DMA sarà vera gloria, l'impressione è che l'ardua sentenza non sarà necessariamente rimessa ai posteri.

Il tortuoso percorso della fiscalità internazionale: regole e proposte di tassazione dei profitti “digitali”

Alessia Sbroiavacca

Docente di diritto tributario presso l'Università di Trieste
e fellow dell'Istituto Bruno Leoni

1. La crisi delle storiche fondamenta dei sistemi impositivi

Società e sistemi economici in evoluzione e mutamento spesso richiedono interventi regolatori che inquadrino e disciplinino i nuovi assetti e le nuove realtà economico-sociali che caratterizzano una data epoca storica. Un'osservazione che è particolarmente vera quando si considera lo spettro applicativo del diritto tributario: diritto mutevole per eccellenza in quanto fermamente radicato in fenomeni di stampo economico, cui deve costantemente adattarsi, tenuto conto dell'esigenza di individuare e definire i presupposti d'imposta, la base imponibile e le fonti produttive, e via discorrendo.

L'aderenza del diritto tributario alla realtà economica si manifesta in particolar modo nella necessità di apportare continue modifiche alle disposizioni esistenti ovvero nell'introduzione di nuove, che siano in grado di intercettare, a titolo esemplificativo, nuove fattispecie imponibili di interesse ovvero nuove forme di imposizione, come può accadere (e sta accadendo) in dipendenza di mutamenti tecnologici e delle conseguenti innovazioni nei modelli di business.

Invero, la digitalizzazione dell'economia e lo sviluppo di business imperniati sull'utilizzo delle tecnologie digitali hanno posto le premesse per un ripensamento dei criteri in base ai quali un soggetto assurge a sog-

getto passivo ai fini delle imposte sui redditi. Diversamente rispetto al passato quando, infatti, le principali imprese operanti su scala mondiale appartenevano al settore industriale, oggi le maggiori imprese globali sfruttano i canali digitali – quali il web, i social network, le app e piattaforme online ove utenti, imprese, clienti e consumatori possono scambiare informazioni, prodotti, servizi, prestazioni e via discorrendo: un settore in costante crescita.¹ La digitalizzazione del modello di business impiegato può essere totale, abbracciando l'intera catena del valore dell'impresa – che in questa ipotesi si avvale esclusivamente dell'online per la propria attività – oppure può riguardare una o più fasi di essa – il che accade quando, per esempio, l'impresa ha carattere "ibrido", sfruttando cioè le opportunità del digitale, pur mantenendo una struttura produttiva tradizionale, ad esempio con stabilimenti produttivi, impiegando personale dipendente, ecc.

Ora, tali innovazioni nelle modalità di condurre un'attività d'impresa hanno un impatto rilevante sul fronte dell'applicazione delle imposte ai proventi ottenuti dall'attività economica: è già da tempo che, sia a livello domestico sia in sede internazionale,² si discute dell'inadeguatezza dei criteri impositivi vigenti, frutto di studi ed elaborazioni risalenti all'incirca al primo Novecento.

Al tempo, invero, le nascenti imposte sul reddito delle società individuavano i soggetti passivi impiegan-

1. Secondo le stime della Morgan Stanley, la previsione di crescita si attesta intorno al 63%, passando da 3,3, trilioni di dollari nel 2021 a 5,4 trilioni nel 2026.

2. Innumerevoli sono i contributi. Si segnalano Enrico Marella, "Le categorie tradizionali del diritto tributario ed il commercio elettronico", *Rivista di diritto tributario*, I, 1999, pp. 602 e ss.; Angela Maria Proto, "Considerazioni in tema di applicabilità delle nozioni tradizionali di residenza e stabile organizzazione alle nuove realtà telematiche", *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, I, 2005, pp. 352 e ss.; Silvia Cipollina, "I redditi 'nomadi' delle società multinazionali nell'economia globalizzata", *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, I, 2014, pp. 22 e ss.; Maria Cecilia Fregni, "Mercato unico digitale e tassazione: misure attuali e profili di riforma", *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, I, 2017, pp. 55 e ss.; Loredana Carpentieri, "La tassazione delle imprese al tempo dell'economia digitale", in Id. (a cura di), *Profili fiscali dell'economia digitale*, Torino, Giappichelli, 2020.

do il criterio della residenza fiscale, in virtù del quale si distinguevano le imprese che presentavano un criterio di collegamento con il territorio dello Stato impositore – soggette a imposizione sul reddito d’impresa ovunque prodotto – da quelle che, viceversa, non soddisfacevano tale criterio – soggette a imposizione solo sul reddito eventualmente prodotto nel territorio dello Stato attraverso una stabile organizzazione ivi situata.

Sia il concetto di residenza fiscale, sia quello di stabile organizzazione, erano stati ideati al fine di intercettare la presenza fisica dell’impresa nel territorio dello Stato: così, la residenza fiscale era verificata nel momento in cui l’impresa presentava alternativamente, sul territorio, la propria sede legale, la sede dell’organizzazione ovvero l’oggetto sociale per la maggior parte del periodo d’imposta; l’esistenza di una stabile organizzazione di un soggetto non residente era invece parametrata all’operatività dell’impresa, nel territorio dello Stato, attraverso una sede fissa d’affari di stampo materiale (uffici, locali adibiti all’attività imprenditoriale, ecc.) ovvero di tipo personale (ad esempio un agente di commercio). Si tratta di criteri nel tempo accolti da pressoché qualsiasi sistema impositivo e “consacrati” anche a livello internazionale nelle convenzioni contro le doppie imposizioni, deputate a risolvere eventuali conflitti di doppia residenza fiscale che possono derivare dal fatto che uno stesso soggetto può integrare, contemporaneamente, tali requisiti in più giurisdizioni fiscali.³

3. Le basi per il riparto della potestà impositiva statale, in caso di attività svolta in più giurisdizioni, sono state elaborate in seno alla Lega delle Nazioni, negli anni Venti del secolo scorso. Già nei primi Rapporti fiscali della Società delle Nazioni – di cui facevano parte i professori Bruins, Einaudi, Seligman e Sir Josiah Stamp – venne infatti valorizzato, accanto al concetto di residenza, quello di stabile organizzazione, intesa in termini di «una succursale, un’agenzia, uno stabilimento, un’organizzazione commerciale o industriale stabile o un rappresentante permanente» (cfr. League of Nations – Technical Experts to the Economic and Financial Committee, *Double Taxation and Tax Evasion Report and Resolutions Submitted by the Technical Experts to the Financial Committee*, Ginevra, 1925, p. 29), sulla scia della tradizione legislativa tedesca che già dal XIX secolo aveva sviluppato il concetto di “*stehendes Gewerbe*”. Per maggiori approfondimenti si vedano Arvid A. Skaar, *Permanent Establishment: Erosion of a Tax Treaty Principle*, Deventer, Ad

In entrambi i casi, l'identificazione di un collegamento tra impresa e territorio dello Stato, il cui positivo riscontro consente di affermare il diritto dello Stato di esercitare il potere impositivo in riferimento alla ricchezza prodotta dal soggetto passivo, è basato su riscontri di tipo fisico, reale e materiale. È ben intuibile, pertanto, che tali prerequisiti alla tassazione dei redditi prodotti entrino in crisi nel momento in cui l'attività di impresa prescindendo dalla necessità di una presenza fisica in un certo territorio, ma possa avvalersi della tecnologia per svolgere il proprio business, senza dover per forza disporre di una sede, di un ufficio, di uno stabilimento produttivo, ecc.

Lo sviluppo dei modelli di business digitali ha infatti avuto quale conseguenza il superamento della tradizionale concezione dell'impresa "ancorata" a un certo territorio: la digitalizzazione e l'informatizzazione dei processi produttivi e della catena del valore delle imprese hanno di fatto scisso il nesso tra impresa e territorio, tant'è che a tal proposito si parla di "economia aterritoriale", che non presenta un nesso tangibile di collegamento al territorio di uno Stato, e di «ricchezza conseguita da remoto», ovvero apolide,⁴ poiché essa sorvola «i confini territoriali e con essi le rispettive giurisdizioni tributarie».⁵

Il fenomeno dell'economia digitale è in ogni caso multiforme: possiamo infatti pensare a imprese interamente digitali, le quali organizzano il proprio business esclusivamente online, così come a imprese che presentano comunque una presenza fisica sul territorio, per esempio attraverso stabilimenti, uffici, *branches* e *subsidiaries* che impiegano svariati dipendenti. Con riferi-

Notam Forlag, 1991; Giuseppe Corasaniti, "L'imposta sui servizi digitali: una vera rivoluzione, oppure il messaggio in una bottiglia gettata in mare per i posteri?", *Diritto e pratica tributaria*, 1, 2022, p. 1; Victor Uckmar, *Prefazione*, in Giorgio Sacerdoti e Giuseppe Marino (a cura di), *Il commercio elettronico. Profili giuridici e fiscali internazionali*, Milano, Egea, 1999, p. xii.

4. Andrea Carinci, "La fiscalità dell'economia digitale: dalla webtax alla auspicabile presa d'atto di nuovi valori da tassare", *Il Fisco*, 2019, 47-48, p. 4508.

5. Andrea Purpura, "Note minime sulla configurabilità di un indice di capacità contributiva 'digitale'", *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 4, 2021, p. 938.

mento a queste ultime, il rischio fiscale è meno rilevante, poiché esse presenteranno comunque un collegamento fisico (in termini di residenza ovvero di stabile organizzazione) con un certo territorio (ad esempio ove sarà localizzato lo stabilimento produttivo), seppure probabilmente saranno in grado di localizzare i loro profitti “digitali” in territori con inferiore fiscalità.

Secondo i dati della Commissione europea, le imprese digitali, pur nella loro diversità, scontano una imposizione minore rispetto a quelle che operano secondo modelli di business tradizionali: il tasso di imposizione medio delle multinazionali del web sarebbe pari all’8,5%, contro il 23,2% delle altre aziende.⁶ La circostanza che tali imprese multinazionali digitali guadagnino ingenti profitti dalle proprie attività online e che tuttavia essi siano attratti a tassazione in giurisdizioni a fiscalità tenue o privilegiata in base ai criteri di tassazione tradizionali (residenza fiscale e/o stabile organizzazione), nonostante operino ovunque nel mondo, ha quindi posto le basi per un acceso dibattito volto a far sì che tali soggetti paghino «la loro giusta quota di tasse»⁷ nei mercati di operatività.

Infatti l’assenza di un collegamento territoriale di tipo tradizionale (sede legale, sede dell’amministrazione, stabile organizzazione, ecc.) legalmente preclude l’esistenza di un diritto degli Stati a tassare quota parte degli utili che queste società producono; purtuttavia è maturata una questione sull’aspettativa da parte degli Stati ad attrarre una quota dei profitti di tali *digital giants*, nel tentativo di combattere il fenomeno dell’erosione delle basi imponibili, progressivamente “migrate”, de-

6. COM(2017) 547 final del 21 settembre 2017. Critico Matthias Bauer, “Digital Companies and Their Fair Share of Taxes: Myths and Misconceptions”, *Ecipe Occasional Papers*, 2/2018.

7. Così Angel Gurrià, già segretario generale dell’OCSE, nel discorso in occasione della presentazione dell’OECD Action Plan on BEPS il 19 luglio 2013: «Le norme fiscali internazionali assicurano che le imprese non paghino le tasse in due Paesi: la cosiddetta doppia imposizione. Si tratta di un obiettivo lodevole, ma purtroppo di queste regole ora si abusa per produrre una doppia non imposizione. Il nostro obiettivo è quello di risolvere questo problema, in modo che le multinazionali paghino la loro giusta quota di tasse».

rivando da attività digitali o immateriali, verso territori a fiscalità vantaggiosa i quali hanno adottato vere e proprie «politiche del rubamazzo».⁸ Una possibile controargomentazione, che potrebbe avere una sua validità, è che le normative attuali siano il risultato degli accordi negoziati il secolo scorso e che ora stiano penalizzando in particolare i Paesi dell'Unione europea, poiché le grandi multinazionali del settore tecnologico sono prevalentemente statunitensi o cinesi, mentre l'Europa si trova in una posizione di arretratezza rispetto a questo sviluppo tecnologico. Di conseguenza, le norme fiscali basate sul luogo di produzione del reddito e sul concetto di stabile organizzazione, che in passato favorivano l'economia industriale, risultano oggi controproducenti per gli Stati membri dell'UE che, da esportatori di tecnologia, sono oggi diventati principalmente importatori. Considerando che queste società hanno acquisito un'importanza significativa nei sistemi economici, sia in termini di fatturato, di contenuti tecnologici che di forza lavoro impiegata, gli Stati in cui queste imprese operano, soprattutto quelli europei, hanno cominciato a preoccuparsi e a interrogarsi sul fatto se sia accettabile che, a fronte dei consistenti profitti generati, non rimanga quasi nulla nei Paesi in cui risiedono gli utenti e i clienti, e in cui, in un certo senso, viene sfruttata una ricchezza senza un adeguato corrispettivo fiscale.

Sicché è allora tornato in discussione il criterio di localizzazione del reddito e, in specie, se sia ancora attuale tassare il reddito dove viene prodotto in senso tradizionale, ossia nel luogo in cui è localizzata la produzione ovvero le sedi delle società, oppure se non si possa o, addirittura, debba cambiare paradigma di tassazione in base al luogo di destinazione, ossia dove il "valore" per l'impresa verrebbe creato – visione in base alla quale bisognerebbe tassare i redditi nel luogo in cui si trova il mercato degli utenti, a prescindere da al-

8. Giuseppe Marino, "La *soft law* internazionale nelle fonti del diritto europeo tributario: analisi di una *moral suasion* giuridica e culturale", *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2, 2023, pp. 402 e ss.

tre considerazioni su dove si trovano gli insediamenti produttivi (che in effetti nel caso delle imprese digitali – salvo eccezioni – generalmente non ci sono).⁹ In tale prospettiva il presupposto per la tassazione non sarebbe più costituito dalla residenza fiscale dell'impresa, bensì dal luogo in cui sarebbe verificata la c.d. presenza economica significativa,¹⁰ rispetto alla quale vi sono in realtà decisive incertezze nei parametri definitivi.

Sul piano concreto le sfide poste dalle nuove realtà imprenditoriali digitali stanno impegnando i *policy-makers* da ormai diverso tempo, nel tentativo di progettare soluzioni da adottare in maniera condivisa. La regolazione fiscale del fenomeno dell'economia digitale è, tuttavia, tutt'altro che agevole, potendo propendersi per un adeguamento dei tradizionali criteri di tassazione già esistenti e ben sperimentati anche ai business digitali,¹¹ ovvero cambiare completamente il paradigma, immaginando l'elaborazione di nuove imposte ideate per colpire i profitti di tali multinazionali digitali, in grado di valorizzare una nuova forma di capacità contributiva, rappresentata dall'utilizzo di strumenti informatici. Il percorso nel tentativo di intercettare la ricchezza "apolide" dei business digitali è tuttavia alquanto tortuoso, sovrapponendosi vari interessi in conflitto tra loro (è nota la resistenza al cambiamento da parte dei Paesi "esportatori" di tecnologia) nonché

9. Cfr. OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalization – Report on the Pillar Two Blueprint*, Parigi, OECD Publishing, 2020, p. 3: «i profitti sono tassati dove si svolgono le attività economiche e si crea valore».

10. Cfr. COM(2017) 547 final del 21 settembre 2017: «Le norme fiscali attuali non sono più adeguate al contesto moderno in cui le imprese dipendono in larga misura da beni immateriali il cui valore è difficile da quantificare, dai dati e dall'automazione, che facilitano il commercio online transfrontaliero senza che vi sia una presenza fisica. Si tratta di problemi che non riguardano soltanto l'economia digitale e che potenzialmente possono interessare tutte le imprese. Di conseguenza, alcune imprese operano in determinati paesi in cui offrono servizi ai consumatori e concludono contratti con questi paesi, sfruttando pienamente le infrastrutture e le istituzioni dello stato di diritto disponibili, senza essere considerati come presenti ai fini fiscali».

11. Tra le prime riflessioni in proposito, cfr. Proto, "Considerazioni in tema di applicabilità delle nozioni tradizionali di residenza e stabile organizzazione alle nuove realtà telematiche", pp. 352 e ss.

a causa dei molteplici livelli, tra loro interdipendenti, di potenziale intervento: domestico, attraverso una modifica delle disposizioni tributarie dei singoli Stati; europeo, tramite la proposizione di proposte di direttive finalizzate all'armonizzazione; sovranazionale, a esito delle riflessioni, raccomandazioni e proposte condivise in sede OCSE. Il risultato è un sistema plurilivello che non agevola l'implementazione concordata dei necessari adeguamenti, che – ove agisce – produce regole di estrema complessità e che, in risposta, risulta perlopiù incentivante singole azioni unilaterali da parte degli Stati.

2. Il diritto all'imposizione sui redditi: quale *nexus* tra territorio, imprese e profitti "digitali"?

Nella formulazione dei criteri di imposizione delle società, elaborati dalla Società delle Nazioni all'inizio del secolo scorso, si è optato per l'attribuzione della potestà impositiva allo Stato di residenza per i redditi d'impresa ovunque prodotti, al contempo riconoscendo l'imponibilità dei redditi dei soggetti non residenti, prodotti nel territorio dello Stato, qualora sia ivi presente una c.d. stabile organizzazione, per esempio una sede fissa d'affari attraverso la quale l'impresa non residente opera in detto Stato.

Il criterio di collegamento tra impresa e territorio in auge per più di un secolo si basa quindi su elementi fisici, quali la presenza di uffici, laboratori, magazzini, ecc., in grado di attestare l'operatività di un'impresa entro un certo Stato: evidentemente, nell'ecosistema digitale questa "materialità" non è riscontrabile. Anche la Corte Suprema degli Stati Uniti, in una recente pronuncia, ha invero osservato come la regola della presenza fisica, ai fini di affermare il diritto alla tassazione, non sia ormai più attuale, poiché «un'impresa non ha bisogno di una presenza fisica in un territorio, in quanto può ivi ugualmente cedere beni e servizi ai consumatori facilitati dal-

la tecnologia».¹² La natura essenzialmente immateriale dei business digitali richiede infatti di superare i tradizionali concetti di residenza fiscale e stabile organizzazione al fine di individuare il luogo in cui determinati redditi possono essere assoggettati a tassazione, poiché entrambi sono definiti in termini di presenza fisica (sede, locali, uffici) dell'impresa in un certo territorio. Se si vuole "localizzare" le imprese digitali e i loro profitti entro il territorio di un certo Stato (diverso da quello di residenza), affermandone il diritto di attrarli a tassazione, è quindi evidente la necessità di aggiornare e adattare il concetto di stabile organizzazione a queste nuove realtà imprenditoriali. È in definitiva necessario rivedere il concetto di *nexus* tra profitti, imprese e diritto di tassazione, poiché la dematerializzazione delle attività digitali può comportare fenomeni di doppia non imposizione.¹³

Una prima linea di propositi perseguita in seno all'OCSE consiste quindi proprio nell'aggiornamento del criterio di collegamento rappresentato dalla stabile organizzazione,¹⁴ dando seguito all'intuizione per cui un'impresa non residente potrebbe comunque avere una certa presenza in un dato territorio, pur se non fisica ma meramente digitale, e quindi i redditi da essa prodotti potrebbero essere ivi tassati.

Già nel 2015 la *Task Force on the Digital Economy* dell'OCSE aveva suggerito l'opportunità di esplorare una nuova declinazione del concetto di stabile organizzazione, volta ad attribuire rilevanza alla c.d. presenza

12. Corte Suprema degli Stati Uniti, pronuncia n. 17-494 del 21 giugno 2018, commentata da Carmine Marrazzo, "La tassazione del commercio elettronico dopo la sentenza Wayfair: verso una territorialità digitale?", *Rivista di diritto tributario*, 4, 2018, pp. 146 e ss.

13. Ossia nulla o pressoché nulla tassazione nel Paese di residenza fiscale dell'impresa digitale (localizzata in territorio a fiscalità privilegiata) e parimenti alcuna tassazione altrove, stante l'assenza di una stabile organizzazione. Cfr. Loredana Carpentieri, "La crisi del binomio diritto-territorio e la tassazione delle imprese multinazionali", *Rivista di diritto tributario*, 4, 2018, pp. 351 e ss.

14. Cfr. Stefano Dorigo, "Il problematico adattamento della nozione di stabile organizzazione all'economia digitale", *Corriere tributario*, 2019, p. 761; Omar Salvini, "La strategia anti-Beps nell'economia digitale: la revisione del criterio di collegamento", *Rassegna tributaria*, 2017, p. 768.

economica significativa di un'impresa in un certo territorio, slegata quindi da ogni rilievo di tipo fisico o materiale. Nel report che ne è seguito, è stato immaginato che siffatta presenza avrebbe potuto dirsi sussistente sulla base di predeterminati *digital factors*, ossia elementi di natura digitale idonei ad attestare un collegamento tra impresa e territorio caratterizzato da una certa intensità in via abituale.¹⁵ Nel dettaglio, per gli studi dell'OCSE siffatto impatto potrebbe essere misurato in base a tre parametri aventi a oggetto i ricavi conseguiti in un dato mercato geografico, il numero dei contratti conclusi e la presenza di un certo numero di utenti: al superamento di almeno una delle soglie dimensionali individuate con riferimento a ciascun parametro in un periodo d'imposta, sarebbe configurabile la c.d. stabile organizzazione digitale.¹⁶ Gli utili attribuibili a siffatta entità virtuale dovrebbero essere determinati a partire da un'analisi di tipo funzionale che tenga conto dei tradizionali canoni rappresentati dalle funzioni svolte, dalle risorse impiegate e dai rischi assunti, come se si trattasse di un soggetto indipendente. In questo modo sarebbe possibile dare rilevanza a nuove forme di radicamento territoriale, ove non rileva la presenza fisica bensì quella digitale, in termini di impatto economico in un certo territorio. Ove configurabile una stabile organizzazione digitale, lo Stato potrebbe quindi esercitare il proprio potere impositivo sui redditi dei soggetti non residenti ma ivi localizzabili a prescindere da qualsivoglia elemento materiale.

La riforma non è tuttavia ancora compiuta: pur avendo la maggioranza dei membri dell'OCSE consentito alla revisione del *nexus* tra imprese, profitti e territori, non sono ancora state adottate misure condivise a livello internazionale. Un fattore di complicazione è rappresentato dalla necessità di modificare le migliaia

15. OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, Parigi, OECD Publishing, 2015, pp. 107 e ss.

16. OECD, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report*, Parigi, OECD Publishing, 2015.

di convenzioni internazionali attualmente in essere tra i diversi Stati, al fine dell'inserimento della proposta nuova fattispecie di stabile organizzazione. Per semplificare tale processo, l'OCSE ha prospettato l'adozione di uno strumento multilaterale (c.d. convenzione MLI) – di cui una parte consistente concerne proprio le prescrizioni del progetto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) in punto di stabile organizzazione – che dovrebbe consentire l'automatico e contemporaneo aggiornamento dei trattati bilaterali in vigore: tuttavia, nonostante diversi Paesi abbiano aderito a tale strumento, esso non risulta ancora pienamente operativo.

Le lunghe negoziazioni a livello internazionale non hanno tuttavia impedito ad alcuni Stati di agire in autonomia: uno tra questi è proprio l'Italia che a mezzo della legge di bilancio per il 2018 ha modificato l'art. 162 TUIR – norma che definisce il concetto di stabile organizzazione – introducendo al comma 1 la lettera f-bis): in forza di tale aggiunta, la normativa interna attualmente prevede che costituisca una stabile organizzazione di un'impresa non residente anche «una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso».¹⁷

A mezzo di tale intervento la disciplina italiana ha tentato un allineamento rispetto alla proposta dell'OCSE, aggiornando quella lista che esemplifica i casi in cui si può ritenere sussistente una stabile organizzazione del territorio italiano; nondimeno l'intervento legislativo presta il fianco a numerose criticità interpretative e applicative.

In primo luogo, infatti, deve rilevarsi che la norma italiana non è chiarissima nel suo significato: la proposta dell'OCSE, invero, è decisamente più circostanziata, rivolgendosi essenzialmente alle imprese del settore digitale, il cui ambito applicativo è ristretto dall'individuazione di precisi parametri; viceversa l'approccio italiano è assolutamente sintetico e non è chiaro se rap-

17. Lettera introdotta a mezzo dell'art. 1, comma 1010, lett. a), L. 205/2017.

presenti un richiamo ai lavori dell'OCSE ovvero a un concetto (anche leggermente) diverso.¹⁸

E in effetti, stando al tenore letterale della seconda parte della disposizione («costruita in modo tale da...»), sembra intravedersi la possibilità di una lettura della stessa in chiave antielusiva: sembra, cioè, che la lett. f-bis) risponda all'esigenza di introdurre una misura di contrasto al rischio che la tradizionale stabile organizzazione in senso "materiale" sia oggetto di manipolazione da parte delle grandi multinazionali, allo scopo di ridurre il proprio carico impositivo. Un simile approccio di matrice antielusiva, tuttavia, non è adeguato né coerente rispetto allo spirito della riforma prospettata dall'OCSE: la "via italiana", infatti, di fatto si riferisce all'economia digitale «quale modalità *tout court* abusiva del criterio di localizzazione per il tramite di una sede fissa materiale»,¹⁹ come se un business digitale dovesse in ogni caso configurare una ipotesi di abuso o simulazione dei collegamenti materiali quando, invece, è evidente che l'economia digitale opera per sua natura nell'ambito della realtà virtuale.²⁰

In ogni caso, non occorre forse preoccuparsi troppo – per ora – di tali profili, poiché la disciplina italiana non è ancora applicabile: l'inserimento della lett. f-bis) nel corpo dell'art. 162 TUIR è stata una mezza fuga in avanti del legislatore italiano, ma in effetti i suggerimenti dell'OCSE non sono ancora stati recepiti nel modello di convenzione contro le doppie imposizioni e tantomeno nei singoli trattati bilaterali. E poiché siffatte convenzioni prevalgono rispetto alla disciplina interna, quest'ultima non potrà mai essere operativa quando differente delle pattuizioni convenzionali assunte, a meno che di

18. In tal senso, cfr. Carpentieri, "La crisi del binomio diritto-territorio e la tassazione delle imprese multinazionali", p. 388.

19. Corasaniti, "L'imposta sui servizi digitali: una vera rivoluzione, oppure il messaggio in una bottiglia gettata in mare per i posteri?".

20. Cfr. Stefano Fiorentino, "Stabile organizzazione virtuale *versus* presenza digitale significativa", *Diritto e processo tributario*, 2019, p. 133. In senso analogo, cfr. Dorigo, "Il problematico adattamento della nozione di stabile organizzazione all'economia digitale", p. 759.

non contravvenire agli impegni assunti in ambito internazionale – essa potrebbe quindi tutt'al più applicarsi nei confronti di Paesi con i quali non è in vigore un trattato bilaterale.²¹

Ma anche a livello europeo si rinvergono tentativi di adattare i tradizionali criteri impositivi alle nuove realtà digitali, a seguito dell'input del Consiglio europeo e dell'Ecofin.²² Le discussioni in tema di stabile organizzazione digitale e presenza digitale significativa sono infatti confluite in una proposta di direttiva – al momento in stasi – della Commissione europea del 2018,²³ la quale rappresenta senza dubbio il tentativo più avanzato e strutturato di incorporare il concetto di stabile organizzazione digitale/virtuale nel quadro normativo dell'imposizione sui redditi delle società, quale soluzione di lungo periodo alle sfide poste dall'economia digitale. La proposta di direttiva dà atto dell'inadeguatezza delle correnti regole di imposizione delle imprese non residenti, vincolate al tradizionale concetto di stabile organizzazione, non in grado di cogliere la portata dei business digitali, e stabilendo un nuovo set di regole per identificare un nesso tra territori, imprese e profitti digitali.

In base alla suddetta proposta la presenza digitale significativa di un'impresa digitale non residente sarebbe verificata qualora, in un esercizio fiscale, almeno uno dei seguenti criteri venga soddisfatto: ricavi superiori a 7 milioni di euro; oltre 100.000 utenti nello Stato; oltre 3.000 contratti conclusi dall'impresa per servizi digitali. La potestà impositiva sarebbe quindi legata a una presenza "virtuale", definita e quantificata adottando un approccio marcatamente *user-based*, che valorizzerebbe

21. La disposizione potrebbe essere applicata nel caso indicato oppure quando l'assenza di una stabile organizzazione consegua a una condotta abusiva.

22. Conclusioni del Consiglio europeo EUCO 14/17 del 19 ottobre 2017 e conclusioni dell'Ecofin 346/1092 del 5 dicembre 2017.

23. COM(2018) 147 final del 21 marzo 2018. Allo stato attuale la procedura è ancora in fase di negoziazione. Per un approfondimento, cfr. Lee A. Sheppard, "Digital Permanent Establishment and Digital Equalization Taxes", *Tax Notes International*, 2019, pp. 9 e ss.; Marie Sapirie, "Permanent Establishment and the Digital Economy", *Tax Notes International*, 2018, pp. 31 e ss.

la fornitura di servizi digitali attraverso siti web, piattaforme, app, ecc. Per l'effetto, una quota proporzionale degli utili dell'impresa digitale diventerebbe quindi imponibile nel Paese in cui essa ha una presenza digitale imponibile, secondo aliquote equivalenti a quelle che si applicano alle società tradizionali ai fini dell'imposizione societaria.

Come già ricordato, tuttavia, nonostante la proposta risalga al 2018, a oggi la fase di negoziazione risulta ancora in corso, senza alcuno sviluppo significativo, probabilmente in attesa di una maggiore condivisione delle linee d'azione in sede OCSE che, nel frattempo, ha elaborato una strategia in risposta alle sfide poste dall'economia digitale basata su due pilastri.

3. Un approccio globale alla tassazione dell'economia digitale: i pilastri proposti dall'OCSE

La scelta per la tassazione del reddito d'impresa nel Paese ove sono verificati i requisiti posti per l'integrazione della residenza fiscale (sui redditi ovunque prodotti), ovvero nel luogo ove è sita una sua stabile organizzazione (in questo caso, il diritto impositivo è limitato ai redditi di fonte interna), risale ancora al modello proposto dalla Lega delle Nazioni quasi un secolo fa, nel 1928.

Lo sviluppo tecnologico e di modelli di business digitali ha reso siffatti criteri, per come oggi definiti, di fatto inadeguati a intercettare e assoggettare a tassazione i redditi derivanti dallo sfruttamento di beni immateriali, digitali, algoritmi, ecc., ponendo le basi per un profondo ripensamento dei tradizionali criteri di tassazione delle imprese. È almeno dagli anni Novanta che si discute circa la necessità di rinnovare le regole della fiscalità internazionale, sì da assicurare l'imponibilità di tali redditi (spesso rilocalizzati in territori a bassa fiscalità e quindi oggetto di fenomeni di doppia non imposizione), la ripartizione della potestà impositiva tra i diversi Paesi coinvolti e in generale affrontare le sfide poste dall'economia digitale.

Tali profili sono stati per la prima volta affrontati, in maniera ufficiale, durante le conferenze dell'OCSE di Ottawa (1998) e di Parigi (1999): nel corso dei lavori, la comunità internazionale ha evidenziato la necessità di instaurare forme di cooperazione e collaborazione, sottolineando l'importanza di un approccio globale al tema della tassazione dell'economia digitale e delle strategie messe in atto dalle multinazionali al fine di ridurre il proprio carico fiscale. In particolare, ampio consenso ha ottenuto l'obiettivo di contenere i rischi di evasione e frode, da conseguire attraverso l'attuazione di apposite misure di contrasto, e di garantire un'adeguata ripartizione delle basi imponibili tra le giurisdizioni coinvolte. A tal fine, è emersa quindi la necessità di adattare i sistemi fiscali interni all'evoluzione tecnologica: un primo passo, questo, verso la rimodulazione dei criteri impositivi.

Un approccio isolato, di stampo nazionale, non sarebbe stato, tuttavia, sufficiente: così, è stato conferito mandato all'OCSE di elaborare un primo piano per l'analisi del tema e l'elaborazione di proposte e soluzioni. Nel luglio del 2013, l'OCSE ha presentato il progetto BEPS – composto da una serie di quindici azioni che contemplano varie strategie per contrastare gli effetti negativi conseguenti al fenomeno di erosione delle basi imponibili, ad esempio la traslazione dei profitti verso Paesi a bassa o nulla fiscalità. Nel maggio del 2019, l'OCSE ha approvato il c.d. *Inclusive Framework on BEPS*, specificatamente dedicato alla regolamentazione della fiscalità dell'economia digitale e articolato in due pilastri (c.d. *Pillars*), i quali propongono specifiche regole che, se attuate, dovrebbero risolvere alcune delle questioni più controverse relative alla concorrenza e alla pianificazione fiscale.

Nello specifico, le discussioni dell'OCSE per un approccio armonizzato alla tassazione dell'economia digitale, ovvero il proposto approccio a due pilastri per affrontare le sfide fiscali derivanti dalla digitalizzazione dell'economia, mirano da un lato a riconoscere ai Pae-

si il diritto di tassare (parte de) i profitti delle imprese digitali in base alle vendite effettuate in ciascuna giurisdizione, così da garantire una distribuzione più equa degli utili e dei diritti impositivi relativi alle più grandi multinazionali tra i Paesi (*Pillar 1*),²⁴ dall'altro a introdurre un'aliquota minima globale dell'imposta sulle società, al fine di scongiurare una generale corsa al ribasso delle aliquote dell'imposta societaria, limitando la competizione fiscale sì da proteggere le basi imponibili statali (*Pillar 2*).²⁵

L'accordo definitivo sull'adozione, a livello globale, dell'*Inclusive Framework* (IF) è stato sottoscritto nel 2022 da 136 Paesi membri del G20: ciononostante, molteplici aspetti delle nuove regolamentazioni non sono ancora definite, così come l'effettiva entrata in vigore di dette misure la cui applicazione, a ogni consultazione e tavolo di lavoro, pare farsi via via più complessa.

3.1. *Il primo pilastro: la valorizzazione della c.d. "presenza imponibile" nei mercati di operatività*

Il *Pillar One* proposto dall'OCSE ambisce all'individuazione e predisposizione di un modello impositivo completamente nuovo quanto alla localizzazione – e conseguente tassazione – dei profitti delle imprese multinazionali. Se attuato, il cambio di paradigma nei criteri adottati per l'assoggettamento a tassazione dei redditi delle grandi multinazionali sarebbe totale: dalla tradizionale valorizzazione della presenza fisica di un'impresa, basata sul concetto di residenza fiscale, ai fini di affermare l'imponibilità dei redditi da questa conseguiti, si passerebbe infatti all'attribuzione della potestà impositiva ai Paesi ove sono localizzate le attività imprenditoriali, commerciali e gli utenti fruitori di servizi digitali (c.d. *market jurisdiction*).

24. OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*, Parigi, OECD Publishing, 2020.

25. OECD, *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two): Inclusive Framework on BEPS*, Parigi, OECD Publishing, 2021.

Il filo conduttore del primo pilastro, infatti, si basa non tanto sulla rimodulazione del concetto di residenza fiscale, sì da tentare di definire un nesso tra imprese e territori che possa valere anche quando il business è interamente digitale, bensì nello stabilire una nuova tipologia di *nexus* che, a prescindere dalla residenza fiscale, possa garantire a un Paese di assoggettare a tassazione (quota parte de) redditi delle multinazionali.

Più nel dettaglio, gli studi e le elaborazioni (nonché le relative negoziazioni) in seno all'OCSE, tuttora in corso,²⁶ intendono creare un nuovo diritto impositivo e nuovi criteri di collegamento territoriale, coerenti con e adeguati rispetto ai modelli di business dematerializzati, sicché un Paese possa, di fatto, attrarre a tassazione anche i redditi delle imprese non residenti ovvero prive di stabile organizzazione entro il proprio territorio e che, tuttavia, ivi vi operano: tali redditi, infatti, non potrebbero essere assoggettati a tassazione in base alle regole vigenti, difettando il soddisfacimento del pre-requisito della residenza fiscale. Ecco, quindi, che la soluzione proposta dell'OCSE intende spostare il focus dall'impresa al mercato in cui essa opera: la presenza fisica di un'impresa non diverrebbe più strettamente necessaria per affermarne l'assoggettamento a tassazione, poiché ciò che assumerebbe rilievo sarebbe la c.d. presenza imponibile.

26. E con direzione non univoca: cfr. Angelo Nikolakakis, "OECD/International - Aligning the Location of Taxation with the Location of Value Creation: Are We There Yet!?", *Bulletin for International Taxation*, 11/12, 2021: «Il Primo Pilastro ha l'obiettivo di spostare l'imposizione fiscale a favore delle giurisdizioni di mercato, ossia di adottare un approccio basato sulla destinazione, piuttosto che sulla fonte o sulla residenza. Sebbene, a volte, vi siano stati tentativi poco convinti di giustificare il Primo Pilastro sulla base di concetti come la creazione di valore, che sono alla base di un approccio basato sulla fonte, il Primo Pilastro contempla nuove regole di Nexus che si basano esclusivamente sui ricavi. Questo potrebbe favorire l'allineamento con la creazione di valore per i modelli di business che creano profitti dai dati degli utenti (ad esempio nell'economia digitale), anche se lo allontanerebbe nei modelli di business tradizionali. Il problema principale di un metodo basato sulla destinazione è che confonde la creazione di valore con lo scambio di valore. La transazione di vendita che produce ricavi non è una transazione di creazione di valore. È una transazione con cui le parti si scambiano valori, creati separatamente e prima della transazione di scambio. In questo senso, questa misura tende ad allontanare completamente il luogo della tassazione da quello della creazione di valore».

Il risultato di tale approccio, sinora, consiste nell'elaborazione di un quadro di regole estremamente complesse, avente per oggetto, da un lato, la definizione dei concetti di presenza imponibile e mercato di operatività e, dall'altro lato, l'individuazione di condivise modalità di ripartizione del diritto di imposizione. In altri termini: quando sarebbe soddisfatta la c.d. presenza imponibile? E successivamente: come attribuire i redditi, e quindi ripartire le conseguenti imposte, quando un'impresa multinazionale è operativa su più mercati diversi rispetto a quello di residenza fiscale?

Il primo pilastro si articola al suo interno in due parti, c.d. *Amount A* e *Amount B*.

Per quanto concerne la prima parte, l'idea, del tutto innovativa, consiste nella proposta di distinguere, per le imprese digitali, tra una parte di profitto (normale) attratto a tassazione secondo le regole tradizionali e una parte eccedente che venga allocata diversamente, attribuendone una parte allo Stato di destinazione, ossia dove sono intervenute le vendite e sono localizzati i clienti, utenti e consumatori (c.d. *market jurisdiction*).

In base a tale approccio unificato, i redditi delle multinazionali dovrebbero quindi essere suddivisi in tali diverse "porzioni" e successivamente attribuiti agli Stati ove sono riscontrabili i mercati di operatività (c.d. *Amount A*), che dovrebbero essere individuate attraverso un set di regole (c.d. *revenue sourcing rules*) ideate per valorizzare il mercato di destinazione, dove è localizzato l'utente finale, preferendo alla presenza fisica la c.d. presenza digitale significativa.

Le imprese interessate dovrebbero essere solo le imprese multinazionali che conseguono un fatturato globale complessivo superiore a 20 miliardi di euro e che registrano una redditività superiore al 10% del fatturato:²⁷ le stime dell'OCSE indicano che la rilocalizzazione potrebbe riguardare oltre 100 miliardi di dollari

27. Dopo sette anni dall'entrata in vigore, in caso di successo del metodo, il campo soggettivo di applicazione potrebbe essere esteso anche a gruppi multinazionali con ricavi globali superiori a 10 miliardi di euro.

di profitti.²⁸ Soddisfatte le predette condizioni, il 25% del profitto eccedente il predetto 10% (c.d. profitto residuo) sarà assegnato quale *Amount A*, con modalità ancora da definire, alle varie giurisdizioni in cui le imprese hanno una presenza digitale significativa.

È ben evidente la complessità – e anche l’insidiosità – di tale proposta: il c.d. *Amount A* delinea infatti un nuovo diritto di tassazione, da attribuirsi agli Stati ove le multinazionali di fatto operano sfruttando i soli canali digitali. Dal punto di vista operativo, sarà quindi necessario *in primis* determinare la soglia di redditività, di seguito determinare il profitto residuo da riallocare e, infine, definire le modalità di ripartizione tra le giurisdizioni coinvolte.

Le criticità si appalesano numerose: in primo luogo, già la quantificazione del profitto residuo presenta profili di rischio. È infatti evidente che sarà cruciale determinare la base contabile di partenza ai fini del calcolo in parola, costituendo il primo passo per una riallocazione consistente con gli obiettivi proposti dal primo pilastro: in tale ottica, devono tuttavia considerarsi le varie differenze e tradizioni contabili che derivano dall’applicazione dei principi contabili internazionali ovvero degli US GAAP, le quali già per sé sole potrebbero comportare significativi disallineamenti tra i termini impiegati ai fini della quantificazione del profitto residuo. Non solo: anche le modalità di riallocazione devono essere disciplinate, non essendo allo stato sciolto il nodo di quali risorse dovranno essere utilizzate dei gruppi multinazionali al fine di ottemperare all’onere fiscale nelle giurisdizioni di mercato (seppure sia evidente che, se alcune giurisdizioni attrarranno parte del reddito a tassazione, altre conseguentemente subiranno una riduzione delle proprie entrate in dipendenza di tale compensazione). I rischi di possibili conflitti circa i criteri e le modalità operative del processo di riallocazione sono evidenti e si può prevedere, senza troppa fatica, l’insor-

28. OECD, *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising From the Digitalisation of the Economy*, Parigi, OECD Publishing, 2021.

gere di contrasti tra Stati-mercato per l'attribuzione dei profitti. In tale scenario, è possibile ritenere che le amministrazioni fiscali avranno un ruolo non marginale e dovranno cooperare tra di loro al fine di ottenere un risultato condiviso.

Senza contare che l'insieme di queste nuove e indubbiamente complicate regole è destinato, di fatto, a interessare una ristretta platea di soggetti, ossia solo quelle multinazionali che conseguono un fatturato globale superiore a 20 miliardi di euro e, inoltre, riguarderebbe una frazione minima del reddito da queste ritratto – ossia il solo 25% del profitto eccedente la soglia del 10%: le stesse stime dell'OCSE indicano che i soggetti coinvolti sono circa 800.²⁹ Le novità della proposta, se applicata, avrebbero quindi una portata decisamente limitata.

Oltre a tale profilo, il primo pilastro si occupa anche di un altro aspetto, ossia dell'individuazione di una remunerazione fissa per alcune attività "di base" relative alle fasi di distribuzione e marketing dei prodotti che vengono svolte in una certa giurisdizione da attribuire a quest'ultima (c.d. *Amount B*), al fine di predisporre dei canoni e criteri di valutazione che siano più omogenei possibili, in risposta alle problematiche estimative in tema di *transfer pricing*. L'*Amount B* è infatti focalizzato sulle criticità insite nella disciplina dei prezzi di trasferimento, ossia nella possibilità che i prezzi pattuiti tra parti correlate, appartenenti a uno stesso gruppo, sfuggano alle regole di mercato (per esempio divergono dal prezzo di libera concorrenza), rispondendo invece a logiche di gruppo e puntino quindi a ottenere un risparmio fiscale. Siffatta eventualità è in particolar modo riscontrabile ove vengano forniti e prestati servizi connessi al mondo digitale, rendendo necessaria una più approfondita analisi delle condizioni economiche applicate e della modalità di fissazione di siffatti prezzi.

²⁹ OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint*, p. 123. Altre stime, quantificano invece i soggetti interessati dalle misure del *Pillar One* ad appena un centinaio: cfr. BEPS Monitoring Group, *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, luglio 2021.

Con riguardo all'*Amount B* le proposte ed elaborazioni dell'OCSE sono ancora più sfuggenti e indeterminate rispetto all'*Amount A*, essendo stato dichiarato che il relativo sviluppo sarà successivo rispetto a quest'ultimo. In base all'ultimo report rilasciato dall'OCSE in proposito,³⁰ l'intento consisterebbe nel definire un approccio standardizzato e semplificato per la determinazione dei prezzi delle attività di marketing e distribuzione, la cui applicazione avverrà nei confronti dei c.d. *limited risk distributors* (agenti e commissionari le cui attività siano di natura basilare e non apportino contributi "unici e di valore") mentre rimarranno fuori dal campo di applicazione le valutazioni circa i prezzi per la commercializzazione di prodotti intangibili, servizi e *commodities*.

L'approccio semplificato dovrebbe rispondere alla necessità di ridurre gli oneri di *compliance* per i gruppi multinazionali e, al contempo, fornire delle linee guida per le amministrazioni fiscali nel momento in cui devono analizzare le metodologie impiegate dai contribuenti. Tuttavia, la matrice e il percorso a step individuato dall'OCSE difficilmente potranno essere considerati "semplici": la determinazione del prezzo di libera concorrenza dipende infatti da un intreccio tra la tipologia di comparto industriale e il fattore di intensità funzionale, a sua volta distinto tra fattore di intensità delle attività operative nette (c.d. OAS), che rappresenta il rapporto tra le attività operative nette e i ricavi, e fattore di intensità delle spese operative (c.d. OES), che rappresenta il rapporto tra le spese operative e i ricavi. L'impresa che si troverà a dover districare siffatto ginepraio dovrà quindi in primo luogo determinare il raggruppamento industriale a essa applicabile (eventualmente anche in misura percentuale, qualora più raggruppamenti possano soddisfare il caso concreto); successivamente, determinare i rapporti OAS e OES (anche in questo caso, come in precedenza, le regole e classificazioni contabili

³⁰. Cfr. l'*Inclusive Framework on BEPS dell'OCSE/G20* (c.d. "IF"), del 19 febbraio 2024.

adottate avranno un deciso impatto sul calcolo di tali termini); e, infine, l'individuare l'intersezione (e quindi il valore) proposto dalla matrice.

Stanti le numerose complessità operative, con riferimento all'innovativo contenuto del *Pillar One*, l'OCSE ancora del 2021 aveva suggerito l'adozione di una convenzione multilaterale, quale probabile unico strumento possibile per garantire l'omogenea e contemporanea applicazione ed entrata in vigore delle rilevanti novità in esso concepite. Allo stato, tuttavia, le negoziazioni, il cui termine ultimo viene periodicamente posticipato, sono ancora in corso. In ogni caso, se tali intendimenti venissero confermati, potrebbe rendersi necessario un coordinamento degli accordi internazionali con le disposizioni interne, sì da prevenire naturali disallineamenti circa la disciplina applicabile.

3.2. Il secondo pilastro: per un livello di imposizione minima globale delle multinazionali

Il secondo pilastro del progetto OCSE, c.d. *Pillar Two*, pone una serie di meccanismi atti a rendere meno conveniente lo spostamento dei profitti delle multinazionali verso i Paesi a fiscalità privilegiata, stabilendo un livello di imposizione fiscale minimo a livello globale. Si tratta della c.d. *global minimum tax*, in base alla quale i gruppi multinazionali soggetti a un'imposizione percentuale effettiva inferiore al 15% potranno essere soggetti a un meccanismo di *top-up tax*, tale da riportare la tassazione effettiva ad (almeno) la predetta soglia.³¹

L'accordo è stato approvato dal G20 nel luglio del 2021 da oltre 130 Paesi – tra cui gli Stati Uniti, il Regno Unito, il Giappone, la Norvegia, ecc. – ed è successivamente confluito nella direttiva europea n. 2022/Ue/2523 del 14 dicembre 2022, recepita in Italia con il D.Lgs. 209/2023 a esito della riforma fiscale avviata

31. Tale obiettivo politico si è tradotto nelle *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)* approvate il 14 dicembre 2021 dal quadro inclusivo dell'OCSE/G20 nell'ambito del progetto BEPS.

con la legge delega 111/2023. L'obiettivo del secondo pilastro consiste proprio nel contrastare la concorrenza fiscale tra Stati, evitando arbitraggi nell'allocazione delle basi imponibili e assicurando per via normativa un livello impositivo minimo pari al 15% per quei gruppi multinazionali che realizzano ricavi, su base consolidata, superiori a 750 milioni di euro.³² Sulla base dei dati dell'OCSE, al momento sono 35 i Paesi che dispongono di aliquote nazionali dell'imposta sul reddito delle società inferiori al predetto 15% – di cui alcuni Paesi anche europei, come Ungheria e Bulgaria – e la platea di soggetti interessati ammonta a poco meno di 2.000 imprese multinazionali, prevalentemente localizzate negli Stati Uniti, in Cina e in Giappone.³³ Le stime dell'OCSE indicano che la *global minimum tax* potrebbe generare entrate fiscali aggiuntive pari a circa 150 miliardi di dollari l'anno, di cui circa 80 per l'Europa e circa 60 per gli Stati Uniti.³⁴

Dal punto di vista operativo, il secondo pilastro non si basa quindi su una ridefinizione dei criteri di residenza, stabile organizzazione e più in generale sul tema della territorialità, bensì sull'applicazione di un'aliquota minima dell'imposta societaria pari al 15%: ciò significa che sarà necessario valutare se l'imposizione effettiva (c.d. ETR, o *effective tax rate*) è maggiore o minore di tale percentuale, attraverso un approccio che deve tenere in considerazione l'attività svolta dalle società del gruppo nelle varie giurisdizioni (c.d. *jurisdictional blending approach*).

A tal fine, il secondo pilastro individua due meccanismi tra loro interconnessi: la c.d. *income inclusion rule* (IIR) e la c.d. *undertaxed payment rule* (UTPR) – cui peral-

32. L'ambito soggettivo di applicazione del *Pillar Two* è quindi notevolmente più ampio di quello previsto per l'operatività del *Pillar One*.

33. Secondo le stime disponibili, il *Pillar Two* dovrebbe applicarsi a, indicativamente, 1963 imprese, di cui più della metà localizzate tra Stati Uniti, Cina e Giappone: cfr. Suranjali Tandun, "The Need for Global Minimum Tax: Assessing Pillar Two Reform", *Intertax*, 5, 2022, p. 401.

34. Mona Barake *et al.*, "Revenue Effects of Global Minimum Tax: Country by Country Estimates", *EU Tax Observatory*, ottobre 2021.

tro possono affiancarsi altri due strumenti (su cui *infra*).

Più nel dettaglio, la c.d. IIR di fatto impone alla casa madre il pagamento di un'imposta aggiuntiva (c.d. *top-up tax*) qualora i redditi delle società controllate estere siano assoggettate a una fiscalità inferiore alla predetta soglia del 15%: a titolo esemplificativo, se del gruppo multinazionale fa parte una società localizzata in un paradiso fiscale che richiede il pagamento di imposte nella misura del 5%, la società capogruppo (c.d. *ultimate parent entity*) dovrà integrare tale percentuale corrispondendo un altro 10% di imposte, per arrivare al livello minimo del 15%. Se siffatta previsione appare tutto sommato chiara, meno lineare è il meccanismo che concerne l'allocazione del diritto impositivo, ossia l'individuazione del Paese legittimato a imporre e riscuotere la *top-up tax*: nel modello previsto dell'OCSE, infatti, il Paese cui spetterebbe tale facoltà coincide in prima battuta con la giurisdizione ove è localizzata la capogruppo; tuttavia, qualora esso non intendesse esercitare tale diritto impositivo, la tassazione integrativa verrebbe "ereditata" dalla giurisdizione dove si trova l'entità successiva del gruppo e così via lungo tutto l'arco della catena societaria del gruppo multinazionale. Ma si noti che in tale approccio del tipo *top-down*, dal vertice del gruppo fino alla base, ben potrebbe verificarsi che alcuno degli Stati coinvolti implementi siffatta riforma nella propria normativa interna – ciò rappresentando, come è evidente, un concreto rischio di inefficacia per il progetto: gli Stati non sono infatti obbligati a implementare siffatta regolamentazione (fatta salva l'armonizzazione a livello europeo che deriva dall'adozione della direttiva n. 2022/UE/2523), essendo solo previsto che chi aderisca al secondo pilastro accetti (passivamente) l'eventuale applicazione della *top-up tax* da parte di un'altra giurisdizione.

E infatti, a supporto dell'IRR, il secondo pilastro introduce anche un altro meccanismo, il c.d. UTPR, che dovrebbe fungere da garante di una tassazione minima globale quando l'IRR non trovi immediata applicazione,

ovvero quando i Paesi partecipanti all'accordo dovesse disattendere il primo meccanismo. L'UTPR diventa quindi una regola secondaria, nel momento in cui non venisse addebitata la *top-up tax*, e consiste nell'introduzione di alcuni limiti a certe deduzioni di componenti reddituali, sostenuti nei confronti di altre società del medesimo gruppo, dal reddito d'impresa della società che sconta un'imposizione effettiva inferiore al predetto 15%. L'UTPR dovrebbe in definitiva subentrare all'IRR, quando quest'ultima per un qualsiasi motivo non trovi applicazione, negando la deduzione di determinati costi per transazioni infragruppo.

Ma le previsioni del secondo pilastro dell'OCSE non terminano qui: sono infatti previste due ulteriori regole che lo completano, la c.d. *subject to tax rule* (c.d. STTR) e la c.d. *qualified domestic minimum top-up tax* (c.d. QMDTT) – simpaticamente, in dottrina, l'approccio dell'OCSE è stato definito una “zuppa di alfabeto”, per descrivere l'abuso degli acronimi nel diritto tributario internazionale, quale non trascurabile elemento di ulteriore complessità nella comprensione delle previsioni fiscali.³⁵

In breve, la STTR consiste in uno strumento di stampo pattizio, che consentirebbe agli Stati della fonte del reddito di imporre una tassazione alla fonte solo su certi flussi reddituali tra parti correlate, nel caso in cui il livello di imposizione sia inferiore al 9%; la QMDTT, invece, consiste in una *top up-tax* esattamente analoga all'IRR ma, diversamente da quest'ultima, di stampo domestico: è infatti prevista la possibilità, per il Paese di localizzazione del soggetto che sconta una tassazione effettiva inferiore al 15%, di introdurre un'imposta integrativa nazionale, sì da evitare l'applicazione dell'IRR e, quindi, l'afflusso di base imponibile (e la riscossione delle relative imposte) verso il Paese di localizzazione della capogruppo (come invece accadrebbe qualora l'IRR venisse regolarmente applicata). Si noti, inoltre,

35. Cfr. Daniel N. Shaviro, *Fixing US International Taxation*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 24.

che tali misure nazionali sono destinate a prevalere rispetto alla regola generale dell'IRR, per espressa scelta dell'OCSE.³⁶ Un sistema, quest'ultimo, decisamente pericoloso poiché è evidente che gli Stati a bassa fiscalità, non intendendo “regalare” gettito ad altre giurisdizioni né perdere la propria attrattività, ben potrebbero aderire a questa possibilità, istituendo autonome QMDTT, con una conseguente vistosa moltiplicazione di imposte integrative nazionali dalle caratteristiche, ovviamente, difformi e, probabilmente, di difficile valutazione negli effetti.³⁷

In definitiva, l'approccio previsto dal secondo pilastro risulta anch'esso complesso dal punto di vista operativo: sembra ispirarsi al principio di tassare il reddito delle multinazionali “da qualche parte nel mondo, purché sia tassato”, individuando una serie di regole, sottoregole ed eccezioni tali da incrementare notevolmente il carico amministrativo e burocratico. Basti pensare che l'operatività dell'IRR è condizionata al pre-requisito che vi sia un soggetto che sconta un livello effettivo di tassazione inferiore al 15%: ebbene, già la stessa determinazione di tale livello non è scevra da insidie, poiché il carico impositivo dipende naturalmente dalle regole contabili e fiscali applicate in una certa giurisdizione (rendendo quindi difficoltoso operare dei confronti omogenei) e, inoltre, non tutte le imposte costituiscono imposte “coperte” dal meccanismo, nel senso che alcune dovranno essere espunte. Nondimeno, numerosi sono i Paesi che offrono misure fiscali speciali, al fine di

36. OECD, *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy Global Anti-base Erosion Model Rules (Pillar Two)*, Parigi, OECD Publishing, 2021.

37. L'effetto potrebbe essere simile alla diffusione delle *web taxes* nazionali, su cui cfr. *infra*, par. 4. Per un approfondimento sulle QMDTT, cfr. Noam Noked, “Designing Domestic Minimum Taxes in Response to the Global Minimum Tax”, *Intertax*, 10, 2022, pp. 678 e ss.; Id., “Potential Response to Globe: Domestic Minimum Taxes in Countries Affected by the Global Minimum Tax”, *Tax Notes International*, 2021, pp. 943 e ss.; Mindy Herzfeld, “How Does the Qualified Domestic Minimum Top-Up Tax Fit into Pillar 2?”, *Tax Notes International*, 2022, pp. 315 e ss.; Joachim Englisch, “Non-Harmonized Implementation of a Globe Minimum Tax: How EU Members States Could Proceed?”, *EC Tax Review*, 2022, pp. 207 e ss.

promuovere un certo territorio (magari ritenuto svantaggiato), la ricerca scientifica ovvero per attrarre investimenti dall'estero: e con riferimento a tali misure sarà necessario prevedere dei correttivi, di modo tale da non annullare i benefici che intendono perseguire. Il tutto, ovviamente, a scapito di un regime semplice e di facile applicazione.

In effetti – e questa è un'osservazione che vale tanto per le misure del *Pillar One* quanto per quelle del *Pillar Two* – sembra che l'OCSE abbia intrapreso una strada irta di insidie e, non riuscendo a immaginare (ovvero a negoziare) degli strumenti fiscali semplici per contrastare l'impoverimento del gettito fiscale causato dalla concorrenza fiscale dannosa e dalla migrazione delle basi imponibili verso territori a bassa fiscale, abbia inteso promuovere l'adozione di meccanismi forse interessanti dal punto di vista teorico, ma al tempo stesso alquanto ardui nella loro applicazione pratica: tuttavia, come ben noto, la complessità fiscale non costituisce mai una scelta saggia in quanto è proprio nell'affastellarsi di norme, eccezioni ed esenzioni che si annidano le possibilità elusive. Le imprese multinazionali, infatti, ben potrebbero spostare la propria residenza fiscale di anno in anno, scegliendo la localizzazione più conveniente in base all'applicabilità di *top-up taxes* interne o meno, a seconda delle previsioni circa la propria crescita e quindi l'ammontare dei futuri ricavi. E in effetti alcune di tali criticità sono già state evidenziate dalla dottrina,³⁸ opportunamente sottolineando che «l'applicazione della proposta del Secondo Pilastro non riformerà automaticamente un sistema fiscale vecchio di un secolo. Dopo tutto, quand'anche l'IIR venisse adottato, i Paesi potrebbero continuare a offrire incentivi fiscali alle imprese che non sono coperte dall'accordo».³⁹

38. Cfr. a titolo esemplificativo Jeroen Lammers, "The Dark Side of Pillar 2", *Tax Notes Federal*, 169, 2020, p. 1491. Nella dottrina italiana, cfr. Francesco Farri, "Il tramonto del binomio 'residenza-stabile organizzazione' come criterio di collegamento territoriale per i redditi delle imprese multinazionali", *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2, 2022, pp. 585 e ss.

39. Suranjali Tandon, "The Need for Global Minimum Tax: Assessing Pillar Two

4. Web taxes: misure unilaterali e urgenti, tra criticità progettuali ed effetti indesiderati

Sin da quando le sfide poste dall'economia digitale alla fiscalità si sono manifestate nella loro pienezza è stato chiaro che la ricerca di una soluzione definitiva e condivisa avrebbe richiesto del tempo, vuoi per la necessità di riflettere e progettare la migliore risposta possibile, vuoi per superare le resistenze di alcuni Paesi al cambiamento delle regole del gioco, prima di questo momento rimaste immutate per quasi un secolo.

In tale prospettiva e in considerazione del desiderio di intervenire, in ogni caso, in maniera più celere possibile al fine di limitare e contrastare i fenomeni di erosione delle basi imponibili e di doppia non imposizione della ricchezza "digitale", è parimenti emersa la necessità di elaborare delle misure impositive di carattere temporaneo idonee a fronteggiare le anzidette criticità.

L'Unione europea si è fatta parte attiva in siffatto processo di ridefinizione dei criteri di tassazione dei profitti delle imprese digitali, attraverso la proposta di direttiva della Commissione Europea avente ad oggetto la c.d. imposta sui servizi digitali (DST o *web taxes*),⁴⁰ in base alla quale si intendeva introdurre, a livello europeo, un'imposta che colpisse i ricavi lordi, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, derivanti dalla fornitura, all'interno del territorio dell'Unione Europea, di alcuni servizi digitali, quali la collocazione su un'interfaccia digitale di pubblicità mirata agli utenti, la messa a disposizione di piattaforme digitali ove gli utenti possono interagire, potenzialmente agevolando cessioni di beni o prestazioni di servizi, nonché la trasmissione di dati relativi agli utenti.

Mediante la proposta di direttiva, rimasta inattuata, la Commissione europea intendeva infatti delineare l'ipotesi di un sistema comune d'imposta sui ricavi tratti dalla fornitura di servizi digitali a valere, specificata-

Reform", *Intertax*, 5, 2022, p. 411.

⁴⁰. COM(2018) 148 final del 21 marzo 2018.

mente, sulle grandi imprese multinazionali digitali non residenti e prive di stabile organizzazione (nel senso tradizionale) nel territorio europeo, pur potendo queste ivi contare su una vasta platea di utenti e consumatori: la proposta indicava, infatti, tra i requisiti per l'assoggettabilità all'imposta, la necessità di superare due soglie dimensionali legate all'importo dei ricavi complessivamente conseguiti a livello mondiale (c.d. "ricavi generici") e l'importo dei ricavi ottenuti nel territorio dell'Unione europea per la fornitura dei predetti servizi digitali (c.d. "ricavi digitali"). L'imposta sui servizi digitali di matrice europea avrebbe cioè dovuto attrarre a imposizione quei ricavi derivanti da servizi resi tramite interfacce digitali, che rappresentano una monetizzazione del contributo alla creazione di valore da parte degli utenti, così da valorizzare la presenza "digitale" delle imprese multinazionali in un dato mercato.

In tal senso, la proposta per una imposta armonizzata sui servizi digitali si inserisce nel solco delle imposte di perequazione, poiché finalizzata a compensare le imposte sugli utili "persi", in quanto delocalizzati, delle multinazionali del web, e ha sempre rappresentato, evidentemente, una soluzione temporanea in attesa della ridefinizione dei criteri di localizzazione dei profitti delle multinazionali discussi nell'ambito del *Pillar One* in sede OCSE. Nonostante gli obiettivi prefissi, l'approvazione della proposta di direttiva ha incontrato forti opposizioni, sia interne all'Unione europea⁴¹ sia esterne, prevalentemente dagli Stati Uniti⁴² e, allo stato, non si registrano progressi significativi.

In considerazione della sostanziale lentezza nei progressi dei negoziati a livello internazionale circa l'adozione di nuovi paradigmi per la localizzazione del

41. Hanno espresso posizioni contrarie, tra gli altri, Irlanda, Svezia e Finlandia.

42. Gli Stati Uniti hanno avuto una forte reazione oppositiva alla prospettiva di implementazione di forme di *web taxes* nell'Unione europea ritenendo, non del tutto a torto, che queste misure abbiano carattere discriminatorio poiché sono concepite per colpire esclusivamente soggetti di grandi dimensioni che operano nel settore digitale: in definitiva, per colpire soggetti americani. I negoziati sono poi ripresi, seppure lentamente, con la presidenza Biden.

reddito delle imprese digitali e a livello europeo circa l'approvazione della direttiva relativa l'imposta sui servizi digitali, quale soluzione temporanea, diversi Paesi hanno quindi intrapreso strade autonome, adottando unilateralmente le proprie *web taxes*, preoccupati per l'impatto dell'economia digitale sul piano del gettito fiscale.

L'India è stato il primo Paese a implementare nel proprio sistema tributario una *web tax*, configurata come ritenuta a titolo d'acconto – con aliquota pari al 6% – sui pagamenti effettuati da società fiscalmente residenti in India o da stabili organizzazioni indiane di società non residenti a società non residenti a fronte di servizi pubblicitari online forniti. In Europa le esperienze di *web taxes* “unilaterali” sono molteplici: Austria,⁴³ Francia,⁴⁴ Italia,⁴⁵ Spagna,⁴⁶ Regno Unito,⁴⁷ Belgio⁴⁸ han-

43. Cfr. *Digital Tax Act*, pubblicata sulla gazzetta n. 91/2019 ed entrata in vigore dal 1° gennaio 2020.

44. La Francia è pioniera nella “lotta” alle imprese multinazionali che operano sul web. Già nel 2019 ha introdotto la c.d. GAFA Tax (che prende il nome dai colossi del web: Google, Amazon, Facebook e Apple) e a inizio ottobre 2023 ha varato un decreto legge (in vigore dal 7 ottobre 2023) per effetto del quale viene imposta una tariffa minima, pari a 3 euro, per la vendita di libri online. La misura dovrebbe proteggere le tradizionali librerie (anche se tale effetto non è scontato), ma Amazon ha già evidenziato come di fatto essa si traduca in un maggior onere per i consumatori, con conseguente possibile riduzione della domanda di libri.

45. Cfr. art. 1, comma 35, l. 145 del 2018, e ss. mm., commentata da Fabio Saponaro, “Imposte sui servizi digitali: dalla proposta europea al modello italiano”, *Rivista di diritto tributario*, I, 2022, pp. 362 e ss.; Nicola Sartori, “L'imposta italiana sui servizi digitali”, *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, I, 2021, p. 510; Maurizio Logozzo, “Tassazione della digital economy: l'imposta sui servizi digitali”, *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 2020, pp. 823 e ss.; Dario Stevanato, “Dalla proposta di direttiva europea sulla *Digital service tax* all'imposta italiana sui servizi digitali”, in Loredana Carpentieri (a cura di), *Profili fiscali dell'economia digitale*, Torino, Giappichelli, 2020; Antonio Perrone, “Il percorso (incerto) della c.d. web tax italiana tra modelli internazionali ed eurounitari della digital economy”, *Rivista di diritto tributario*, 30 agosto 2019.

46. In vigore da gennaio 2021. La soglia dei c.d. “ricavi digitali” oltre i quali scatta l'obbligo impositivo è stata fissata in euro 3 milioni.

47. Il Regno Unito ha introdotto la DST ad aprile 2020, individuando quali soggetti passivi i gruppi multinazionali i cui profitti derivano principalmente da motori di ricerca, social media e piattaforme di *marketplace*. Sono tassati i ricavi lordi nella misura del 2% quando il gruppo registra ricavi globali superiori a 500 milioni di sterline, di cui almeno 25 da operazioni poste in essere da utenti inglesi. I primi 25 milioni di ricavi sono esenti da imposizione.

48. La proposta di legge è del 2019.

no infatti introdotto imposte sui servizi digitali che somigliano, nei caratteri strutturali e per gli obiettivi dichiarati, alla misura proposta dalla Commissione europea, seppure sotto molteplici aspetti se ne discostano. A titolo esemplificativo, si può avere contezza di ciò già per quanto concerne l'individuazione del presupposto impositivo: la *web tax* austriaca intende tassare i proventi delle imprese che pubblicano annunci pubblicitari su piattaforme online, targettizzate per la platea austriaca; l'imposta francese individua due tipologie di servizi assoggettabili a imposizione: oltre alla pubblicità mirata, anche i servizi di intermediazione, *marketplace* e *networking*; la Repubblica Ceca ha invece inteso colpire, primariamente, la pubblicità online offerta dai grandi gruppi multinazionali e la vendita di dati al fine di profilare gli utenti; la *web tax* ungherese, invece, costituisce un'imposta sui ricavi pubblicitari che derivano dalla pubblicità online resa in lingua magiara. Senza menzionare le differenze per quanto concerne le soglie di ricavi superate le quali scatta l'obbligo impositivo e l'aliquota d'imposta, variabile da un minimo del 3% a un massimo del 7,5%.

Ampliando lo sguardo al di fuori dell'Europa, la situazione appare ancor più variegata: la *digital tax* argentina, introdotta nel 2021, si applica in relazione a molteplici servizi digitali, quali la fornitura e l'*hosting* di siti informatici e pagine web, la fornitura di programmi informatici e relativi aggiornamenti, servizi web quali l'archiviazione di dati, servizi di memoria e pubblicità online, servizi software basati sul *cloud*, e via discorrendo, i cui ricavi sono colpiti con aliquote variabili tra il 2% e il 5%; sempre nel 2021 il Kenya ha introdotta una *digital service tax* che mira ad assoggettare a tassazione tutti i ricavi derivanti dalla prestazione di servizi digitali a una aliquota dell'1,5%, senza prevedere alcun tipo di soglia quantitativa al di sotto della quale l'imposta non è dovuta, cui poi nel 2023 è stata affiancata una *digital asset tax* destinata a colpire anche la piattaforma digitale che consente e facilita le prestazioni digitali; la

Nigeria ha deciso di attrarre a imposizione il 30% dei profitti delle imprese che hanno, nel territorio, una significativa presenza economica e che prestano servizi digitali quali lo *streaming*, il *download* di contenuti digitali, la raccolta e la trasmissione dei dati relativi agli utenti nigeriani; la Turchia ha introdotto, a partire da marzo 2020, un'imposta sui servizi digitali di intermediazione e su qualsiasi tipo di pubblicità online, nonché sulla vendita di contenuti digitali quali contenuti video, di musica, giochi e software in generale a un'aliquota del 7,5% sui ricavi lordi tratti da siffatte prestazioni.

Le azioni unilaterali intraprese dai vari Paesi hanno tuttavia registrato una forte opposizione soprattutto da parte degli Stati Uniti,⁴⁹ cui di fatto appartengono la maggior parte delle multinazionali "digitali" interessate dall'applicazione delle DST nazionali, rispetto alle quali era stata richiesta l'immediata abolizione, preferendo l'adozione di altre misure di comune accordo (per esempio l'attuazione del *Pillar One*). Il compromesso politico raggiunto ha invece previsto la mera sospensione dell'introduzione di nuove DST unilaterali nonché dell'aumento delle aliquote delle DST già in vigore; il ritiro delle DST è stato invece collegato all'entrata in vigore del *Pillar One*, inizialmente prevista per il 31 dicembre 2023 – termine in seguito prorogato al 31 dicembre 2024, con tuttavia non poco malcontento. Invero, già nel corso del 2023 il Canada aveva dichiarato che se le proposte del *Pillar One* fossero entrate in vigore entro il 2023, dal 2024 avrebbe reso operativa la propria DST, con effetto retroattivo dal 2022 – promessa mantenuta con l'approvazione della *web tax* in vigore da giugno 2024;⁵⁰ sulla stessa linea anche la Nuova Zelanda, che a fine agosto 2023 ha approvato una *digital tax* nazionale con aliquota del 3% a valere sui ricavi lordi tratti dai servizi pubblicitari online, la cui entrata in vigore è prevista per gennaio 2025 – con la possibilità di differimen-

49. In relazione alla DST italiana, cfr. US Trade Representative Executive Office, *Report on Italy's Digital Services Tax*, 6 gennaio 2021.

50. La DST è stata introdotta con il Bill C-59, approvato il 20 giugno 2024.

to sino al 2030 – qualora non vi siano gli attesi progressi circa l'implementazione del *Pillar One*.

L'adozione di molteplici e differenziate *digital service taxes* risponde certo all'esigenza di un celere intervento nei riguardi delle sfide poste dalla diffusione dei modelli di business digitali, che hanno indubbiamente posto in crisi i tradizionali criteri di tassazione dei redditi d'impresa. Al tempo stesso, tuttavia, la repentina introduzione di tali imposte in maniera pressoché sordinata tra i vari Paesi, nonostante siano formalmente "imposte a tempo", non ha permesso una attenta riflessione su vari aspetti progettuali e su potenziali effetti indesiderati, che avrebbero dovuto invece essere preventivamente vagliati.

Un profilo che salta subito all'occhio concerne un elemento "estriore" di siffatti tributi, per esempio il livello delle aliquote, altamente differenziate tra i vari Paesi, oscillando dal 2% e sino al 7,5%. È plausibile ritenere che con riferimento a tale aspetto possa assistersi, nel tempo, a una competizione al ribasso tra gli Stati sulle aliquote d'imposta applicabili, in maniera del tutto analoga a quanto già verificatosi con riferimento all'imposta sul reddito delle società. Un tanto solleverebbe, tuttavia, ulteriori problemi di erosione delle basi imponibili (cui le *web taxes* cercano in realtà di porre un freno) e ridurrebbe in maniera ancor più consistente il gettito fiscale derivante dalle DST nazionali, peraltro già esiguo se comparato rispetto alle entrate derivanti dall'imposta sul reddito delle società.⁵¹

Dal punto di vista concettuale, un primo aspetto su cui è necessario soffermarsi riguarda il fatto che questa tipologia di imposte è strutturata per colpire i ricavi lordi dell'impresa digitale, e non già il reddito (tradizionale indice espressivo di capacità contributiva, assunto quale presupposto dell'ordinaria imposta societaria):

51. Cfr. Stefanie Geringer, "National Digital Taxes – Lessons from Europe", *South African Journal of Accounting Research*, 1, 2021, pp. 1-19, la cui analisi sulle DST introdotte da vari Paesi europei indica che il relativo gettito rappresenterebbe circa lo 0,05% del gettito fiscale complessivo.

l'idea sottostante è che i ricavi possano costituire una *proxy* del reddito d'impresa che si presume essere delocalizzato verso Paesi a fiscalità privilegiata e quindi non sottoposto ad alcuna forma di tassazione.

Individuare i ricavi lordi quale base imponibile approssimata del reddito d'impresa non appare tuttavia corretto: in primo luogo, appare inesatto supporre che i ricavi possano costituire un parametro idoneo e approssimativo dell'entità del reddito d'impresa, non essendo possibile inferire con certezza, a partire da un certo ammontare di ricavi (seppure elevato), un pari e corrispondente cospicuo utile dell'impresa (quest'ultimo generalmente impiegato quale termine per il calcolo del reddito imponibile). Un tanto per la semplice ragione che la misura dell'utile può essere ampiamente influenzata dalla presenza di costi fissi e variabili, dalle modalità di gestione del business e altresì dal settore di operatività e dal modello organizzativo impiegato: a titolo esemplificativo, il settore del commercio al dettaglio è noto per avere bassi margini di redditività e, pertanto, un'imposta sui ricavi lordi ottenuti da un'impresa operativa in questo settore sarebbe probabilmente smisurata (per eccesso) rispetto all'utile effettivamente conseguito, nel senso che probabilmente non andrebbe a colpire la capacità contributiva della società. Quanto rilevato vale ovviamente anche per le Big Tech; in effetti dall'analisi dei dati di bilancio disponibili si evince che pur a fronte di ricavi lordi di notevole importo in valore assoluto, il risultato economico complessivo è decisamente inferiore e può addirittura essere negativo: in questi casi, è evidente l'arbitrarietà di un prelievo sui primi quale *proxy* dei secondi.⁵² Di fatto, il riscontro di ingenti ricavi non è quindi sinonimo di alta redditività

52. A titolo esemplificativo, per l'anno 2022 Amazon ha conseguito ricavi per 116,4 mld di dollari realizzando tuttavia una perdita di poco inferiore a 4 mld di dollari. Analogamente, a fronte di ricavi per circa 28 mld di dollari ottenuti da Apple nel 2022, l'utile di esercizio è stato pari a 7,47 mld di dollari. Dati simili sono riportati anche per Alphabet, Meta e Microsoft, cfr. Vittorio Carlini, "Apple, Amazon, Google, Meta e Microsoft: caccia al nuovo Eldorado per il business", *Il Sole 24 Ore*, 4 luglio 2023.

e, per l'effetto, un'imposta sui ricavi lordi ben può confliggere con il principio di capacità contributiva, tutte quelle volte in cui viene prelevata un'imposta in realtà slegata dall'effettiva capacità economica dell'azienda, desumibile invece dal reddito.⁵³

Anche altri aspetti di un'imposizione sui ricavi lordi suscitano diversi dubbi. Invero, un'imposta così strutturata fa sì che anche le imprese in perdita sarebbero in linea di principio soggette al pagamento dell'imposta, con tuttavia potenziali *side effects* evidentemente non considerati né desiderabili, quali a titolo esemplificativo distorsioni negli investimenti, svantaggi per le imprese in fase di avviamento, e via discorrendo. In questo caso, peraltro, risulta palese come tale forma di imposizione in realtà prescinda dalla capacità contributiva manifestata dall'impresa.

Ulteriormente, l'imposizione sui ricavi lordi e non sul reddito rende incerta l'ascrizione delle DST nel novero delle imposte dirette ovvero indirette,⁵⁴ in caso suscettibili di essere traslate sui consumatori; un tema collegato a tale forma di imposizione concerne infatti chi sopporta, in definitiva, il peso dell'imposta: a seguito dell'introduzione della DST in Francia, invero, diversi gruppi multinazionali hanno annunciato di provvedere a trasferire l'onere fiscale in capo ai consumatori.⁵⁵

Anche l'individuazione del perimetro soggettivo di applicazione di tali tributi è idonea a sollevare non pochi dubbi: in linea generale, le DST attualmente in vigore individuano quali soggetti passivi quelle multinazionali che rendono taluni servizi digitali, ricalcando la proposta di direttiva della Commissione europea rimasta inattuata. Si tratta di una ristretta platea di soggetti, prevalentemente statunitensi, tant'è che, come visto,

53. Cfr. Dario Stevanato, "Are Turnover-Based Taxes a Suitable Way to Target Business Profits?", *European Taxation*, 11, 2019, pp. 538-546.

54. Cfr. Corasaniti, "L'imposta sui servizi digitali: una vera rivoluzione, oppure il messaggio in una bottiglia gettata in mare per i posteri?"

55. Tra i primi ad annunciarlo Google, poi seguito da Amazon nell'ottobre 2019 e da Apple a settembre 2020. I gruppi multinazionali hanno stimato un incremento del 3% dei costi per i servizi resi in capo agli utenti.

sono stati proprio gli Stati Uniti a opporsi più strenuamente alla permanenza di tali misure.

In effetti tale profilo può destare qualche perplessità poiché è evidente, anche per comune conoscenza, che globalmente operano diverse multinazionali, anche non strettamente "digitali", le quali tuttavia rimangono escluse dall'applicazione delle DST, nonostante pure con riferimento a queste ultime possano porsi i medesimi rischi di non imposizione ovvero lieve imposizione dei profitti.

La selettività delle *web taxes* nazionali, peraltro, riguarda non solo il profilo oggettivo dei servizi digitali resi dalle imprese del web, bensì la misura anche quantitativa: i soggetti passivi dell'imposta costituiscono infatti un sottogruppo delle imprese che rendono siffatti servizi, poiché vengono colpite solo quelle imprese che superano determinate soglie parametriche ai ricavi globali e ai ricavi specifici tratti dalle attività digitali.

Ma se l'obiettivo perseguito consisteva nell'intervenire in situazioni ad alto rischio di non imposizione, come può accadere quando l'impresa multinazionale è in grado di sfruttare le asimmetrie dei diversi ordinamenti tributari o delle convenzioni internazionali ovvero di localizzare i propri profitti in territori a bassa fiscalità attraverso una opportuna rilocalizzazione degli *asset* intangibili (quali ad esempio gli algoritmi), allora appare evidente che le *web taxes* nazionali non colgano nel segno⁵⁶ e anzi la loro limitata applicabilità possa tradursi in un caso di discriminazione fiscale.⁵⁷

Un ulteriore aspetto critico concerne i criteri impiegati per l'individuazione di un collegamento tra impresa digitale non residente priva di stabile organizzazione

56. Dello stesso avviso Logozzo, "Tassazione della digital economy: l'imposta sui servizi digitali", pp. 805 e ss., per cui «si potrebbe, dunque, legittimamente sostenere che vi è uno "svuotamento" dell'imposta così come era stata 'pensata' all'origine».

57. In tal senso Lorenzo Del Federico, "La tassazione nell'era digitale. Genesi, diffusione ed evoluzione dell'equality levies", *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 4, 2020, pp. 1433 e ss.; cfr. altresì Eric C.C.M. Kemmeren, "Should the Taxation of the Digital Economy Really Be Different", *EC Tax Review*, 2, 2018, pp. 73 e ss.

e il territorio dello Stato che intende esercitare la pretesa impositiva: tale nesso, infatti, viene ritenuto sussistente qualora sia riscontrato di un mercato di operatività, per esempio qualora in quel territorio siano presenti utenti, clienti e consumatori che fruiscono della piattaforma digitale, del sito web, del *marketplace*, ecc. e in generale di utilizzatori (attivi o passivi) del servizio digitale. Rompendo con il tradizionale criterio dell'assoggettabilità a imposizione in dipendenza dell'integrazione del requisito di residenza fiscale, la *web tax* di fatto si basa su un nuovo criterio di tassazione, rappresentato da un nesso digitale tra impresa e territorio: il collegamento degli utenti al web.

La premessa concettuale risiede nella circostanza che siffatti modelli di business digitali dipendono fortemente dalla partecipazione degli utenti, il cui contributo «di fatto costituisce la creazione di valore per l'impresa»,⁵⁸ quasi come se gli utenti fossero dei dipendenti che “lavorano” per l'impresa; pertanto ai fini della tassazione il luogo di creazione del valore, cui fare riferimento, dovrebbe essere quello in cui gli utenti sono localizzati.

In proposito le discipline nazionali tendono a localizzare gli utenti in base all'indirizzo di protocollo internet (IP) del dispositivo utilizzato per la connessione; siffatta prassi non sembra tuttavia considerare in maniera appropriata che l'indirizzo IP spesso non fornisce una indicazione precisa dell'utente, stante la ben nota possibilità per i fruitori dei servizi digitali di usare reti private virtuali (le c.d. VPN), che consentono di nascondere o modificare l'indirizzo IP.⁵⁹ Inoltre, l'utilizzo dell'indirizzo IP pone non pochi problemi di privacy, considerata la sua natura di dato personale, sulla cui captazione e conservazione sono necessarie delle riflessioni.

In ogni caso, anche a prescindere da tali aspetti tecnici, la stessa premessa su cui si basa la proposta di diretti-

58. COM(2018) 148 final, par. 1.

59. La guida *Digital Services Tax Manual* del Regno Unito si limita a richiedere ai soggetti passivi la verifica della localizzazione degli utenti sulla base delle informazioni loro disponibili.

va e le normative nazionali è suscettibile di essere messa in discussione, ossia la circostanza che la presenza di utenti registrati o identificati su un certo sito web, social network o piattaforma, sia di per sé sola indicativa di una presenza digitale significativa dell'impresa digitale ovvero della creazione di valore per quest'ultima. Sotto il primo profilo sarebbe invero necessario considerare anche i fenomeni dei *multi-accounts*, degli *accounts* fittizi e altresì di quelli silenti o non operativi da un certo periodo di tempo, i quali difficilmente possono tradursi in "valore" per l'impresa;⁶⁰ per quanto concerne il secondo aspetto menzionato, invece, sarebbe opportuno valutare anche l'impatto aziendale negativo causato da quegli utenti, clienti o consumatori che pongono in essere condotte suscettibili di danneggiare la reputazione, l'attività o i servizi aziendali, come accade quando vengono condivisi contenuti inopportuni. In altri termini, non sempre l'esistenza di utenti in un certo territorio sarebbe direttamente proporzionale a un maggior valore per l'impresa.⁶¹

Peraltro, la proliferazione di *digital taxes* nazionali variamente configurate a partire da un sostrato condiviso può essere foriera di casi di doppia imposizione di stampo sia internazionale sia meramente interno.

Quanto al primo profilo, come detto l'imposta sui servizi digitali è concepita quale imposta sui ricavi lordi, non già sul reddito, ed è pertanto suscettibile di determinare non poche problematiche quanto all'ambito di applicazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni: non essendo un'imposta sul reddito, essa non è coperta dal testo convenzionale né dalle disposizioni che si occupano di eliminare eventuali doppie imposizioni e pertanto non risulterebbe accreditabile né, di conseguenza, potrebbe essere riconosciuta come credito

60. Infatti sul punto le elaborazioni dell'OCSE sembrano prediligere un riferimento agli utenti attivi sulle piattaforme, peraltro generando ulteriore incertezza sulla definizione di "utente attivo".

61. Su questo tema, cfr. Jim Stewart, "User Value Creation and Taxation of the Digital Economy", *Kluwer International Tax Blog*, 9 maggio 2019, <https://kluwer-taxblog.com/2019/05/09/user-value-and-taxation-of-the-digital-economy/>.

d'imposta per le imposte pagate all'estero.⁶²

Senza contare i rischi di doppia imposizione in capo ai soggetti che realizzano il presupposto impositivo in più Paesi. Infatti ben possiamo immaginare casi di possibile doppia imposizione, per esempio là dove due o più DST nazionali si applichino alla stessa operazione, come potrebbe accedere nel caso di intermediari digitali multilaterali tra soggetti localizzati in due differenti territori, dando vita in entrambi gli Stati a operazioni rilevanti ai fini della DST. In questi casi, sarebbe auspicabile ridurre in via forfettaria la base imponibile o l'aliquota, ovvero ridefinire quale utente della piattaforma solo l'acquirente (in questa ipotesi, tuttavia, con evidenti riflessi, probabilmente indesiderati da uno degli Stati coinvolti, anche sulla ripartizione dei profitti a monte).

Possiamo inoltre immaginare anche un ulteriore profilo di rischio di doppia imposizione, di carattere interno: infatti, le DST si applicano a prescindere dal tipo di situazione concreta dell'impresa digitale considerata (per esempio dall'eventuale esistenza di una società controllata o di una stabile organizzazione dell'impresa nel territorio dello Stato impositore) e, pertanto, potrebbero verificarsi casi in cui i gruppi multinazionali già siano assoggettati all'ordinaria imposizione sul reddito eppure debbano scontare anche l'imposta sui servizi digitali. Un tanto evidentemente già accade con riferimento a quelle imprese multinazionali che operano tramite il web e al tempo stesso tramite insediamenti produttivi in vari territori: tale ultimo elemento integra i requisiti per l'applicazione dell'imposta sulle società (la cui base imponibile è il reddito), cui va a sommarsi la DST (la cui base imponibile è rappresentata dai ricavi lordi). Il tutto con evidenti duplicazioni e distorsioni e lasciando altresì interdetti sulla necessità di applicare un'imposizione aggiuntiva sui ricavi lordi quando già l'impresa sconta l'imposizione societaria ordinaria, del

62. Per un approfondimento, cfr. Antonio Tomassini e Alberto Sandalo, "Riconducibilità dell'imposta sui servizi digitali all'ambito oggettivo dei Trattati contro le doppie imposizioni", *Corriere tributario*, 6, 2021, pp. 575 e ss.

pari alle altre società “tradizionali”. Questo profilo può evidentemente suscitare il sospetto che le DST così configurate presentino in realtà profili discriminatori.

Infine, non si può non notare che le *web taxes* nazionali, in assenza di una preventiva armonizzazione, fanno sorgere molteplici criticità amministrative per i soggetti chiamati al nuovo obbligo fiscale. Basti pensare al fatto che quasi ogni disciplina richiede l’adozione di precise formalità, talvolta a valere anche retroattivamente, quali l’acquisizione di un codice fiscale, l’adozione di contabilità separate, ecc.; non solo: al fine di verificare la soggettività passiva e la debenza del tributo, le imprese devono verificare l’ammontare annuale dei ricavi globali, distinguendo poi l’ammontare dei ricavi tratti dai servizi digitali previsti quali presupposti dalle singole discipline statali (e, come visto, l’ambito oggettivo di applicazione varia notevolmente da Stato a Stato), eventualmente convertendo anche gli importi incassati in valuta straniera, ecc. E, nell’ipotesi in cui l’impresa multinazionale non sia in grado di raccogliere tali informazioni ovvero non vi adempia, dovrà essere presumibilmente l’amministrazione finanziaria locale a recuperare i dati necessari al fine di inquadrare un soggetto quale soggetto passivo o meno dell’imposta: in tale possibile eventualità, dovremmo immaginare l’amministrazione finanziaria italiana nel tentativo di raccogliere dati sul fatturato globale delle multinazionali, probabilmente attivando molteplici scambi di informazioni con altre innumerevoli amministrazioni di ogni Stato potenzialmente coinvolto.⁶³

In tale prospettiva, ci si chiede quindi come e se si può essere davvero *compliant* con decine di diverse normative, ovvero se la frammentazione delle *web taxes* non arrechi più danni e comporti più difficoltà di quanti benefici possa comportare in termini di gettito recuperato.

63. Sulle criticità relative all’*enforcement*, cfr. Sartori, “L’imposta italiana sui servizi digitali”, pp. 494 e ss.

5. Un approccio multilaterale per la tassazione dei profitti "digitali"

I nuovi modelli di business digitale hanno sicuramente posto in discussione diversi punti fermi dei tradizionali modelli impositivi, che richiedono un ripensamento e adattamento alle nuove realtà economiche operanti su scala mondiale. Le peculiarità operative dei soggetti che sfruttano le tecnologie digitali e informatiche nella propria attività d'impresa minano infatti il legame Stato-territorio-impresa, sinora imperniato sui concetti fisici e materiali di residenza e stabile organizzazione, dando spazio a fenomeni di bassa o non imposizione dei profitti "digitali".

I contrapposti interessi in gioco, tra Paesi importatori ovvero esportatori di tecnologia, richiedono il raggiungimento di un compromesso politico rispetto al quale, tuttavia, dai negoziati a livello europeo e internazionale sinora avviati già da diversi anni non è emersa ancora alcuna vera certezza. L'approccio perseguito dall'OCSE risulta forse il più avanzato tentativo esplorativo di individuare una base comune per un accordo condiviso: ma come spesso accade quando si ricerca una soluzione che possa accontentare tutti o la maggioranza, l'intesa definitiva tarda ad arrivare dovendo calibrarsi le molteplici (e divergenti) richieste e opinioni. Così si elaborano regole dall'animo complesso, per non scontentare nessuno, spesso a discapito della funzionalità, operatività e comprensibilità degli interventi che si vogliono adottare.

D'altro canto, nelle more del raggiungimento di accordi sovranazionali, diversi Paesi hanno agito in autonomia, introducendo nei propri ordinamenti fiscali norme *ad hoc* in via unilaterale le quali, tuttavia, espongono i contribuenti a ulteriori rischi e incertezze. Gli esperimenti nazionali, infatti, non convincono e ben difficilmente potrebbero assurgere a strumenti risolutivi della problematica di base, per esempio le sfide poste dall'economia digitale alla fiscalità: l'inadeguatezza degli attuali criteri di collegamento (residenza fiscale e stabile

organizzazione) è percepibile nel momento in cui si osserva il fenomeno dell'economia digitale su scala mondiale, non certo entro le mura domestiche. La crisi del rapporto Stato-imprese-territorio in effetti coinvolge, per sua natura, più giurisdizioni contemporaneamente: ecco allora che uno Stato, in autonomia, ben poco può fare per affrontare, risolvendo, la questione. Qualsiasi strumento o intervento che intenderà impiegare, infatti, sarà giocoforza limitato alla regolamentazione interna – pretermettendo di trovarsi in un sistema plurilivello. Anche la Commissione europea si è espressa nel senso di rallentare l'approccio statale favorendo soluzioni concordate, anche alla luce del fatto che «approcci nazionali divergenti all'interno dell'UE possono frammentare il mercato unico, aumentare l'incertezza fiscale, destabilizzare la parità di condizioni e aprire nuove scappatoie per gli abusi fiscali». ⁶⁴

Tutte tali considerazioni spingono quindi all'urgenza di una elaborazione internazionale multilaterale di lungo periodo in risposta alle sfide dell'economia digitale. La vera questione risiede nella configurazione di un progetto che sia chiaro, lineare e condiviso – caratteristiche non sempre rintracciabili nelle soluzioni al vaglio in sede OCSE. Le difficoltà sono chiaramente evidenti: così come la ricchezza digitale, a tutti gli effetti, supera i tradizionali confini territoriali ed è per certi versi “apolide”, sviluppandosi attraverso le reti digitali, così anche il sistema fiscale dovrebbe superare la dimensione fisica per intercettare qualcosa di immateriale.

64. COM(2017) 547 final del 21 settembre 2017.

PARTE II

IL DIBATTITO

Laura Aria

Componente dell'Autorità garante delle comunicazioni

Nell'ambito dell'ecosistema dei mercati digitali, la regolazione costituisce la via tracciata, ormai da tempo, dalle istituzioni europee, così polarizzando, da una parte, l'*hard law* (sulla sponda europea) e, dall'altra, l'autoregolamentazione (sulla sponda statunitense).

La copertura costituzionale di quest'ultima è stata ricondotta alla libertà di espressione, tutelata nell'ordinamento statunitense dal Primo emendamento, recentemente rievocata dalla Corte suprema degli Stati Uniti quando le piattaforme sociali come Facebook o YouTube scelgono quali contenuti di terzi rimuovere in base ai loro termini di servizio o alle loro linee guida. In tal modo, secondo alcuni, si realizza una *trasfigurazione* che rende le grandi piattaforme non più (soltanto) operatori economici, ma (anche) veri e propri *poteri privati in competizione con i poteri pubblici*.

L'evocata trasfigurazione accende allora un faro sul costituzionalismo quale àncora di fondazione, regolazione e governo del potere.

Il costituzionalismo americano fonda il *dogma intoccabile* – che sancisce l'esenzione da qualsiasi responsabilità derivante dalla pubblicazione di contenuti illeciti, affermata dalla *section 230 del Communications Decency Act* – nelle radici liberali di una visione positiva e illuministica della rete quale strumento di democrazia.

Quello europeo, invece, ha traghettato il costituzio-

nalismo analogico dell'era dell'atomo a quello digitale dell'era dei *bit*, consentendo alla dimensione dei diritti sostanziali di cedere il passo alla dimensione procedurale (vale a dire, ad esempio, l'introduzione del *risk assessment*, gli obblighi di trasparenza, l'adozione di misure di attenuazione dei rischi, il *data due process* con conseguente rafforzamento delle tutele degli utenti nel loro rapporto con le piattaforme).

Eppure, talune resistenze sono state sollevate temendo un freno all'innovazione.

Un vecchio *cliché*.

La regolazione nasce per consentire le liberalizzazioni, l'apertura di mercati prima chiusi e, quindi, la mitigazione dei rischi; la regolazione, inoltre, cambia la percezione del sistema, consente la necessaria certezza per favorire, da una parte, gli investimenti pubblici e privati e, dall'altra, la fiducia degli utenti. L'attuazione della regolazione, conseguentemente, cambia il comportamento: non vi sono tecnologie *tout court* buone o cattive, la legittimità dipende dall'utilizzo che se ne fa, dal servizio che rendono alla persona e al suo sviluppo. Resta ferma la necessaria e irrinunciabile proporzionalità nell'attuazione concreta della regolazione stessa.

Recente è il monito del Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, pronunciato in occasione del Cerimoniale del Ventaglio dello scorso luglio, quando, nel riconoscere l'alto valore del pluralismo anche nei nuovi ambiti dove le piattaforme digitali sono divenute le principali responsabili della veicolazione di contenuti informativi, ha ritenuto «singolare che a un ruolo così significativo corrisponda una convinzione di minori obblighi che ne derivano, con una tendenza, del tutto inaccettabile del protagonisti a sottrarsi».

La responsabilizzazione, infatti, è stata la direzione progressivamente seguita dalla regolazione europea attraverso diverse stagioni.

La visione entusiastica (quasi romantica) degli inizi degli anni Duemila (cui risale la disciplina della Direttiva e-commerce) a favore dell'innovazione ha ceduto

il passo alla tendenza verso una maggiore regolamentazione riconducibile all'emergere di quel sentimento di diffidenza per il potere accumulato dalle grandi piattaforme online. Se le regole dettate dalla Direttiva e-commerce che definiscono la responsabilità degli intermediari online possedevano, e in parte possiedono ancora, un senso a fronte di soggetti che svolgevano un ruolo del tutto passivo e neutrale rispetto ai contenuti veicolati tramite i loro servizi, il mutamento della fisionomia dei *providers* ha rimesso in discussione l'effettiva applicabilità delle stesse.

Con l'avvento del *web 2.0*, tra i tanti intermediari di rete, le piattaforme online hanno assunto una fisionomia meno passiva e neutrale rispetto ai contenuti veicolati attraverso di esse: pertanto, si è assistito al passaggio da una decentralizzazione quasi atomistica degli attori operanti sulla rete a una forte centralizzazione in capo a poche piattaforme online globali.

Di fronte ai mutamenti tecnologici, il diritto non è rimasto indietro.

È seguita, infatti, una nuova stagione di regolazione (ma) per settori con il proposito di risolvere in maniera mirata problemi specifici (come la modernizzazione delle comunicazioni elettroniche in forza del nuovo codice europeo; il *refit* della Direttiva sui servizi media audiovisivi che introduce, fra le altre novità, la disciplina delle *video sharing platforms*; la sussistenza dell'atto di comunicazione al pubblico e la relativa responsabilità delle piattaforme che lo realizzano, secondo la Direttiva copyright). Può considerarsi ultimo provvedimento della stagione descritta il Regolamento europeo 2019/1150 che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online.

Più recentemente, invece, è stata inaugurata una stagione del tutto nuova che ha segnato un approccio pionieristico caratterizzato dalla natura orizzontale della regolazione, così da favorire anche una maggiore armonizzazione mediante l'uso del regolamento anziché della direttiva, con centralizzazione della vigilanza in capo

alla Commissione europea. In questo solco si pongono il *Digital Services Act*, il *Digital Markets Act* e l'*AI Act*.

Il Regolamento europeo sui servizi digitali (il DSA, appunto) persegue lo scopo di aggiornare il regime delle responsabilità per i fornitori di servizi digitali con riguardo alla moderazione ed eventuale rimozione di contenuti, alla tutela dei minori, all'offerta di pubblicità e alla trasparenza dei processi algoritmici, recando a tal fine un insieme di obblighi applicabili a tutti gli intermediari online che forniscono servizi nell'Unione, secondo un meccanismo a intensità crescente in ragione del modello di business e della dimensione d'impresa.

Il DSA lascia ferme le categorie degli *internet service providers* (ovvero i fornitori di servizi di *mere conduit*, di *caching* e di *hosting*). Del pari, lascia fermo anche il divieto degli obblighi di sorveglianza in via generale e di ricerca attiva, *tuttavia*, in considerazione delle diverse caratteristiche dei destinatari, differenti quanto a dimensioni e impatto sull'ecosistema digitale, il *regolamento* ha introdotto un complesso di obblighi "su misura" a intensità crescente.

Il cambiamento di prospettiva è evidente: l'idea di fondo è quella di responsabilizzare gli operatori privati riconducendo eventuali pratiche di mera *self-regulation*, finora adottate volontariamente nell'ambito di una cornice normativa europea armonizzata in un quadro più certo di responsabilità, trasparenza e sicurezza, preferendo procedure di *co-regolazione*. La scelta replica quella già compiuta dal GDPR verso il c.d. *risk assessment*: allo stesso modo, nel DSA, la riaffermazione di una *governance* pubblicistica si riflette, da un lato, nell'imposizione di rilevanti attività di controllo e *due diligence* in capo alle piattaforme e, dall'altro, nella previsione di incisivi poteri di *enforcement* degli Stati membri e della Commissione.

Il DMA, dal canto suo, intende armonizzare nel mercato interno obblighi specifici in capo alle piattaforme digitali che abbiano acquisito una posizione di *gatekeeper* per alcuni servizi *core* (pertanto si regolano *ex ante*

l'accesso – troppo spesso rivelatosi opaco e asimmetrico – a dati e informazioni, ostacoli all'interoperabilità, si indicano le condizioni per ottenere l'accesso agli utenti finali e si tutelano i diritti di questi ultimi).

Il recentissimo *AI Act* si è posto l'obiettivo di migliorare il funzionamento del mercato interno e promuovere l'adozione di un'intelligenza artificiale affidabile e incentrata sull'uomo, garantendo, nel contempo, un elevato livello di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dell'UE, compresa la democrazia, lo Stato di diritto e la tutela dell'ambiente dagli effetti dannosi dei sistemi di intelligenza artificiale nell'Unione, nonché sostenendo l'innovazione.

Il legislatore nazionale, in attuazione delle discipline europee sommariamente richiamate, ha preso atto dei mutamenti di scenario intercorsi, provvedendo, per i settori di competenza, a un *enforcement* dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni mediante l'assegnazione di nuove competenze in materia di servizi media e comunicazione elettronica, nonché nuovi poteri nei mercati in cui sono attive le piattaforme digitali.

Al riguardo l'Autorità ha adottato numerosi provvedimenti attuativi: ad esempio nel settore del diritto d'autore (introducendo i procedimenti abbreviati, quelli di natura cautelare, le ingiunzioni dinamiche, le procedure per i reclami e la risoluzione controversie con i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online per permettere agli utenti di contestare le decisioni di disabilitazione e rimozione di contenuti segnalati come violazioni di diritto d'autore, nonché il Regolamento sull'equo compenso). Nell'ambito dei servizi media, l'Autorità, accanto a una generale modernizzazione della regolamentazione, ha adottato provvedimenti del tutto innovativi per le *video sharing platforms* alle quali è stata estesa gran parte della disciplina valevole per i media tradizionali, del pari per gli influencer, alle condizioni precisate in apposite linee guida. Sono stati, inoltre, delineati sistemi di *prominence* per garan-

tire l'accessibilità e la rilevanza dei servizi di interesse generale. Negli altri settori, si aggiunge l'imponente attività relativa al *secondary ticketing* e al contrasto al gioco d'azzardo online.

Dunque, Agcom, anche grazie alla sua natura di autorità di regolazione convergente, è impegnata ormai da anni ad approntare una cassetta degli attrezzi volta a fronteggiare le importanti sfide regolamentari che il nuovo ecosistema digitale pone davanti. In questa direzione, infatti, l'Autorità è stata designata *Digital Service Coordinator* per l'Italia ed è già impegnata per una efficace e tempestiva applicazione del DSA (si vedano i recentissimi regolamenti sulle controversie e quelli sui segnalatori attendibili), sempre in stretta collaborazione con la Commissione europea, e anche l'ERGA.

In tale contesto, specifica attenzione richiede il settore dell'informazione: al riguardo, il Presidente Cheli ha efficacemente osservato che «*l'informazione non ha più due gambe – la stampa e la televisione – ma ne ha tre con l'aggiunta dei social media*». Pertanto, il nuovo ruolo delle piattaforme online comporta necessariamente maggiori responsabilità in quanto impinge direttamente i diritti fondamentali dell'uomo e della nostra società, per non dire della nostra stessa democrazia: infatti, l'informazione costituisce «*pietra angolare dell'ordinamento democratico*» (Corte cost. 84-1969), «*fondamento della democrazia*» (Corte cost. 172-1972), «*cardine della democrazia dell'ordinamento generale*» (Corte cost. 126-1985), «*il più alto forse dei diritti fondamentali*» (Corte cost. 138-1985).

La Legge europea per la libertà dei media (EMFA) si occupa proprio, tra l'altro, della promozione del pluralismo e della indipendenza dei media in tutta l'Unione, nonché della protezione della libertà dei media dalle grandi piattaforme e, nella logica già richiamata, provvede all'istituzione di un nuovo Comitato europeo per i servizi di media per promuovere un'applicazione coerente delle norme.

Emerge allora la necessità di seguire la via europea della regolazione per contemperare la libertà della rete

con la tutela dei diritti fondamentali della persona: la disciplina dei mercati (e dei servizi) digitali all'interno dell'Unione europea si caratterizza proprio per la tutela di *twin objectives* (obiettivi gemelli), vale a dire favorire, da un lato, lo sviluppo del mercato interno dell'innovazione e, dall'altro, garantire un elevato livello di protezione dei diritti fondamentali.

È evidente, infatti, come l'assunto di Spinoza per il quale *nessun artificio potrebbe mai violare la libertà del pensiero* appartenga ormai a un'altra epoca. Ma anche la stessa gradita opportunità di partecipare al dibattito su queste pagine rivela una consapevolezza nuova e un impegno corale a garanzia dei diritti coinvolti nell'ecosistema digitale.

Anna Ascani e Marco Bani

Vicepresidente della Camera e deputata del Partito democratico
Responsabile relazioni istituzionali, formazione e digitalizzazione
del gruppo del Pd al Senato

«L'America innova, la Cina copia, l'Europa regola». Questo aforisma viene spesso utilizzato per descrivere la presunta stagnazione dell'innovazione in Europa, dove la creazione di nuove tecnologie è spesso sostituita dalla produzione di norme, regole e burocrazia. Tuttavia, un aspetto certamente discutibile di questa affermazione riguarda la Cina: non si limita a copiare, ma è ormai un leader in molti settori tecnologici avanzati, dalle telecomunicazioni ai veicoli elettrici, oltre a essere il più grande produttore mondiale di pannelli solari.

La realtà globale contemporanea vede Stati Uniti e Cina impegnati in una corsa per la supremazia tecnologica, in un contesto sempre più caratterizzato da una dinamica in cui "il vincitore prende tutto". La Cina si concentra nel controllare e internalizzare tutte le fasi della catena di approvvigionamento delle tecnologie avanzate, mentre gli Stati Uniti adottano una politica industriale su vasta scala per ripristinare la produzione interna di alto valore, utilizzando al contempo misure protezionistiche per escludere i concorrenti e riorientare le catene di approvvigionamento.

L'Europa, invece, sta arrancando in questa corsa all'innovazione. Questo è un dato di fatto. Non c'è nessuna azienda europea tra le prime venti aziende tecnologiche al mondo. Ma il nostro declino è davvero inevitabile? Dobbiamo rassegnarci al ruolo di arbitri in una

partita in cui non abbiamo giocatori competitivi?

Negli anni Settanta, due produttori di aerei commerciali statunitensi, Boeing e McDonnell Douglas, dominavano il mercato con quote rispettivamente del 50% e del 35%, mentre altri produttori si spartivano il restante 15%. In quel periodo, alcuni governi europei presero una decisione storica: creare un'azienda europea capace di competere con questi giganti. Nacque così Airbus, che oggi, dopo cinquant'anni, ha ribaltato la situazione, detenendo circa il 60% del mercato, rispetto al 40% di Boeing (che nel frattempo ha acquisito McDonnell Douglas).

Un altro esempio di successo europeo è Galileo, il sistema di posizionamento globale sviluppato negli anni Duemila. Mentre il GPS americano, nato per scopi militari, offriva precisione limitata per usi civili, l'Europa ha progettato Galileo come un sistema aperto e compatibile con il GPS, ma con una precisione superiore anche per usi civili. Questo progetto ha spinto gli Stati Uniti a migliorare e aprire il proprio GPS, dimostrando come l'innovazione europea possa influenzare positivamente il panorama tecnologico globale.

Airbus e Galileo sono esempi di come, attraverso apertura e collaborazione, l'Europa sia riuscita a recuperare la leadership tecnologica. Tuttavia, le potenzialità dell'economia digitale europea, sebbene migliori di quanto possano sembrare, rimangono insufficienti rispetto alle esigenze. La soluzione a questo paradosso è sistemica: è necessario combinare la convinzione che l'Europa possa aspirare a una leadership tecnologica con azioni concrete che lo dimostrino, generando un circolo virtuoso. In caso contrario, la sfiducia rischia di ostacolare i progressi.

Per dimostrare di essere all'altezza, l'Europa deve quindi superare alcuni ostacoli. Il primo riguarda gli investimenti insufficienti nelle tecnologie digitali e in quelle avanzate rispetto ai rivali internazionali. Mentre gli Stati Uniti investono nei settori più innovativi, l'Europa continua a concentrarsi su settori tradizionali,

trascurando l'alta tecnologia che genera maggiore produttività e sicurezza economica, un obiettivo sempre più rilevante in un'epoca di crisi geopolitiche. Sebbene gli investimenti pubblici in ricerca e sviluppo siano oggi comparabili a quelli americani, lo 0,7% del PIL, gli investimenti privati restano nettamente inferiori: 1,2% del PIL europeo contro il 2,3% degli Stati Uniti. Inoltre, è necessario superare la frammentazione degli investimenti in ricerca e sviluppo, che avviene principalmente a livello nazionale (il 90%), per orientarsi verso una visione più europea. Superare i campanilismi è una necessità.

Un altro ostacolo è la dipendenza dell'Europa da tecnologie e risorse esterne, come le materie prime critiche necessarie per produrre semiconduttori, veicoli elettrici e batterie. Questo è un aspetto che la rende vulnerabile a decisioni geopolitiche che possono compromettere l'accesso a queste risorse essenziali, creando un grande problema di sicurezza nazionale. Senza contare la possibile fragilità dell'oligopolio dei servizi e delle infrastrutture *cloud*, offerti da poche aziende americane. E qui il fallimento di progetti come Gaia-X ha un peso enorme.

Infine, l'Europa soffre di una mancanza di strategia coordinata e su larga scala per affrontare le sfide tecnologiche e competitive. Sebbene possieda un grande mercato interno e un'eccellente capacità di ricerca, manca una strategia integrata che promuova investimenti, collaborazione transnazionale e il superamento delle barriere interne.

Anche nel rapporto sul mercato unico di Enrico Letta vengono evidenziate le potenzialità di una maggiore collaborazione tra gli Stati membri, per alimentare una "libertà della conoscenza" che riconosca come risorse fondamentali i dati, le idee e le intelligenze distribuite su tutto il continente. In questo ambito il mercato unico europeo è davvero "molto più di un mercato".

Per affrontare tutte queste sfide, è necessaria una nuova strategia europea per lo sviluppo tecnologico, focalizzata su due aspetti: da un lato, lo sviluppo di capacità di leadership in tecnologie strategiche; dall'al-

tro, la garanzia di una capacità minima in settori critici per la sicurezza e l'autonomia della nostra economia, evitando dipendenze eccessive da tecnologie o risorse possedute da un unico Stato.

Solo una strategia comune a livello europeo, supportata da adeguati capitali e da un piano industriale ambizioso e ben finanziato, può favorire la creazione di ecosistemi industriali europei ad alto contenuto tecnologico, rendendoli competitivi a livello globale e permettendo alle nuove aziende di sfruttare appieno la forza di un mercato unificato. Un aumento degli attori dell'ecosistema dell'innovazione ridurrebbe il rischio di fallimenti su larga scala e incoraggerebbe migliori pratiche di sicurezza, affidabilità e interoperabilità, favorendo la diversificazione dei fornitori e superando la logica del protezionismo.

Non partiamo da zero: disponiamo già di infrastrutture avanzate, come la rete europea per il calcolo ad alte prestazioni (*The European High Performance Computing Joint Undertaking*), che guida la ricerca nel campo del supercalcolo, oltre ad avere una forte industria farmaceutica e una leadership acquisita nel settore della robotica. Ma non possiamo rimanere indietro di fronte alle nuove ondate di cambiamento stimulate dalle tecnologie emergenti. E questo oggi significa principalmente intelligenza artificiale, ma non solo: ci sono le tecnologie quantistiche, i satelliti LEO (a orbita bassa), le biotecnologie, la completa riconfigurazione dell'industria dei chip. E tutte queste influenzano la leadership tecnologica e quindi gli assetti geopolitici.

Ma una nuova strategia europea per lo sviluppo tecnologico non dovrebbe limitarsi a perseguire solo obiettivi come produttività e sicurezza. Dovrebbe mirare a un benessere diffuso, offrendo a più persone l'opportunità di acquisire nuove competenze, trovare soluzioni alle sfide attuali e utilizzare al meglio le risorse disponibili. La tecnologia dovrebbe permettere resilienza e inventiva e fornire le risorse e le capacità per plasmare il nostro futuro.

Per realizzare questa strategia, è necessaria una nuova politica europea, capace di facilitare la cooperazione tra Stati membri e tra settore pubblico e privato, promuovendo partnership strategiche che rafforzino la posizione dell'Europa nei mercati globali. Questa politica deve promuovere la concorrenza leale, proteggere i diritti dei consumatori e degli operatori del mercato attraverso un quadro normativo chiaro e stabile, evitando monopoli e concentrazioni di potere che potrebbero danneggiare l'innovazione e la pluralità del mercato. Inoltre, attraverso politiche fiscali, incentivi e sostegni diretti, si devono stimolare gli investimenti in settori strategici come il *quantum computing*, l'intelligenza artificiale e altre tecnologie emergenti, favorendo la crescita di ecosistemi innovativi. Infine, questa politica deve garantire uno sviluppo equo e sostenibile, affrontando sfide rilevantissime come il divario digitale e l'impatto ambientale delle nuove tecnologie.

Una politica che comprenda l'importanza della regolamentazione, ma ripensata per allinearla ai veri obiettivi di progresso: garantire una tecnologia che favorisca il benessere collettivo e che sia accessibile a tutti, capace di intervenire su grandi questioni all'ordine del giorno come il cambiamento climatico e l'invecchiamento della popolazione, nel solco dello spirito critico e pragmatico che ha contraddistinto le rivoluzioni europee del Rinascimento e dell'Illuminismo.

Solo una "sana politica", come ha scritto Papa Francesco nell'enciclica *Laudato si'*, forse la persona antropologicamente e spiritualmente più lontana dai grandi CEO della Silicon Valley, può guidare le trasformazioni del presente, integrando l'economia a un progetto politico, sociale e culturale che tende al bene comune, senza ostacolare la creatività umana e il suo sogno di progresso.

Rimettere al centro l'uomo, le sue potenzialità e fragilità, respingendo l'idea di un'umanità da considerarsi solo come un grande fornitore di dati. E se è la fondazione di un "nuovo umanesimo" la vera sfida, allora l'Europa può ambire davvero al ruolo di protagonista.

Deborah Bergamini

Deputata di Forza Italia

Per forza di cose, le leggi arrivano dopo la manifestazione degli eventi che intendono regolare, scontando sempre una specie di svantaggio che fa sì che siano loro a rincorrere i cambiamenti (sociali, culturali, naturali) e non ad anticiparli. Dai miei anni di attività politica e parlamentare potrei ricavare una lunga lista di esempi di leggi che sono arrivate dopo, ma anche di tentativi di leggi che, per arrivare presto, sono arrivate male, senza la necessaria cognizione del contesto che si voleva disciplinare e la valutazione dell'impatto della regolazione.

Ciò è tanto più vero per i momenti "rivoluzionari". Di fronte ai cambiamenti repentini, la macchina della legislazione accelera in maniera concitata, sotto la spinta dello spirito di conservazione. Uno spirito che anima sia i regolatori che i regolati. I primi tendono naturalmente a fare il proprio mestiere e a mettere le mani in ogni novità che si manifesti, prima che – nella loro prospettiva – sia troppo tardi. I secondi tendono a cercare riparo rispetto alle novità, specie a quelle che si faticano a comprendere e gestire, come sono appunto le novità rivoluzionarie.

Tra la prima e la seconda rivoluzione industriale, l'economista francese Frédéric Bastiat scrisse un testo sarcastico per dimostrare come ciascuno di noi tenda a chiedere la protezione della legge di fronte alla concorrenza. Si trattava di una lettera immaginaria dei pro-

duttori di candele rivolta al parlamento francese, per invocare tutela contro la competizione di una potenza forestiera: il Sole.

Se siamo disposti a sorridere con questa lettera, dovremmo essere più cauti nell'affrontare il tema della regolazione di fronte alla rivoluzione digitale.

Rispetto ad essa, l'Unione europea, campione riconosciuto di molte cose tra cui anche la capacità regolatoria, ha sempre avuto un atteggiamento proattivo. Si pensi al diritto al trattamento dei dati personali, su cui le istituzioni europee, prima con la direttiva del 1996 e poi con il GDPR, si sono sbizzarrite. E si pensi, da ultimo, alla direttiva sull'intelligenza artificiale, orgogliosamente rivendicata come la prima disciplina al mondo di un fenomeno che non si è ancora nemmeno compreso.

Dietro a quest'ansia di regole ci sono posture e problemi tutt'altro che irrilevanti.

L'Europa è e resta il sistema culturale e giuridico più avanzato nella tutela dei diritti e della dignità umana e resta uno dei maggiori attori mondiali nel commercio internazionale. L'impresa dell'Unione europea è stata ed è proprio questa: garantire un sistema di mercato aperto, un'economia libera e una *rule of law* in cui i cittadini possano vivere e scegliere secondo libertà.

La rivoluzione tecnologica ci ha investiti con tutta la sua carica dirompente di novità e comodità. Ma dietro di essa ci sono sfide di cui un ordinamento giuridico come quello europeo, abituato a mettere al centro l'essere umano nella sua dignità, fatica a non occuparsi. Per questo, si è occupato per primo di trattamento dei dati e privacy, di commercio elettronico, di intelligenza artificiale, di social network, di antitrust e digitale, di diritti e digitale. Si è "inventato" nuovi diritti, come quello all'oblio, all'identità digitale, all'accesso a Internet. Si può condividere o meno questa spinta, per così dire, morale, ma non la si può negare.

C'è un altro motivo per cui l'Unione europea si occupa così tanto di regolare la rivoluzione digitale. È quello che, a partire dalle linee programmatiche della prima

Commissione von der Leyen e dal Next Generation EU, è stato sintetizzato nelle espressioni “trasformazione” e “transizione” digitale. Come spiega la Commissione europea, essa stessa si è «impegnata a realizzare un’Europa pronta per l’era digitale, dotando i cittadini, le imprese e le amministrazioni di una nuova generazione di tecnologie, in cui la trasformazione digitale andrà a vantaggio di tutti».

Le istituzioni europee ritengono, cioè, di dover guidare la transizione, veicolando gli investimenti e, con essi, la ricerca e lo sviluppo.

Insomma, le mani dell’Unione, e quindi degli Stati, sui processi in corso che nessuno sa dove andranno a finire, stanno toccando i più disparati aspetti del digitale, che è qualcosa di molto più della libertà di espressione sui social media o il controllo delle posizioni dominanti delle Big Tech, e che riguarda ogni aspetto della nostra vita nell’immediato futuro.

Nelle pagine di questo libro, esperti di vari settori si sono interrogati su specifici aspetti della regolazione del digitale.

Come donna impegnata in politica da vent’anni, vorrei che il mio contributo riguardasse più un aspetto di sintesi, che ha molto a che fare con la politica.

La legislazione, infatti, è attività politica per eccellenza. Tramite essa, le maggioranze politiche indirizzano comportamenti, distribuiscono risorse, modificano le priorità collettive. E proprio perché sono le maggioranze a farlo, devono farlo con cautela. La condizione ipertrofica dei nostri sistemi giuridici dovrebbe indurci a ritenere che non basta, come si è sempre detto, il rispetto dei limiti costituzionali (o dei Trattati europei) per garantire la correttezza dell’azione politica (legislativa). Forse siamo arrivati a un punto tale di complessità che chi fa le leggi dovrebbe, al di là dei limiti costituzionali, avere un atteggiamento diverso di fronte alla pulsione di regolare. È questa sorta di ansia, ancora poco diagnosticata, che genera infatti quella patologia invece ampiamente diagnosticata, ma non ancora cura-

ta, che sono appunto la magnitudo e l'incomprensibilità dei nostri sistemi giuridici.

Le lamentele verso una legislazione ipertrofica e oscura si sono ampliate da quella nazionale a quella europea, e non a torto. Anche l'ordinamento europeo è diventato un ambiente normativo incerto, poco chiaro, zeppo di tipologie di fonti giuridiche che è difficile interpretare in maniera sistematica. E questo perché anche a Bruxelles si sono fatti prendere la mano, nonostante tutte le lezioni impartite agli Stati sulla *better regulation*.

Da quelle lezioni, i parlamenti e i governi nazionali, ad esempio, hanno appreso che ci sono "tecniche" per decidere a monte se una legge è opportuna o meno. Partendo dall'opzione zero, si può e si dovrebbe predittivamente stimare il costo della legislazione e, quindi, decidere se vale la pena o meno sostenerlo.

La politica ha il dovere di guardare con attenzione le nuove e nuovissime tecnologie perché toccano i diritti delle persone. Tutti i diritti, non solo la libertà di espressione. E perché rappresentano il presente e il futuro dei mercati.

Inutile spiegare l'uno e l'altro punto.

Quello che, da esponente politico, mi sento di suggerire è che chi ha il potere di legiferare e di distribuire risorse ha sì il dovere di guardare con attenzione alla rivoluzione digitale, ma ha anche quello di usare prudenza. Può sembrare controintuitivo. Come ho scritto all'inizio, chi governa tende a inseguire il reale e auspica persino di anticiparlo. Se la realtà corre, anch'egli accelera. Se la realtà va veloce, la produzione legislativa segue a ruota. Ma così il rischio è di aggrovigliarsi e intrecciare ancora di più i nodi. Le cose cambiano rapidamente, le leggi no. La rivoluzione digitale, essendo tale, va veloce. Quello che era una novità oggi, potrà essere vecchio domani. Quella che sembrava una tecnologia dirompente, potrà mostrarsi un fuoco fatuo, quello che sembrava defunto, può tornare a nuova vita, chi domina ora i mercati, potrà non farlo domani. Ci sono esempi per ognuna di queste asserzioni: i cd e i floppy

disk; gli *smart glasses*; la musica a pagamento, Netscape e i primi motori di ricerca.

L'attività regolatoria (in senso ampio, quindi anche l'attività di vigilanza dei mercati), al contrario, non ha una prontezza di riflessi pari alla velocità con cui girano le cose. E anche laddove dovesse averla, non è detto che vada nella direzione corretta. Come le cose, anche le leggi cambiano, anche le autorità di vigilanza sbagliano. Ma il punto è che, in questo caso, tornare indietro è un problema. Un fallimento di mercato non è la stessa cosa di un fallimento regolatorio.

Questo ragionamento, in un libro che tratta di regolazione dei mercati digitali, può sembrare molto astratto. Ma, per l'esperienza che ho maturato, dovrebbe essere alla base di qualsiasi approccio regolatorio, tanto più in un settore altamente trasformativo come quello digitale.

Ciò non significa che l'Unione europea e gli Stati non debbano occuparsene, ma solo che non devono preoccuparsene con la foga di guidare il mondo verso un futuro ignoto. Come sa chi, come me, da tanti anni segue e anima i lavori delle assemblee legislative, non serve poi tanto, solo l'umiltà di ricordarsi che nessuno, nemmeno le istituzioni sovrane, hanno la sfera di cristallo e che prima di agire bisogna pensare due volte.

Stefano Candiani

Deputato della Lega

Il peso dell'iperegolamentazione è costantemente, da anni, all'ordine del giorno dell'Unione europea, come nodo tra i più dirimenti da sciogliere.

Questo resta un tema che si trascina irrisolto da molti, troppi anni, senza significativi esiti.

Recita la massima: «L'America fa, la Cina copia, l'Europa regola». Certamente un luogo comune, oggi, per i primi due attori. Una conferma, ancora oggi, se ci si riferisce invece all'Europa (purtroppo!).

L'iperegolamentazione è l'ombra che si allunga dietro a ogni intervento normativo europeo.

Negli ultimi anni, l'UE ha intrapreso un vasto percorso volto a regolare il complesso panorama digitale, con l'obiettivo dichiarato di garantire, innanzitutto, sicurezza e privacy in un contesto nuovo e in continua evoluzione. Tuttavia, anche in questo caso, l'esito è stato quello di una regolamentazione che presenta più di un problema di appesantimento.

Per rendersene conto, basta mettere in fila i principali regolamenti, direttive e atti che insistono sul settore digitale:

- il Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR);
- il Regolamento sui servizi digitali (DSA);
- il Regolamento sui mercati digitali (DMA);

- la Direttiva sui servizi di comunicazione elettronica (EECC);
- la Direttiva sul copyright nel mercato unico digitale;
- la Direttiva sui diritti degli autori nell'economia digitale.

Ciascuno di questi atti normativi prevede poi a cascata l'adozione di altri atti delegati ed esecutivi da parte della Commissione europea e persino di linee guida che, pur formalmente non vincolanti, diventano necessarie per precisare l'ambito applicativo di talune norme.

In aggiunta vanno considerate anche altre decine di regolamenti e direttive, ognuno con i propri obiettivi e differenti ambiti di applicazione, che intersecano e influenzano profondamente il panorama digitale europeo. Non è quindi difficile rendersi conto del peso della mole normativa in questione.

Se è vero che questo corposo quadro normativo ha come obiettivo originario la protezione dei diritti dei cittadini e la gestione dei dati personali, è altrettanto vero che ha finito inevitabilmente per appesantire e ostacolare l'innovazione.

Guardando la realtà dei fatti, è difficile avere ancora dubbi sui limiti causati dall'eccesso di regolamentazione esistente nell'UE; al punto da determinare una moltiplicazione e stratificazione normativa perfino in un ambito come il digitale, caratterizzato, per sua natura, da un'evoluzione tecnologica costante e rapidissima.

L'iperegolamentazione finisce quindi per esercitare un effetto disincentivante sull'innovazione. Le start-up e le aziende emergenti sono scoraggiate dall'entrare nel mercato europeo a causa del peso degli oneri da sostenere per rispettare le normative. In un contesto globale dominato dalla rapidità di innovazione tipica dei settori tecnologici, ritardi e complicazioni legati alla *compliance* compromettono la capacità delle imprese europee di competere a livello internazionale.

Le aziende, in particolare le piccole e le medie imprese (PMI), si trovano spesso a dover affrontare un'inter-

pretazione intricata delle norme, il che può comportare elevati costi di conformità. Questo è un onere significativo che finisce per ostacolare la competitività delle PMI nei confronti delle grandi multinazionali, che dispongono invece di risorse maggiori per gestire l'adeguamento normativo.

Oltre tutto, se c'è una possibilità per i *players* più piccoli di vincere le sfide con i colossi, questa possibilità sta nella rapidità di risposta, nella velocità di evoluzione.

L'approccio europeo ipernormativo sarà stato forse in grado salvaguardare meglio i diritti fondamentali di alcune categorie di utenti, ma, di certo, ha soffocato sinora lo sviluppo degli operatori del settore.

C'è poi un problema di "autoreferenzialità normativa".

L'azione dell'UE nella regolamentazione dei mercati digitali, per non cadere anche nell'autoreferenzialità, deve tenere conto comparativamente dei modelli seguiti dagli altri due grandi soggetti globali nel settore, gli Stati Uniti e la Cina.

Com'è noto, il modello americano è orientato al mercato e alla fiducia verso lo sviluppo della tecnologia, promuovendo l'innovazione e riducendo a casi essenziali l'intervento dei poteri pubblici. Il modello cinese concepisce la tecnologia come strumento di controllo politico, con un ruolo centrale dello Stato nella regolamentazione del settore. L'Unione europea considera invece fondamentale una regolamentazione dettagliata e pervasiva, volta a proteggere i diritti fondamentali e garantire la sicurezza dei servizi digitali, nonché un'applicazione rigorosa delle regole di concorrenza.

Occorre quindi riflettere e considerare se l'approccio europeo sia stato sinora in grado di promuovere effettivamente gli interessi europei sulla scena globale.

Se consideriamo la situazione dei mercati digitali in Europa, appare evidente che l'UE arranca rispetto agli altri *players* globali.

A esito di questa riflessione sul processo normativo, è innegabile rilevare come:

- l'UE ha prodotto poche aziende tecnologiche di punta e non è culla di alcun vero campione o gigante digitale di livello globale;
- il contesto normativo non favorisce in UE l'innovazione e lo sviluppo di una politica industriale digitale (anche per via della difficoltà per le imprese europee di reperire sui mercati i capitali necessari per gli investimenti);
- mentre gli Stati Uniti estendono sui mercati globali l'influenza del proprio settore produttivo e la Cina il suo potere infrastrutturale nel settore digitale in Asia, Africa, America Latina e parte dell'Europa, l'Unione europea non riesce a promuovere i propri attori economici. Imprese europee come Nokia ed Ericsson, quando propongono a Paesi terzi alternative alle reti 5G di Huawei, possono contare solo sul sostegno di Finlandia e Svezia che non sono certo in grado di sostenerle né in termini di finanziamenti, né di peso politico e diplomatico, per tenere testa alla Cina.

Si comprende bene quindi perché, a fronte di questo quadro, la Germania abbia posto il tema di una "moratoria" nella definizione e applicazione del quadro regolatorio dell'UE per consentire di valutare l'impatto delle norme esistenti anche alla luce della continua evoluzione dei mercati.

Lo stesso Rapporto Draghi, recentemente presentato, riconosce che tra i principali ostacoli all'innovazione, oltre a un mercato europeo frammentato e a barriere normative, ci sono oneri regolatori eccessivi.¹

Giustamente il Rapporto ammonisce in merito ai regolamenti DMA e DSA, che devono essere attuati evitando di produrre eccessivi oneri amministrativi, di

1. *The Future of European Competitiveness*, Part A, Chapter 1, p. 10: «Sarà inoltre fondamentale ridurre l'onere normativo che grava sulle imprese. La regolamentazione è considerata da oltre il 60% delle imprese dell'UE un ostacolo agli investimenti, e il 55% delle PMI indica gli ostacoli normativi e l'onere amministrativo come la loro maggiore sfida».

conformità o incertezze applicative.²

Per affrontare le sfide dell'iperegolamentazione, è fondamentale adottare un approccio equilibrato che possa integrare la necessità di protezione con quella di innovazione. Le istituzioni europee dovrebbero considerare l'adozione di normative più flessibili e adattabili alle peculiarità del settore tecnologico, incoraggiando al contempo la cooperazione e il dialogo con le imprese.

Inoltre, migliorare la consapevolezza e la comprensione delle normative da parte delle aziende può rappresentare un passo cruciale per ridurre i costi di conformità e garantire una più efficace applicazione delle normative stesse.

La legislatura europea appena iniziata dovrà essere improntata a un migliore bilanciamento tra gli obiettivi sinora perseguiti nella regolamentazione e nell'applicazione delle politiche di concorrenza con la necessità di consentire lo sviluppo del mercato e dei *players* in Europa.

In questa chiave, la richiesta tedesca di una pausa nella legiferazione in materia è condivisibile ma va accompagnata anche e soprattutto da un'applicazione ragionevole della normativa già in vigore di cui al DMA, al DSA e all'*AI Act*.

Lo stesso Rapporto Draghi dedica, come già ricordato, il capitolo finale alla necessità di semplificazione normativa, ribadendo come occorra limitare la proliferazione di norme di attuazione – sotto forma di atti delegati ed esecutivi – che in ultima analisi sono il vero motore della stratificazione normativa, con ciò fotografando il sostanziale fallimento di tutte le azioni e intenti fino ad ora dichiarati dalla Commissione europea.

Se lo aspettano non soltanto il mercato ma anche il rispetto e l'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità che sono, va ricordato, tra i cardini dell'azione dell'Unione.

In conclusione, appare innegabile considerare come

2. *The Future of European Competitiveness*, Part B, Section 1, Chapter 3, pp. 67- 91.

l'iperegolamentazione digitale dell'Unione europea, sebbene originata da buone intenzioni di tutela dei diritti, pone una serie di problematiche alla competitività, che necessitano di attenta considerazione. È fondamentale trovare un equilibrio tra la protezione dei diritti dei cittadini e la promozione dell'innovazione. Solo in questo modo l'Unione europea potrà competere nel panorama globale, senza compromettere fatalmente la propria crescita economica e l'innovazione.

Salvatore Deidda

Presidente della Commissione trasporti, poste e telecomunicazioni
della Camera e deputato di Fratelli d'Italia

Da anni, l'Europa appare non solo distante dai cittadini e dalle imprese – distanza accentuata dall'assetto istituzionale e dalla mancanza di un dialogo con il tessuto produttivo – ma in alcuni casi apertamente ostile. Questo approccio ha generato ripercussioni negative in termini di competitività e di qualità della legislazione.

L'approccio del legislatore europeo, caratterizzato da una dimensione troppo burocratica anziché politica, non ha saputo dialogare adeguatamente per intercettare i bisogni reali dei cittadini e delle realtà produttive italiane ed europee. Nelle ultime legislature, questo approccio ha portato le istituzioni a trascurare la messa in campo di una seria politica industriale, concentrandosi eccessivamente sulla produzione normativa, talvolta con disposizioni che si sovrappongono e generano incertezza, con provvedimenti troppo spesso calati dall'alto, senza valutare quindi l'impatto delle leggi sulle imprese, l'accesso ai servizi e la vita quotidiana dei cittadini.

Non solo. Le norme prodotte hanno comportato oneri eccessivi per le aziende italiane ed europee, mentre le concorrenti extracomunitarie potevano agire al di fuori delle stesse regole, con evidenti vantaggi economici e fiscali.

I dati disponibili in termini di crescita e produttività nell'Eurozona testimoniano il fallimento di questo ap-

proccio. Se il ruolo del legislatore è utilizzare lo strumento normativo per migliorare il benessere e le condizioni dei cittadini e delle imprese, sia a livello nazionale che europeo, allora si avverte con grande urgenza la necessità di un nuovo approccio. I dati sul PIL dell'Eurozona e della crescita delle imprese evidenziano questa crisi e la perdita di competitività rispetto ad altri ecosistemi come quello statunitense.

Il Presidente Giorgia Meloni ha evidenziato per anni i rischi di un simile approccio, i cui effetti, oggi, gravano proprio su quelle realtà che la normativa intendeva tutelare: imprese e cittadini europei. Tale approccio, spesso troppo ideologico, ha aggravato una situazione già complessa per le imprese e per i cittadini italiani ed europei, che esigono giustamente un'Europa che li sostenga, invece di penalizzarli.

Come Presidente della Commissione trasporti, poste e telecomunicazioni della Camera dei deputati, insieme ai componenti della Commissione, ho lavorato per intervenire sulle difficoltà e necessità reali del sistema italiano. Nel corso delle audizioni di esperti, imprese e associazioni è spesso emerso come alcune difficoltà di interi settori non fossero adeguatamente riconosciute a livello sovranazionale. In alcuni casi, tali difficoltà erano innescate da provvedimenti europei che non avevano preventivamente valutato il potenziale impatto delle disposizioni.

Un esempio concreto riguarda la normativa europea sui trasporti, l'ETS, una tassa per favorire la transizione verde ma che grava su aerei e navi operanti all'interno dell'Unione europea ma non dovuta da chi opera extra UE. Contraddizioni dovute a una supponenza ideologica che si è rivelata limitante, altro esempio, per le peculiarità delle nostre isole. Il sistema di continuità territoriale ha posto regioni come la Sardegna, o la Sicilia, in difficoltà, trattandole senza tener conto dell'insularità. Abbiamo pertanto proposto la modifica dell'art. 349 del TUEF o l'estensione delle sue deroghe alla Sardegna, alla Sicilia e alle Isole minori per ridurre i costi del tra-

sporto aereo e marittimo da e per le isole. Questo esempio riflette una disomogeneità dell'azione legislativa europea e gli effetti distorsivi che talvolta ne derivano. Sono, quindi, emerse numerose criticità nella gestione della transizione verde, dove sono state introdotte disposizioni gravose senza una sufficiente considerazione delle difficoltà di una transizione complessa e multilivello per imprese e consumatori. In nome di un principio come la sostenibilità ambientale, si è trascurata un'altra sostenibilità, quella economica delle imprese. In questo processo, non sono stati valutati adeguatamente i costi di transazione, di *compliance* e gli sforzi produttivi per accogliere le nuove disposizioni. Una situazione a cui vanno aggiunti i rischi di eventuali multe per non essersi adeguati, il dover cambiare il proprio modo di fare impresa e di gestire queste disposizioni senza eccessive difficoltà. Il governo guidato da Giorgia Meloni sta intervenendo ribadendo la necessità di cambiare approccio, in nome di una neutralità tecnologica, e spostando i termini perentori che stanno mettendo in crisi il settore auto e industriale.

In sintesi, l'Europa ha troppo spesso assunto delle decisioni senza una valutazione di impatto. Una prospettiva paradossale se si pensa che molte di queste norme avevano l'obiettivo, almeno annunciato, di proteggere le imprese italiane ed europee in un mercato sempre più globale.

Il settore digitale rappresenta un chiaro esempio di tale approccio. Occuparsi di una regolamentazione intensa a livello europeo che, tuttavia, non ha considerato adeguatamente il carattere trasversale e dinamico del comparto, delegando di fatto realtà extraeuropee a interessarsi della filiera, dalla materia prima al prodotto finito.

Questo settore offre soluzioni per imprese e cittadini in ambiti eterogenei, richiedendo quindi un'analisi sistemica e una valutazione più approfondita degli effetti economici delle norme. La mancanza di una strategia in questo senso è evidente, soprattutto nell'ambito dello sviluppo dell'IA, dove l'Europa è rimasta indietro,

diventando un acquirente di tecnologia anziché un attore competitivo sul piano globale. Purtroppo, questa responsabilità non risiede nella grande competenza dei nostri ricercatori, accademici, imprenditori e professionisti ma nell'incapacità dell'Europa di offrire un ecosistema di sviluppo e un adeguato sostegno a chi innova. In questo orizzonte, il governo italiano ha fatto una scelta lungimirante designando l'AgID e l'ACN quali Autorità competenti in materia di IA, nel relativo disegno di legge. Questa scelta indica un cambiamento di prospettiva, andando oltre una logica di mera limitazione normativa. Si tratta di un passo nella direzione di un equilibrio più bilanciato tra esigenze di innovazione e protezione. In tal senso, queste designazioni dimostrano la volontà di individuare un corretto equilibrio tra diversi fattori in gioco, senza permettere a nessuna prospettiva di prevalere sull'altra. In questa fase, è infatti essenziale porre maggiore attenzione allo sviluppo di questa tecnologia rispetto a quanto fatto sinora.

Il nostro compito come istituzioni consiste, pertanto, nel creare un ecosistema che favorisca lo sviluppo di queste tecnologie e incoraggi gli investimenti da parte del settore privato, anche attraverso la creazione di partnership pubblico-private.

Si tratta di un'opportunità che non possiamo farci sfuggire, perché, ad esempio, secondo i dati dell'Osservatorio data center del Politecnico di Milano, i data center presenti in Italia porteranno investimenti fino a 15 miliardi di euro (tra acquisto di terreni, realizzazione di impianti), oltre che importanti esternalità positive per le comunità locali, per i livelli occupazionali e, più in generale, per la società italiana.

Ciò è dimostrato sempre dai dati dell'Osservatorio del Politecnico di Milano, secondo cui nel 2023 il mercato della *collocation* dei data center, ossia la compravendita o l'affitto di infrastrutture abilitanti per il posizionamento di server e patrimonio informativo delle organizzazioni, ha raggiunto il valore di 654 milioni di euro (+10% rispetto al 2022), valore destinato a raddoppiare nel 2025.

Inoltre, nel 2023, 23 società – di cui 8 nuovi ingressi nel mercato italiano – hanno annunciato l’apertura di 83 nuove infrastrutture nel periodo 2023-2025. A ciò va aggiunto, poi, un indotto ancor più rilevante legato ai mercati digitali, che sono abilitati da queste infrastrutture.

Queste infrastrutture, tra l’altro, oltre a contribuire al progresso tecnologico, sono importanti in ottica di cybersicurezza, tema particolarmente rilevante data la situazione geopolitica che ci troviamo ad affrontare.

Lo sviluppo di data center locali permette di mantenere i dati (in particolare quelli più sensibili) all’interno dei confini nazionali per obiettivi strategici e di sicurezza. Come IX Commissione della Camera dei deputati stiamo appunto per approfondire anche il tema dei data center, poiché convinti del fatto che occorre semplificare le procedure amministrative per favorire gli insediamenti in Italia, soprattutto nel centro-sud, definire standard di sicurezza, resilienza ed efficienza energetica, valorizzare le competenze professionali digitali al fine di accelerare la trasformazione digitale delle pubbliche amministrazioni e delle imprese, e garantire una maggiore competitività dell’Italia. Consci dell’importanza del comparto, il governo e il parlamento sono attivamente impegnati in una serie di iniziative che mirano a potenziare le infrastrutture digitali del Paese e a favorire un contesto normativo adeguato, al fine di cogliere le prospettive promettenti e i potenziali impatti positivi del settore.

In questo contesto, il PNRR prevede investimenti significativi nel rafforzamento delle reti di comunicazione, nella transizione digitale della pubblica amministrazione e nella sicurezza dei dati. Attraverso il Piano, stiamo procedendo alla razionalizzazione delle infrastrutture pubbliche e all’implementazione del Polo strategico nazionale per la gestione dei dati e delle applicazioni critiche.

Il parlamento ha, inoltre, avviato l’esame su una serie di provvedimenti volti ad agevolare lo sviluppo e l’applicazione di nuove tecnologie, come l’intelligenza artificiale.

Si tratta di una sfida normativa importante in quanto non riguarda solo tecnologie o infrastrutture, ma il porre le basi per il futuro dell'Italia. Ciò richiede una sinergia tra istituzioni e imprese che, se portata avanti con spirito collaborativo e innovativo, contribuirà ad attrarre i capitali digitali, rendendo l'Italia un punto cardine dell'infrastruttura digitale a livello europeo e soprattutto nell'area mediterranea.

Questo ovviamente deve farci riflettere anche in un'ottica di collocamento dell'Europa nello scenario globale. L'Italia ha fatto da anni una scelta posizionandosi con fermezza nell'alleanza atlantica, sulla base di valori condivisi e prospettive comuni caratteristiche dell'Occidente. Con questi valori l'esecutivo sta collaborando con le nazioni del continente africano, in un'ottica paritaria, per uno sviluppo e una crescita comune. Non solo. Il governo è concentrato anche sul rapporto e sulla collaborazione stretta con le nazioni dei Balcani. Ad esempio, con l'Albania, per la quale mi onoro di ricoprire la responsabilità del gruppo di cooperazione per il trattato Italia-Albania.

La grande attestazione di stima e di sostegno che il Presidente del Consiglio ha ricevuto nello scenario internazionale è la testimonianza di un bisogno diffuso di cambiamento.

La nomina di Raffaele Fitto come vicepresidente esecutivo con delega alla Coesione e alle Riforme rappresenta una vittoria strategica per Giorgia Meloni nella nuova Commissione UE, e conferma la volontà italiana di voler aiutare l'Europa a essere più vicina al popolo e alle imprese piuttosto che incartata nelle burocrazie.

Eleonora Faina

Direttrice generale di Anitec-Assinform

Il dibattito pubblico, specializzato o meno, richiama a cadenza regolare l'esigenza di introdurre una regolamentazione per il settore digitale. La percezione diffusa è che questo settore e, in particolare, le Big Tech vivano in una sorta di regno di nessuno, privo di regole e condizioni. Un contesto in cui non si applicano le normative che già esistono e che sono applicate a ogni ambito dell'economia, e men che meno vi sono regole specifiche di natura orizzontale o verticale.

Eppure, la realtà è estremamente diversa dalla percezione. Almeno qui in Europa.

Il legislatore europeo ha dedicato gli ultimi dieci anni a scrivere norme nuove, per circoscrivere l'operatività degli operatori digitali, per affermare la nascita di nuovi diritti, per prevenire rischi e indirizzare lo sviluppo tecnologico del continente e, ancora, per mitigare – direttamente o indirettamente – gli effetti negativi per i settori tradizionali derivanti dalla diffusione di nuove e pervasive tecnologie digitali.

A partire dal Regolamento per la protezione e la libera circolazione dei dati personali (GDPR), fino ad arrivare al più recente *AI Act*, negli ultimi dieci anni sono fioccate iniziative regolatorie che hanno interessato sicurezza, dati personali, concorrenza nel settore digitale, servizi e contenuti online, diritto d'autore, pagamenti digitali, *cloud* e, infine, l'intelligenza artificiale.

Si può ritenere che questo fermento regolatorio fosse inevitabile se si considera la crescita impetuosa delle nuove tecnologie e la pervasività delle stesse nella vita di tutti i cittadini oltre che delle PA e delle imprese. È il caso non solo dei social network, ma della posta elettronica, del *cloud*, dell'*e-commerce*, del *food delivery* e dell'*e-payment*, per citarne solo alcuni.

Tuttavia, è innegabile che l'attività regolatoria abbia spesso fatto fatica a tradurre una strategia chiara su "chi, perché e cosa" regolare e, soprattutto, il *policymaker* fa fatica a prevedere gli effetti delle diverse discipline sul funzionamento del mercato e sullo sviluppo industriale del continente.

Se negli anni Novanta la nascita della regolazione è stata per lo più l'effetto delle liberalizzazioni e privatizzazioni operate in settori quali telecomunicazioni, energia e trasporti dopo decenni di regimi monopolistici pubblici, nel caso del digitale la regolazione europea ha avuto da subito alcuni obiettivi dichiarati: limitare la crescita economica e finanziaria delle Big Tech per rendere il mercato europeo più contendibile e far nascere nuovi operatori; "ridistribuire" la ricchezza maturata da questi operatori e mantenuta negli Stati Uniti a favore dei Paesi europei; proteggere la democrazia dal potere senza controllo concentrato nelle mani di pochi operatori globali.

Come è evidente, nel mirino del legislatore europeo vi sono entrati di diritto i grandi *players* americani (Google, Microsoft, Meta, Amazon e Apple), ma per logica conseguenza anche tutti i *players* europei e internazionali che operano nel settore e nel nostro continente, a seconda della dimensione e dell'ambito specifico.

Ora, si può essere più o meno d'accordo con gli obiettivi perseguiti dai *policymakers* europei, ma ciò che è stato evidente agli occhi degli addetti ai lavori (e non solo) è che il legislatore europeo spesso ha fatto fatica a comprendere a fondo il funzionamento del mercato digitale e, di conseguenza, a stabilire regole che non solo fossero adatte, ma che complementassero efficacemente quelle già esistenti.

Il paragone tra “dati” e (nuovo) petrolio dice molto del modo in cui leggiamo il mondo di oggi e di domani. I dati non sono il nuovo petrolio, anche solo per il semplice fatto che “non si toccano”. Immaginare la regolamentazione di “ieri”, con mercati fisicamente delimitati e conoscibili, filiere perfettamente tracciabili, consumatori noti, prodotti tangibili, per il mercato digitale è uno dei limiti rinvenibili in alcune regolamentazioni. L’innovazione digitale è veloce, gli operatori e le attività in cui si cimentano evolvono e si estendono cambiando il paradigma di funzionamento anche nei settori tradizionali come l’editoria o la Tv, ma anche nel servizio di trasporto pubblico o nei servizi di logistica, in quelli sanitari. Soprattutto, parliamo del settore più globale che c’è: le distanze fisiche quasi si azzerano sia per mandare una mail che per ricevere un *malware*. La trasversalità del digitale e le possibili applicazioni delle nuove tecnologie fanno sì che la coperta rischi di essere per lo più troppo corta. In questo caso, è emblematico il caso dell’*AI Act*: la proposta della Commissione è stata presentata nell’aprile 2021, ma non contemplava misure per i *large language models* come ChatGPT “esploso” nel dicembre 2022; è stato così necessario introdurre un rapido e meno accurato aggiornamento del testo nel corso del processo legislativo con evidenti difficoltà attuative e di stesura.

“Proteggere per innovare” potrebbe essere un buon *claim* per la regolazione europea. La scarsa comprensione dei fenomeni tecnologici che stanno affermandosi per lo più oltreoceano (l’intelligenza artificiale su tutti) è frutto di scelte consapevoli (o meno) e di responsabilità attuali e storiche, politiche ed economiche. Il continente europeo ha una storia solida e di successo nella manifattura tradizionale, nelle grandi produzioni industriali che hanno reso le imprese eccellenze nel mondo e che, ancora oggi, assicurano benessere e crescita economica. In Europa, infatti, tra le aziende a maggiore capitalizzazione nelle principali borse europee, quelle in ambito *tech* non arrivano a cinque. Negli Stati Uniti, le prime aziende

per capitalizzazione alla Borsa di New York sono tutte aziende tecnologiche e con valori decisamente superiori a quelle europee. Nel tempo, quel *ranking* ha visto nascere e crescere nuovi operatori, lasciando indietro (ma pur sempre presenti) grandi nomi di Big Oil e Big Pharma.

Si possono fare tante considerazioni su cosa spinga l'innovazione tecnologica negli USA più che in Europa: il sistema educativo che favorisce e stimola lo studio di materie STEM, il dinamismo del mercato del *venture capital*, un sistema di regole snello, semplice e pressoché uniforme a livello federale, un sistema universitario d'eccellenza che sforna competenze, gli investimenti pubblici e privati concentrati sulle frontiere tecnologiche... E, seppure con condizioni diverse, anche la Cina continua la sua crescita in ambito tecnologico. La competizione globale si gioca in larga parte su questi temi.

Le imprese europee di qualsiasi settore sono già immerse nella competizione digitale. Interpretare il significato di sovranità digitale applicata al contesto europeo vuol dire aver consapevolezza di cosa serve e di dove si vuole arrivare.

Solo in Europa si assiste a un fermento regolatorio come risposta a una domanda di *digital sovereignty*. Ciò non vuol dire che altrove e in particolare negli USA non ci sia sensibilità su temi come privacy, sicurezza o protezione della democrazia (mentre scriviamo, è in corso la campagna elettorale americana Harris vs Trump a colpi di post social e rincorsa alle *fake news*; così come, sempre negli USA, non c'è stata timidezza nell'utilizzare "vecchi strumenti" come lo *Sherman Act* del 1890 per condannare una Big Tech per comportamenti anti-concorrenziali); tanto meno, è poco attenzionato il tema dello sviluppo dell'IA e dei rischi per l'umanità (il G7 2024 ne è la prova).

Ma ciò che è evidente è che la sovranità tecnologica e l'indipendenza tecnologica in questi continenti e in particolare negli USA non è un fatto di nomi, ma di visione. Può esserci un *player* che nasce e uno che lascia, è il contesto a fare la differenza.

Next Generation EU sembrava aver gettato le basi per investimenti comuni in ambito digitale e così il dibattito di oggi sull'autonomia strategica può ancora porre le fondamenta per una riflessione più ampia su cosa frena la crescita dell'industria *tech* europea e quale sia l'obiettivo strategico da porsi. In Europa, l'idea di una regolamentazione che aiuti a raggiungere gli obiettivi citati (redistribuzione della ricchezza, promozione dell'innovazione e della concorrenza e contrasto ai rischi per la democrazia) rischia di essere uno sforzo titanico per risultati insoddisfacenti, se non si agirà su alcune leve che sono note ma che spesso si fa fatica ad affrontare:

- Dare vita a un mercato unico digitale europeo. Norme semplici, uguali per tutti e chiare nei 27 Paesi membri. In una realtà con 24 lingue ufficiali, ogni norma ne vale almeno per tre e a pagare il prezzo di un quadro regolatorio complesso, affastellato e talvolta contraddittorio sono proprio le PMI e le *start up tech*, fatte da giovani e giovanissimi la cui iniziativa e creatività andrebbero lasciate libere di scorrere.
- La dimensione delle imprese. Se parliamo di Big Tech, Big Pharma e Big Oil come esempi di aziende globali in grado di essere qui e ora, affrontare il tema della dimensione di impresa non può essere secondario. Non lo è per la quantità di *compliance* cui sono sottoposte le PMI (spesso più micro che piccole) europee, che rappresenta un costo economico, un costo operativo e un incentivo a proteggere il mondo in cui si vive invece che guardare al futuro, con ottimismo.
- "Fare impresa uguale investire". Attrarre investimenti esteri, stimolare quelli nazionali e far sì che il pubblico ove necessario investa dove c'è *know-how* competitivo è fondamentale. Per proteggere le imprese, dobbiamo renderle più competitive e metterle in contatto con chi sviluppa conoscenza, dalle università ai centri di ricerca.
- Innovare la leadership industriale. Le eccellenze, in

ogni settore, possono crescere, consolidarsi e immaginare un futuro nuovo se abbracceranno l'innovazione tecnologica. Lo si vede già, e lo si vedrà ancora di più in futuro: chi oggi coniuga esperienza e innovazione ha chance di scalare quelle classifiche più che in passato.

In un mondo fatto da oltre otto miliardi di persone, con potenze tecnologiche che crescono e nuove che si affacciano prepotentemente sullo scenario economico globale, alzare i muri delle regole implica il rischio di lasciare il continente spettatore più che protagonista. Non è l'obiettivo che l'UE si è data, ed è bene che non sia un effetto collaterale imprevisto.

Innocenzo Genna

Avvocato ed esperto di regolamentazione

Nel dibattito europeo sulla politica digitale ritorna ciclicamente la questione del c.d. *level playing field*, vale a dire se gli operatori del digitale, ormai diversificati in un'ampia varietà di tipologie e *business models* (telco, fornitori di accesso Internet cioè "ISP", piattaforme online, *cloud provider* ecc.), debbano essere assoggettati a una normativa uniforme, come se fossero in concorrenza o facessero parte dello stesso mercato. Storicamente il dibattito nasce dalla rivendicazione di alcune grandi telco europee secondo le quali il settore delle telecomunicazioni scontrerebbe un'asimmetria regolamentare nei confronti delle aziende Internet, che sarebbero invece regolate in modo più leggero.¹ Da questa discriminazione normativa deriverebbe un vantaggio competitivo ingiusto a favore del mondo di Internet, in particolare per gli OTT² globali, il che, in uno scenario di convergenza,

1. Posizione di Telefonica (2014): <https://www.telefonica.com/en/communication-room/blog/level-playing-field-between-telco-operators-otts/>; Posizione di Deutsche Telekom (2015): https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-6/deutsche_telekom_ag_dtag_complementary_response_to_the_eu_platform_consultation_13857.pdf.

2. Come *Over-The-Top* ("OTT") possono essere definite le imprese che forniscono direttamente agli utenti, attraverso la rete Internet e indipendentemente dall'infrastruttura sottostante (rete fissa, mobile, satellitare) servizi, contenuti, video e applicazioni. Nei dibattiti di *policy* regolamentare il termine individua frequentemente le grandi aziende Internet e in particolare quelle globali ricomprese nell'acronimo GAFAM e cioè: Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft. Netflix non rientra nell'acronimo ma è normalmente obiettivo delle medesime critiche regolamentari.

giustificherebbe degli interventi di ribilanciamento normativo se non addirittura dei sussidi “compensativi” tra settori (ad esempio, da certi OTT verso le telco). Il tema del *level playing field* viene di conseguenza evocato anche in dibattiti complessi quali quello sulla *net neutrality* e, più recentemente, quello sul *fair share*.³

Indubbiamente il settore delle comunicazioni elettroniche e, più in generale, del digitale ha conosciuto e continua a incontrare dei fenomeni di convergenza, tecnologica o puramente commerciale, per effetto dei quali settori storicamente distinti si trovano gradualmente a competere: i casi più noti, solo per menzionarne alcuni, sono quelli delle reti via cavo televisive e telefoniche, dei servizi fisso-mobile in determinati segmenti di mercato, dei servizi televisivi su varie piattaforme. Tuttavia, fenomeni di convergenza, a volte puramente commerciale come nei casi di *bundle* o di *partnership consolidate*, non devono far pensare che determinati servizi debbano necessariamente essere sottoposti alla stessa normativa, a meno che sia provato che essi siano effettivamente sostituibili. Il dibattito sul *level playing field* diventa controverso perché in alcuni casi si basa su analisi molto superficiali circa la sostituibilità dei servizi e appare motivato da obiettivi estranei a questo tipo di analisi, per esempio da rivendicazioni finanziarie oppure da obiettivi di *policy* avulsi dal contesto.

1. Come è nata la regolamentazione nel settore digitale

Il tema della presunta asimmetria regolatoria tra telecom e Internet ha un fondamento storico. Quando negli anni Novanta è emerso il settore Internet vi è stato applicato un regime regolatorio piuttosto leggero,⁴ mentre nello stesso momento le telecomunicazioni e, in particolare, gli operatori storici europei (i c.d. *in-*

3. Dichiarazioni del CEO di Deutsche Telekom al MWC 2021: <https://www.mobileworldlive.com/featured-content/top-three/dt-boss-demands-level-playing-field-with-otts/>.

4. Direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno 2000.

cumbents, tipo Deutsche Telekom, BT, France Telecom) erano invece oggetto di una regolazione più pervasiva. La ragione di questo trattamento differenziato non era però un capriccio regolatorio ma risiedeva nelle diverse condizioni di partenza dei rispettivi mercati: mentre nel settore telecom i processi di privatizzazione e liberalizzazione hanno dovuto essere completati con una normativa pro-competitiva indirizzata all'*incumbent* in quanto unico detentore della rete telefonica (al fine rendere il mercato effettivamente contendibile), nel settore Internet non si è posto un problema analogo, poiché non vi erano monopoli statali da smantellare né infrastrutture *legacy* da condividere. I problemi da risolvere nell'Internet erano semmai gli ostacoli amministrativi e autorizzatori che impedivano lo sviluppo di servizi digitali su base continentale, per cui il regolatore europeo ha dato priorità all'armonizzazione delle varie normative nazionali. Si pensò che eventuali criticità emergenti dai servizi Internet avrebbero potuto essere risolte con un approccio *ex post* (per quanto riguarda la concorrenza) oppure con atti legislativi *ad hoc* (per le problematiche diverse, per esempio il copyright).

Questa differenza di peso regolatorio tra Internet e telecom si è però attenuata nel corso del tempo e, in effetti, è discutibile se oggi se ne possa ancora parlare negli stessi termini come vent'anni fa. Dal 1998 a oggi le telecomunicazioni europee hanno conosciuto un robusto processo di *deregulation*, per effetto del quale i diciotto mercati regolamentati esistenti nel 2003⁵ si sono via via ridotti a due nel 2020 (sostanzialmente l'accesso alla rete locale), e nel 2024 la Commissione europea sta persino proponendo di eliminarli del tutto.⁶ Vi è stata inoltre una forte semplificazione per quanto riguarda i diritti e le autorizzazioni per l'installazione delle reti.⁷

5. Si veda la raccomandazione della Commissione dell'11 febbraio 2003 (2003/311/CE), in particolare l'Allegato.

6. Si veda il *White Paper* della Commissione europea del 21 febbraio 2024: "How to master Europe's digital infrastructure needs?", in particolare da p. 32.

7. Si veda il recente *Gigabit Infrastructure Act*, adottato con il Regolamento (EU) 2024/1309 del 29 aprile 2024.

Nel settore Internet si è invece assistito al percorso inverso: man mano che i servizi Internet si sviluppavano e iniziavano a interagire, e talvolta a confliggere, con business tradizionali (la musica, la televisione, il *retail*) nonché con interessi fondamentali o importanti della società (la protezione dei minori, la lotta alla contraffazione, il controllo del gioco d'azzardo), sono state adottate normative *ad hoc* che hanno progressivamente regolato il settore. L'apice di questo processo è stato raggiunto nel 2022 con i regolamenti europei DSA⁸ e DMA,⁹ il cui obiettivo è quello di regolare in modo più efficace e pervasivo le piattaforme online, sia in termini generali che con specifico riferimento agli operatori dominanti (i c.d. *gatekeepers*). A questo *framework* sulle piattaforme online va aggiunto quello sui dati che, per quanto applicabile *erga omnes*, ha sicuramente avuto effetti più significativi agli operatori Internet che basano il proprio modello di business sull'economia dei dati: così abbiamo avuto il GDPR¹⁰ e da ultimo il *Data Act*,¹¹ solo per menzionare i più importanti.

L'effetto di quanto sopra è che, allo stato attuale, i maggiori operatori Internet sono oggetto di una crescente attenzione regolatoria, per effetto soprattutto del DSA e del DMA, dalle cui investigazioni possono risultare sanzioni elevatissime, fino al 10% del loro fatturato. A ciò si aggiungono frequenti condanne e pesanti sanzioni pecuniarie comminate in base al GDPR e alla normativa europea di concorrenza. Da questo punto di vista la situazione del settore telecom appare invece meno critica, poiché per gli operatori di telecomunicazioni le sanzioni basate su antitrust e GDPR sono meno frequenti e da anni non danno luogo a casi eclatanti.

8. *Digital Service Act*, adottato con il Regolamento (EU) 2022/2065 del 19 ottobre 2022.

9. *Digital Market Act*, adottato con il Regolamento (EU) 2022/1925 del 14 settembre 2022.

10. Regolamento (EU) 2016/679 del 27 aprile 2016.

11. Regolamento (EU) 2023/2854 del 13 dicembre 2023.

2. L'incidenza del passato regime regolatorio leggero sul mercato attuale

Si potrebbe però affermare che, avendo i GAFAM beneficiato in passato di un regime agevolato, la loro posizione attuale di mercato e, in particolare, il supposto vantaggio sulle telecom, sarebbe il risultato di questa (passata) ingiusta asimmetria regolatoria e pertanto sussisterebbe ancora motivo per una "correzione". L'affermazione è discutibile ma merita di essere approfondita. Non si può negare che l'assenza di una normativa che fin da subito regolasse puntualmente l'economia dei dati, sia dal punto di vista concorrenziale che della protezione degli utenti, abbia permesso ad alcuni operatori Internet di estrarre benefici enormi da questa situazione, così da diventare dei giganti globali. La stessa prassi antitrust ha evidenziato le difficoltà nel controllare la crescita di questi fenomeni di dominanza nel settore online e, da qui, la necessità di una regolamentazione *ex ante* quale quella del DMA. Tuttavia, non va dimenticato che solo le aziende Internet più abili ed efficienti sono diventate dei giganti globali, mentre molte altre non ce l'hanno fatta, sono state ridimensionate o sono addirittura scomparse.¹² In altre parole, il successo economico dei GAFAM non può essere imputato solo a una regolazione favorevole, ma anche a scelte tecnologiche e commerciali vincenti.

Peraltro, da questa asimmetria legislativa è difficile far discendere degli svantaggi diretti per alcune grandi telco, che negli stessi periodi hanno beneficiato di regimi parimenti agevolati: si pensi alle elevate tariffe di terminazione mobile, ai sovraccosti *roaming* dei tempi d'oro, alla possibilità di fissare i prezzi degli sms e delle chiamate telefoniche ben al di sopra dei costi. Inoltre, le grandi imprese di telecomunicazioni sono state le maggiori beneficiarie della bolla Internet del 2000, avendo raggiunto quotazioni di borsa spettacolari, e ne sono state successivamente vittime non avendone compreso

12. Si pensi ad esempio a My Space, Yahoo!, AOL, Lycos, Ask Jeeves, Altavista, Orkut.

appieno il fenomeno. Paradossalmente, quindi, il settore telecom ha vissuto tempi più favorevoli a cavallo degli anni Duemila, cioè proprio nel periodo in cui era più altamente regolato (mentre quello Internet era deregolato), a riprova del fatto che non vi è una precisa relazione causale tra risultati economici e regolamentazione. Glorie e disastri delle telecomunicazioni sono pertanto ascrivibili a ragioni differenti dalla presunta asimmetria regolamentare con Internet.

3. La *net neutrality*

Sempre in tema di *level playing field*, si discute se la normativa europea della *net neutrality*¹³ abbia creato un ambiente regolamentare sbilanciato a favore degli OTT, danneggiando gli operatori telecom. L'argomento è controverso. Indubbiamente, senza la normativa sulla *net neutrality* alcune telco, in particolare quelle con una larga base di clienti *consumer* (quindi gli *incumbents* e i maggiori operatori mobili), avrebbero potuto disporre di maggiore forza negoziale per farsi finanziare dagli OTT, imponendo loro degli accordi commerciali per il passaggio attraverso il segmento di rete che collega agli utenti finali (il c.d. "ultimo miglio").¹⁴ In altre parole, una sorta di "diritto di passaggio", cioè qualcosa di simile al famoso "fiorino" di Troisi e Benigni.

Se quindi è possibile che un settore telecom non-neutrale avrebbe portato maggiori profitti alle telco europee, occorre chiedersi se questo modello sia razionale, giustificato e privo di danni collaterali. La risposta è tendenzialmente negativa ed è questo il motivo per cui il regolamento europeo sulla *net neutrality* vieta tali pratiche, sostenute dalla prassi del BEREC. Il problema è

13. Regolamento (UE) 2015/2120 del 25 novembre 2015.

14. Occorre ricordare che le reti sono remunerate dagli utenti tramite l'abbonamento. L'idea che il c.d. "utilizzo" delle reti debba anche essere pagati dagli OTT, che in verità non utilizzano le reti ma forniscono attraverso di esse i servizi richiesti dagli utenti, ritorna spesso nel dibattito europeo. Una sintetica stroncatura di questa tesi è stata offerta dal Presidente di NKOM, il regolatore norvegese, nel corso di una presentazione resa il 19 maggio 2022 RIPE 84: «*End-users request the content and pay for the transfer of the content*».

che gli accordi commerciali che le telco avrebbero voluto imporre agli OTT generalmente non recavano alcun beneficio, in termini di qualità, tecnologia o innovazione, al mercato, agli utenti e al sistema nel suo complesso. Si è trattato normalmente di semplici modelli tariffari (spesso il noto *zero-rating*, poi affondato dalla Corte europea di giustizia¹⁵) e commerciali in forza dei quali l'ISP selezionava servizi già esistenti e disponibili nel mercato, fornendoli a volte con un proprio *bundle*. L'utente non riceveva servizi innovativi o connettività di migliore qualità ma, anzi, rischiava di vedere limitata la sua libertà di accedere a servizi diversi, non selezionati dall'ISP. Siamo di fronte, quindi, a mera innovazione commerciale e tariffaria, non tecnologica, ed è su questo punto che le telco europee hanno perso la battaglia sulla *net neutrality*: pur asserendo che le loro offerte fossero innovative, alla fine queste risultavano in pacchetti di servizi, già esistenti, forniti dagli OTT. La sola differenziazione era di tipo marketing o tariffario.

Al momento, nel mercato non si sono viste significative offerte degli ISP effettivamente innovative che potessero ricadere, ad esempio, nel novero dei servizi specializzati previsti dallo stesso regolamento europeo.¹⁶ Si è evocato il rischio che le norme sulla *net neutrality* potessero impedire servizi 5G basati sullo *slicing*, ma si è trattato solo di ipotesi, niente di concreto è stato mai documentato sul campo.¹⁷

Vi è da chiedersi cosa sarebbe successo in un ambiente giuridico non neutrale. Se guardiamo agli Stati Uniti, l'alternarsi di regimi giuridici differenti, dovuti al succedersi di amministrazioni aventi visioni opposte sulla *net*

15. CGUE, cause riunite C-807/18 e C-39/19, 15 settembre 2020.

16. Si veda il Secondo Report della Commissione europea sull'implementazione del Regolamento Open Internet del 28 aprile 2023 disponibile al seguente link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-reports-implementation-eu-rules-safeguarding-open-internet-access>.

17. Alcuni esponenti delle telco hanno talvolta affermato che tali offerte innovative non sarebbero state formulate per "paura" di una eventuale proibizione ai sensi della *net neutrality*. Si tratta di un argomento singolare, visto che le stesse telco non hanno mai esitato a mettere sul mercato le offerte sullo *zero-rating*, che presentavano rischi analoghi.

neutrality, non ha prodotto sconvolgimenti nel mercato. Questa insensibilità del mercato USA è probabilmente dovuta al fatto che gli ISP americani hanno un potere di mercato elevato sugli utenti, a cui possono imporre tariffe di abbonamento molto più elevate che in Europa, il che rende meno interessante rivalersi sugli OTT. Invece, in Europa, dove i prezzi *retail* degli abbonamenti a Internet sono largamente inferiori a quelli USA, le grandi telco hanno un interesse concreto a cercare nuove fonti di reddito stipulando corsie preferenziali a pagamento con gli OTT. Se ciò fosse stato possibile nella UE, il risultato verosimile sarebbe stato il proliferare di accordi tra i GAFAM, cioè le aziende Internet con le maggiori disponibilità finanziarie, e le grandi telco con più clienti *consumer*. Sarebbero stati però accordi puramente tariffari, aventi lo scopo di impacchettare e tariffare diversamente servizi OTT già esistenti. Perdenti ed escluse sarebbero state, invece, le piccole aziende, sia Internet che telco e, in ultima analisi, gli utenti, che avrebbero visto ridotta la libertà di un libero accesso a Internet. In altre parole, le regole UE sulla neutralità della rete hanno permesso di mantenere un livello accettabile di pluralismo e concorrenza nel settore digitale europeo.

Un percorso diverso poteva essere quello di garantire che l'accesso a Internet fosse effettivamente competitivo, in modo da permettere agli utenti di avere credibili e sufficienti opzioni alternative all'accesso Internet fornito dalle telco che avessero stretto accordi con i GAFAM. In questo modo gli utenti avrebbero potuto "votare con i piedi". Tuttavia, il grado di concorrenza nel *broadband* può variare da Paese a Paese nella UE e, per di più, a livello europeo si assiste attualmente a un trend verso il consolidamento (e, quindi, alla diminuzione degli operatori di accesso a Internet). In queste condizioni appare difficile garantire la neutralità della rete basandosi solamente sul regime di concorrenza e, pertanto, appare inevitabile il ricorso alle norme del Regolamento 2015/2120. Tuttavia, tale modello resta percorribile in ipotesi.

Va inoltre aggiunto che la neutralità della rete non è sufficiente per assicurare piena coerenza, innovazione e pluralismo del settore digitale, ma deve essere estesa alle piattaforme online, la cui posizione di intermediari può talvolta consentire – soprattutto in casi di dominanza – di estrarre rendite parassitarie dal settore. Norme sulla neutralità delle piattaforme sono state perciò introdotte con il già citato DMA nonché con il regolamento sulle relazioni tra piattaforme e imprese (regolamento P2B).¹⁸ In altre parole, neutralità della rete e neutralità delle piattaforme sono parte integrante dello stesso sistema.

4. Critica al concetto di *level playing field*

Lo stesso concetto di *level playing field* si basa su di un equivoco, e cioè sull'idea che tutti gli operatori del settore digitale, siano essi telecom o Internet, debbano essere soggetti alle stesse regole, come se fossero in concorrenza diretta e quindi parte dello stesso mercato. Vero è, semmai, che il settore Internet e quello delle telecomunicazioni sono fortemente complementari, tanto che non è possibile immaginarli radicalmente distinti l'uno dall'altro. I servizi Internet hanno bisogno delle reti per diffondersi, ma d'altra parte le reti di telecomunicazioni non hanno senso, commercialmente, senza i servizi Internet. Questa complementarità è alla base dell'aspirazione a un trattamento regolamentare comune per tutti gli operatori, dimenticando però che, nelle caratteristiche fondamentali, servizi Internet e telecom sono diversissimi e non sono sostituibili. La connettività fornita dalle telco non è sostituibile con i servizi Internet che passano attraverso di essa.

Si tratta di due settori ancora radicalmente distinti, anche a fronte di fenomeni di convergenza tecnologica e commerciale che portano gli operatori a cooperare sempre più strettamente. Per fornire i servizi Internet gli OTT investono soprattutto in tecnologia, software e data center, sviluppando modelli di business diversifi-

18. Regolamento (EU) 2019/1150 del 20 giugno 2019.

cati in cui acquista rilevanza, in vari modi, l'economia dei dati; gli operatori telecom restano invece legati a un modello consolidato, quello dell'installazione delle reti, che richiede soprattutto investimenti in *assets* fisici quali scavi, tubi, torri, e che si remunera in modo molto tradizionale (pagamento in valuta a fronte del servizio di connettività). Mercati rilevanti, *business models*, investimenti e barriere all'ingresso sono quindi fundamentalmente differenti.

La complementarità tra servizi Internet e telecomunicazioni ha tuttavia generato delle narrative fuorvianti, facendo pensare che i due settori e i relativi servizi siano in qualche modo in competizione. Al contrario, il fatto che operatori telecom, Internet e *cloud* siano sempre più coinvolti in dinamiche commerciali integrate non può portarci a concludere che operino nello stesso mercato. Spiace però osservare che la stessa Commissione europea sia recentemente caduta in questo equivoco, paventando nel suo *Libro Bianco* che il c.d. processo di "convergenza" di telecom e cloud potrebbe comportare un trattamento "olistico" dei due settori. Si tratta del processo, noto anche come *cloudification*, che porta taluni operatori telecom a spostare su piattaforme *cloud* le loro funzioni di *core network*.¹⁹ Ma processi analoghi sono avvenuti, per fare un esempio, anche per le banche e le assicurazioni, e nessuno si è mai sognato di dire che banche, assicurazioni e *cloud* facciano parte dello stesso mercato.

5. Servizi potenzialmente in concorrenza

OTT e telco non sono quindi in concorrenza, se non in ambiti marginali, quali quelli dei servizi voce e di messaggistica. In tale settore i servizi Internet innovativi hanno con il tempo soppiantato il mercato tradizionale della fonia telefonica e degli sms a livello *consumer*. Per alcuni anni vi è stata incertezza giuridica sull'applicabilità della normativa telecom a tali servizi innovativi via

¹⁹. Si veda l'annuncio di Telefonica ed Amazon in Germania nel maggio 2024: <https://5gobservatory.eu/telefonica-germany-to-move-one-million-5g-customers-to-amazons-cloud-service/>.

Internet, incertezza giuridica però che è venuta meno con l'entrata in vigore del Codice europeo delle comunicazioni elettroniche,²⁰ che ha definito norme uniformi per tali servizi di comunicazione a prescindere da modalità e tecnologie utilizzate. Tuttavia, la vera questione non è stata quella dell'ipotetica concorrenza tra tali servizi Internet e quelli tradizionali, ma semmai il fatto che i nuovi servizi innovativi, basati su modelli di business completamente diversi da quelli tradizionali, hanno cannibalizzato e bruciato il valore di questi ultimi. Così è stato per le chiamate telefoniche internazionali (soppiantate prima da Skype, Viber e poi da WhatsApp) e per gli sms (sostituiti da Messenger e WhatsApp). Più che di nuovi servizi in concorrenza si è trattato di un cambio di paradigma a cui il mondo telco ha faticato ad adeguarsi, gridando alla concorrenza sleale mentre il valore del servizio si stava parzialmente spostando dai modelli di business tradizionali, basati sul sinallagma della fornitura del servizio verso corrispettivo, verso l'economia dei dati dove sono emersi modelli più complessi e difficili da comprendere (in particolare quelli c.d. *free* dove l'utente scopre di essere, suo malgrado, lui stesso il prodotto).

In altre parole, nei servizi voce e messaggistica si può discutere se vi siano ambiti in concorrenza e, eventualmente, se non occorra ristabilire una parità di trattamento (ad esempio per quanto riguarda le prestazioni di giustizia). Ma si tratta ormai di un dibattito marginale e poco significativo se l'obiettivo finale è quello di analizzare i problemi del settore delle telecomunicazioni e i suoi rapporti con i GAFAM.

6. Conclusioni

Affermare al giorno d'oggi che il settore Internet si avvantaggi, rispetto a quello telecom, di un regime normativo agevolato è un'affermazione datata e ormai

²⁰ Direttiva (UE) 2018/1972 dell'11 dicembre 2018. In proposito si veda: <https://www.telecoms.com/regulation/europe-set-to-level-playing-field-for-operators-in-ott-battle#close-modal>.

chiaramente smentita dalla realtà attuale. Entrambi i settori sono soggetti alla regolamentazione richiesta dalle caratteristiche e dallo sviluppo dei rispettivi mercati: nel caso delle telecomunicazioni si tratta di regole consolidate e ben conosciute, ma in via di progressivo alleggerimento, mentre nel caso degli OTT si tratta di regole potenzialmente più intrusive e pesanti (in termini di sanzioni), ma recenti e quindi ancora di nuova e incerta applicazione. Le imprese Internet e di telecomunicazioni sono però sempre più fortemente collegate e complementari, tanto da essere costantemente coinvolte in dinamiche di convergenza commerciale. Tuttavia, le aree in cui determinati servizi telecom e OTT possono essere considerati effettivamente in concorrenza sono marginali.

Purtroppo, il dibattito politico, guidato soprattutto da obiettivi politici piuttosto che da rigorose analisi basate sui fatti, porta spesso a travisare queste situazioni: da qui i superficiali dibattiti sul *level playing field*, sulla revisione della *net neutrality* e sul *fair share*.

Tuttavia, resta il fatto che in un ecosistema digitale sempre più complesso e interconnesso la distribuzione del valore e dei profitti dà luogo a risultati che possono sembrare iniqui o che non riflettono adeguatamente investimenti e supposti meriti di tutti gli operatori coinvolti. Si tratta di un problema non nuovo, poiché tali iniquità o discrasie sono ricorrenti in un'economia di mercato, e possono diventare significative nel settore online, dove alcuni operatori raggiungono dimensioni tali da poter apparire immuni alle giurisdizioni nazionali. Si tratta di problematiche enormi che coinvolgono interessi molto più importanti di quelli di un singolo settore, come ad esempio quello delle telecomunicazioni, ma abbracciano l'organizzazione del lavoro nel suo complesso e la sovranità degli Stati. Per fronteggiare tali problematiche esistono le politiche redistributive operate dai pubblici poteri, il cui compito è appunto quello di riallocare i benefici del mercato qualora essi diano luogo a delle ingiustizie oppure possano portare pre-

giudizio agli interessi nazionali, compresi quelli degli operatori e degli utenti. La leva fiscale può essere uno di questi strumenti.

Renato Loiero

Consigliere del presidente del Consiglio per le politiche di bilancio

Secondo la Commissione europea il mercato unico digitale apporta vantaggi all'economia, riduce l'impatto ambientale e migliora la qualità della vita attraverso il commercio elettronico e l'*e-governance*. La transizione dei servizi dalle piattaforme fisse a quelle mobili richiede un quadro dell'UE per il *cloud computing*, l'accesso transfrontaliero ai contenuti e dati mobili senza soluzione di continuità, che garantisca al contempo la tutela della vita privata e la cibersecurity. Il mercato unico digitale europeo è stato fondamentale durante la crisi della Covid-19. Nei prossimi anni il regolamento sui servizi digitali e il regolamento sui mercati digitali trasformeranno il mercato in modo significativo.

In questo contesto, a livello europeo sono state adottate nel corso degli anni numerose norme che intervengono sui mercati digitali, con l'obiettivo di promuovere la concorrenza e proteggere i consumatori. Tuttavia, queste norme possono avere anche effetti collaterali di cui bisogna tenere conto, in particolare per quanto riguarda il loro possibile impatto sull'innovazione e sulle PMI.

Con la Comunicazione del 6 maggio 2015 la Commissione europea ha reso nota la Strategia per il mercato unico digitale in Europa (COM (2015) 192), definito come un mercato in cui, indipendentemente dalla cittadinanza e dal luogo di residenza, persone e imprese

non incontrano ostacoli all'ingresso e all'esercizio delle attività online, in condizioni di concorrenza leale e con un elevato livello di protezione dei consumatori e dei dati personali.

Secondo la Commissione, la realizzazione del mercato unico digitale determinerebbe un aumento del PIL europeo di 415 miliardi di euro, creando nuovi posti di lavoro, favorendo la crescita, la competizione, gli investimenti, contribuendo allo sviluppo del mercato e stimolando l'offerta di servizi migliori.

La Strategia poggia su tre pilastri fondamentali:

- migliorare e facilitare l'accesso ai beni e ai servizi digitali in tutta Europa sia per i consumatori sia per le imprese;
- creare un ambiente idoneo allo sviluppo delle reti e dei servizi digitali;
- massimizzare il potenziale di crescita dell'economia digitale, migliorando le competenze digitali, ritenute essenziali per una società digitale inclusiva.

Nell'ambito delle iniziative intraprese dalle istituzioni comunitarie per la realizzazione di tale Strategia si colloca il *Digital Services Package*, che mira a: i) modernizzare le norme che regolano i servizi digitali nell'Unione europea; ii) creare uno spazio digitale più sicuro dove siano protetti i diritti fondamentali di tutti gli utenti dei servizi digitali; iii) creare condizioni di parità per promuovere l'innovazione, la crescita, la competitività sia nel mercato unico europeo sia a livello globale.

Il pacchetto legislativo si compone di due atti: il Regolamento (UE) 2022/1995 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (*Digital Markets Act, DMA*) e il Regolamento (UE) 2022/2065 relativo a un mercato unico dei servizi digitali (*Digital Services Act, DSA*).

Nei contenuti, il DMA mira a impedire che le grandi aziende digitali adottino pratiche considerate limitative della concorrenza o sleali mentre il DSA si concentra principalmente sulla regolamentazione dei contenuti

online e sulla protezione degli utenti. La legge sui mercati digitali (*Digital Markets Act*, DMA) si applicherà insieme al regolamento gemello, ossia la Legge sui servizi digitali (*Digital Services Act*, DSA).

1. Le principali obiezioni sollevate dalle nuove norme: l'impatto sulle PMI

Una obiezione che molti hanno sollevato riguarda l'impatto di queste norme sulle PMI. Queste norme rischiano di dare luogo a un notevole contenzioso legato sia alle difficoltà interpretative sia soprattutto a quelle applicative.

La durata dei processi è un forte incentivo per i grandi operatori a sostenerne il costo, dal momento che gli interventi correttivi vengono rinviati nel tempo e che ciò accade in un mondo che cambia, per il progresso tecnico, a rapidità irraggiungibile dal potere regolatorio e sanzionatorio.

Molte delle nuove regole pongono limitazioni alla protezione dei segreti industriali e della proprietà intellettuale.

L'esenzione di intere classi di aziende, come nel caso del *Digital Market Act* e del *Data Act*, crea discriminazioni che indeboliscono l'efficacia della norma e aprono la strada a frizioni con gli accordi internazionali sul libero scambio, sottoscritti in sede World Trade Organisation.

Nelle valutazioni di impatto proposte dalla Commissione, non viene considerato l'effetto che la complessità delle norme e della loro applicazione produce in termini di costi di transazione e di oneri amministrativi.¹ Un esempio eloquente è la valutazione che un'impresa investita dai nuovi adempimenti dell'*Artificial Intelligence Act* riesca a impraticarsi degli adempimenti in tre minuti.

L'Alleanza europea delle PMI digitali (*European SME Alliance*) stima i costi per l'adozione delle soluzioni AI ad alto rischio intorno ai 7.000 euro. Ma mettere in

1. Swedish Enterprise, *New Regulations in Europe's Digital Economy: Design, Structure, Trade and Economic Effects*, giugno 2023.

campo un sistema manageriale adeguato alle esigenze di qualità dell'intelligenza artificiale può costare dai 193.000 ai 330.000 euro, mentre i costi della certificazione fornita da terze parti possono essere superiori.

Sebbene la normativa influenzi più direttamente i cosiddetti *gatekeepers*, è cruciale riconoscere la sua influenza su tutte le compagnie con operazioni digitali nell'UE che dipendono dalle piattaforme e dai servizi. Pertanto, per queste aziende, non aderire alla normativa rappresenta un rischio altrettanto rilevante, poiché potrebbero affrontare perdite di dati, audience e danni alla reputazione del marchio, perdendo l'accesso ai servizi forniti ad esempio da Google, Meta e altri giganti tecnologici.

Questo implica che le aziende devono anche conformarsi alle nuove normative sulla privacy stabilite dai giganti tecnologici per soddisfare la DMA. Queste norme si applicano a tutti i dati personali raccolti sulle piattaforme, sia da parte dei giganti tecnologici stessi che da terzi che le utilizzano. È una sfida aggiuntiva per marchi e inserzionisti, che devono adeguarsi a queste regolazioni per garantire la conformità con la DMA ed evitare possibili conseguenze negative dirette su di loro.

Sebbene non ci sia una soluzione unica per conformarsi alle nuove leggi, le aziende devono cambiare approccio e cercare alternative ai metodi tradizionali. Altrimenti, i marchi incontreranno difficoltà nel segnalare conversioni e attirare audience, influenzando direttamente i loro risultati e il loro business.

Il tema, visto in un'ottica schumpeteriana di innovazione come processo economico-culturale e non solo tecnologico, ci porterebbe a considerare la prospettiva del mercato unico, ossia dell'abbattimento delle barriere all'ingresso, come l'impegno più importante delle autorità sovranazionali. È la possibilità di sfruttare su una scala adeguata le innovazioni ciò di cui l'imprenditore innovativo ha bisogno, in particolare se è a capo di un'impresa di piccole dimensioni. I costi di transazione, i costi amministrativi, i costi burocratici (fiscali, legali,

contrattuali, regolatori) sono spesso insostenibili per realtà di piccole dimensioni. Le risorse necessarie per superare quelle barriere vengono sottratte agli investimenti in innovazione.²

Ma sono proprio quelle risorse che mancano all'Europa: risorse finanziarie, talenti, competenze, facilità di accesso ai dati.³

Regole sì, quindi, ma soprattutto regole condivise, regole tali da creare un campo di gioco competitivo comune, un terreno livellato per consentire gli investimenti nelle start-up innovative, ponendo attenzione ai costi delle PMI, in particolare nella loro fase di sviluppo iniziale. E, infine e soprattutto, perché non concentrare le risorse nello sviluppo delle capacità delle scuole e delle università di sfornare personale adeguatamente preparato per rispondere alla domanda di un settore che esprimerà comunque in larga misura la domanda di lavoro futura?

2. L'impatto sul mercato italiano

La normativa sui mercati digitali, secondo alcuni analisti, pur giudicata positiva nel suo complesso, può avere un impatto negativo sul mercato italiano se non normata e monitorata adeguatamente sul fronte interno.

Il Piano nazionale per la resilienza e la ricostruzione ha stanziato circa 50 miliardi di euro per la digitalizzazione, una cifra che supera di gran lunga l'obiettivo del 20% richiesto dall'Unione europea. Si prevede che le riforme nell'ambito del PNRR riducano le grandi lacune nelle competenze digitali e digitalizzino le PMI e i servizi pubblici.

Questi cambiamenti rappresentano un'occasione storica per colmare il divario tra l'Italia e gli altri Paesi dell'UE e tra il Nord e il Sud del Paese, nonché per rompere lo stallo della lenta crescita economica. Tutta-

2. Swedish Enterprise, *Digital Innovation and Digital Innovation Processes: IPR Aspects on how to Harness Innovation*, dicembre 2023.

3. European Digital SME Alliance, *AI Act Open Letter: Supporting AI Innovators*, 2022.

via, affinché ciò avvenga, abbiamo bisogno di apertura all'innovazione, rimozione delle barriere amministrative e investimenti intelligenti. Sfortunatamente, il DMA sembra spingerci nella direzione opposta.

In linea di principio la proposta serve i giusti obiettivi. Tuttavia, secondo gli operatori del settore, l'analisi della struttura generale del DMA, nonché delle disposizioni specifiche, mostra che il regolamento potrebbe comportare un aumento dei costi per gli utenti aziendali (in particolare di piccole dimensioni) e una diminuzione degli incentivi all'innovazione.

Preoccupazioni che possiamo riassumere in tre punti:

- si impone ai “custodi dell'accesso” (*gatekeepers*) di offrire servizi su base autonoma, ciò mina i modelli di sovvenzione incrociata e i modelli di business finanziati dalla pubblicità. Questa modifica non solo è contraria all'intenzione originaria della Commissione, ma può anche aumentare i prezzi per le PMI e i consumatori. Gli italiani hanno il terzo livello più basso di competenze digitali nell'UE, con poco più del 20% della popolazione che possiede competenze di utilizzo di Internet.⁴ Se prendiamo in considerazione il fatto che la maggioranza (68%) degli europei dichiara che non pagherà mai per accedere ai contenuti online, vediamo che le tariffe di inserzione avranno un forte effetto dissuasivo sulle persone che non possiedono competenze digitali avanzate e potrebbero ostacolare il processo di digitalizzazione in Italia;
- il DMA mira a limitare la pubblicità mirata nonostante sia la parte in crescita più dinamica del mercato digitale italiano. Con un aumento del 3,6% tra il 2020 e il 2021, la pubblicità digitale è il settore digitale in più rapida crescita, con un impatto trainante sui livelli di investimento. Mentre il settore è in piena

4. Solo a titolo esemplificativo del ritardo italiano: in Francia l'82% della popolazione accede a Internet, di cui l'85% tramite connessione a banda larga e 45 milioni di francesi comprano via web, con circa il 28% di acquisti da mobile.

espansione, il DMA introduce tre cambiamenti che potrebbero invertire questa tendenza. Ad esempio, il divieto di combinazione di dati di cui all'art. 5(a) può limitare la funzionalità e la qualità della pubblicità mirata. Naturalmente, le modifiche danneggeranno: PMI, che utilizzano la pubblicità mirata come mezzo conveniente ed efficace per raggiungere i consumatori: le persone che lavorano in questo settore in crescita; e allo stesso modo gli investitori;

- il DMA potrebbe creare rischi per la sicurezza per gli utenti e limiterà gli *app store* nel mantenimento dell'integrità e della funzionalità degli ecosistemi online. Mentre l'art. 5(c) mira a migliorare la posizione degli utenti aziendali, aprirà i sistemi dei *gatekeepers* agli abusi da parte di malintenzionati. Esistono numerosi esempi pratici tra cui il rischio di scaricare malware tramite un'app non controllata, la minaccia alla protezione dei dati personali nel trasferimento dei dati degli utenti agli utenti aziendali, nonché la maggiore esposizione degli utenti a frodi. Alla fine, è la qualità dei servizi digitali che le imprese e i clienti italiani utilizzano quotidianamente a risentirne. Tenendo presente le opportunità offerte dalla rivoluzione digitale che si dipana davanti ai nostri occhi, dovremmo adottare tutte le misure necessarie per evitare che ciò accada.

Giulia Pastorella

Deputata di Azione

Qualunque discussione sul tema della regolamentazione del mercato digitale e tecnologico nell'Unione europea non può prescindere da una riflessione sul contesto internazionale all'interno del quale gli Stati e la stessa Unione si ritrovano a muoversi.

L'entrata in crisi della globalizzazione così come l'abbiamo conosciuta nella seconda metà del Novecento e il ritorno a paradigmi di tipo più mercantile sta colpendo anche il mondo della tecnologia. Si tratta del riflesso delle nuove tensioni geopolitiche e della crescente competizione tra USA e Cina in particolare, che – per come stanno evolvendo le cose – sembra sempre più ricalcare una contrapposizione a blocchi simile a quella a cui abbiamo assistito durante la Guerra fredda.

Come dice Ansgar Baums nel suo libro in uscita questo autunno, «entrambi i Paesi hanno rapidamente sviluppato le politiche che mirano a sfruttare le catene del valore tecnologico a fini geopolitici – ciò che chiamiamo “geotech statecraft” [che si potrebbe tradurre come l'arte di governare la geotecnologia, *N.d.A.*]».¹ Ed ecco che, in questa guerra fredda tecnologica, la tecnologia diventa un *asset* strategico per la sopravvivenza, alla stregua di un'arma, sia in senso stretto, che come

1. Ansgar Baums e Nicholas Butts, *Tech Cold War: The Geopolitics of Technology*, in corso di pubblicazione.

fattore determinante da utilizzare nel braccio di ferro commerciale fra blocchi avversari. Un elemento su cui si stringono nuove alleanze e si riorganizzano le *supply chains*, ma che al contempo può portare anche a pericolose escalation e fratture con impatti devastanti lungo le catene del valore mondiale.

Dazi e regolamentazione diventano dunque leve con cui portare avanti tali contrapposizioni non più solo commerciali ma anche politiche. Le politiche di innovazione e regolamentazione normativa si affiancano ai tradizionali meccanismi mercantilistici di politica commerciale, come dazi e aiuti di Stato, nel tentativo di tenere fuori dal mercato le tecnologie straniere e sostenere la produzione locale.

Ne sono un esempio concreto tutte le norme che stabiliscono criteri di acquisto per la pubblica amministrazione che prediligono soluzioni locali o addirittura impediscono acquisti stranieri in nome della *cybersecurity* nazionale. Il criterio – a mio avviso corretto – di affidarsi a certificazioni e standard internazionalmente riconosciuti per determinare l'adeguatezza o meno di una soluzione tecnologica in contesti pubblici sembra sempre più un lontano ricordo.

In Russia, per esempio, nel 2022 un decreto presidenziale ha reso obbligatoria per i propri enti governativi, le aziende pubbliche e quelle che operano in regime di monopolio, di sottoporre a un'apposita commissione ogni acquisto di software stranieri per le infrastrutture critiche, obbligo che potrebbe estendersi addirittura agli applicativi hardware che utilizzano software *embedded* di produzione straniera.² Speculare, ma del tutto analoga nei fini, è poi la norma statunitense che vieta la vendita, il trasferimento e l'esportazione di software considerati di valore strategico al governo russo e a società ed enti con sede in Russia.³

2. Mikhail Sholokhov, "Sweeping New Rules for Foreign Software and Technology in Official Procurement", *DLA Piper*, 27 aprile 2022, <https://www.dlapiper.com/es-pr/insights/publications/2022/04/sweeping-new-rules-for-foreign-software-and-technology-in-official-procurement>.

3. Jean-Marie Salva e Sophie Dumon Kappe, "The Ban on Providing IT

In Asia molti Paesi hanno scelto di applicare corposi dazi alla tecnologia, come l'India che impone tariffe del 10% sui dispositivi di *storage*, telecamere, fotocamere digitali e videocamere; la Malesia che impone dazi del 25% sui monitor; le Filippine che hanno introdotto dazi fino al 15% sulle apparecchiature telefoniche e sui monitor dei computer, solo per fare qualche esempio.⁴

Un capitolo tutto speciale, poi, lo occupa la Cina, la cui tecnologia è considerata da molti governi come un cavallo di Troia che il regime usa per spiare e insidiare nemici e amici in tutto il mondo, tanto da far finire hardware (Huawei e ZTE, per citare i due casi più conosciuti) e software (TikTok) legati a Pechino nelle liste nere di molti governi. Di fronte a tutto questo la Cina ha reagito istituendo ampie normative come quelle che, per esempio, limitano il flusso di dati aziendali in entrata e in uscita dal Paese, escludendo, tra le altre cose, i fornitori di servizi *cloud* stranieri dal proprio mercato interno.

Tornando quindi a come avviene la normativa del settore *tech* da parte dell'Unione europea, si nota come questa stia evolvendo in modo coerente al contesto descritto in precedenza. Alla trasposizione in regole dei principi fondanti dell'Unione, si è dunque affiancata l'esigenza di rispondere agli stimoli competitivi in nome di una ricercata sovranità digitale capace di assicurare il controllo delle infrastrutture digitali e di una produzione tecnologica obiettivamente ormai poco competitiva.

La diagnosi impietosa, emersa anche nel recente rapporto *The Future of European Competitiveness* curato da Mario Draghi, è quella di un continente, l'Europa, la cui incapacità di innovare lo inchioda alla dipendenza di attori stranieri sia sul fronte infrastrutturale che dei servizi. La reazione a questa consapevolezza non nuova è

Services and Selling Software to Russia: A New Tool to Limit Russia's Industrial Capabilities", *DS Avocats*, 16 febbraio 2024, <https://www.dsavocats.com/en/the-ban-on-providing-it-services-and-selling-software-to-russia-a-new-tool-to-limit-russias-industrial-capabilities>.

4. Stephen Ezell, "Fighting Innovation Mercantilism", *Issues in Science and Technology*, vol. 27, n. 2, 2011, <https://issues.org/ezell-2>.

che «l'UE è entrata in una fase mercantilistica normativa in cui cerca di riaffermare il proprio controllo sul cyberspazio, imporre confini digitali, accumulare ricchezza di dati e ridurre la propria dipendenza da attori esterni del settore privato i cui valori possono non riflettono quelli dell'ordinamento UE», come sottolineano gli accademici Farrand e Carrapico nel loro *Digital Sovereignty and Taking Back Control*. Si tratta di esigenze che si sovrappongono a quelle di crescita e difesa di un'industria debole e poco sviluppata, e il controllo regolatorio e l'esportazione di norme sono le armi a disposizione del blocco per reagire alle pressioni esterne.

Entrando nel merito, le norme che hanno ricevuto maggiore attenzione sono quelle connesse a regolare e ridurre i rischi della tecnologia: il *Digital Service Act* (DSA), sulla diffusione di contenuti illegali; il *Digital Market Act* (DMA), sulla regolamentazione dei mercati digitali; l'*AI Act*, sulla classificazione delle tecnologie e delle applicazioni di intelligenza artificiale in base al rischio d'uso; le direttive NIS 1 e 2 sulla protezione cibernetica delle infrastrutture critiche; l'*EU 5G Toolbox*, per minimizzare rischi di tecnologie e interferenze straniere nella connettività 5G. A queste se ne aggiungono moltissime altre di tipo settoriale (*Medical Devices Directive*, *Payment Services Directive*), ambientale (*Ecodesign Directive*, *Packaging Regulation*, *Green Claims Directive*) e contrattualistico (*Platform to Business*, *e-commerce Regulation*) per dirne alcune. Tutte con in comune il fatto che si applicano anche ai dispositivi connessi e alle soluzioni digitali.

Questa stratificazione normativa, purtroppo, non sempre si è rivelata di facile navigazione per gli utenti e le imprese che si trovano a doverle rispettare e spesso le aziende faticano a stare al passo tra normative orizzontali e settoriali. L'impatto non è da poco e, infatti, l'European Tech Alliance stima che fino al 30% delle risorse delle aziende *tech* oggi vengano dedicate alla *compliance*.⁵

5. European Tech Alliance, "European Tech Companies Face an Overwhel-

La sensazione è che sia stata imboccata una strada difficile da invertire almeno nel breve periodo, a meno che la nuova Commissione, magari su spinta della parte più “di destra” e liberale dello spettro politico, non cerchi di intervenire, quantomeno razionalizzando il corpus normativo e attualizzando le norme passate prima di produrne di nuove. Una necessità resa evidente, per esempio, dal paradigmatico caso dell’applicazione del GDPR alle “allucinazioni” di ChatGPT, ovvero le informazioni false ed erronee relative a persone reali prodotte dalla piattaforma che – in quanto imprecise – erano in violazione delle normative sulla privacy. Sono certa che quasi dieci anni fa quando fu varata la direttiva non si pensava neanche lontanamente a casi del genere, che poco hanno a che vedere con la privacy in senso stretto.

La stessa sensazione di non ritorno si vede sul lato della chiusura rispetto ad attori stranieri e collaborazioni internazionali, persino con i Paesi considerati per molto tempo alleati strettissimi come gli Stati Uniti, che sono vissute con più sospetto. Come dimostra il processo di nomina all’interno degli organismi di standardizzazione europei, da cui progressivamente la Commissione e il Parlamento europeo hanno dato mandato di escludere i rappresentanti stranieri – compresi gli statunitensi – da ruoli di influenza, come sottolineato con preoccupazione dall’Information Technology and Innovation Foundation⁶ e dimostrato nelle scelte legate all’implementazione dell’*AI Act*.

Viene da chiedersi dunque quale sarà l’impatto sulle aziende di questo nuovo approccio normativo e delle sempre maggiori pressioni della politica. Il comportamento di grandi piattaforme social come Telegram, X e Meta in questo senso è davvero interessante per l’inter-

ming Amount of Rules, Harming their Ability to Grow and Compete”, 27 novembre 2023, <https://eutechalliance.eu/european-tech-companies-face-an-overwhelming-amount-of-rules-harming-their-ability-to-grow-and-compete>.

6. Nigel Cory, “How the EU Is Using Technology Standards as a Protectionist Tool In Its Quest for Cybersovereignty”, *Information Technology & Innovation Foundation*, 19 settembre 2022, <https://itif.org/publications/2022/09/19/how-the-eu-is-using-technology-standards-as-a-protectionist-tool>.

sezione tra posizionamento politico e geopolitico in cui si delinea la relazione tra governi e aziende. Il bisogno di crescere e raggiungere nuovi mercati le spingerà ad affrontare l'aumento di complessità normativa oppure verranno scelte soluzioni di ripiego con un graduale ritiro dai mercati più "ostili" e complicati? Sceglieranno di allinearsi con uno degli schieramenti in competizione rischiando una parte del business? O addirittura saranno costrette a farlo dai rispettivi governi? E in una prospettiva europea, questo sovranismo digitale porterà allo sviluppo di un'industria tecnologica più solida o aumenterà il già preoccupante ritardo sulle tecnologie emergenti? Il tutto a che prezzo per i cittadini europei, fruitori di queste tecnologie?

Insomma, è evidente come il clima di cyber-balkanizzazione che coinvolge sia Internet (c.d. *Splinternet*) che tutte le tecnologie e infrastrutture software e hardware strategiche, obbliga anche l'Unione europea ad adottare politiche di difesa che non fanno altro che contribuire alla frammentazione degli scambi commerciali. Si tratta di un contesto che causerà (ma a ben vedere causa già oggi) dinamiche inflattive e di scarsità accentuando la competizione per tecnologie il cui contributo potrebbe essere determinante anche a conquistare traguardi condivisi a livello internazionale, come la sicurezza alimentare e la lotta al cambiamento climatico. E purtroppo, con l'indebolimento delle organizzazioni internazionali, difficilmente si arriverà a un accordo condiviso su alcuni principi cardine che evitino escalation o la continua frammentazione del mondo *tech*. Per evitare una simile dinamica, è necessario un nuovo accordo internazionale per creare "porti sicuri per la tecnologia". Gli accordi di Helsinki durante la Guerra fredda potrebbero fornire un modello per raggiungere tale intesa.

Guido Scorza

Componente dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali

Esiste una narrativa diffusa che suggerisce che la disciplina europea sulla protezione dei dati personali a cominciare dal Regolamento 2016/679/UE, noto al grande pubblico con il suo acronimo GDPR, rappresenterebbe un freno alla competitività europea.

Taluno, di recente, ha persino suggerito che si tratterebbe di una lettura proposta anche da Mario Draghi, nel suo recente rapporto *The Future of European Competitiveness*, commissionatogli dalla Commissione europea.

In realtà la posizione di Draghi sembra essere diversa e più articolata anche se, forse per ragioni di sintesi, si presta a pericolosi fraintendimenti.

Su questo però tornerò più avanti.

Qui conviene partire dalla mia tesi: la disciplina europea sulla protezione dei dati personali non solo non rappresenta un ostacolo alla competitività europea ma, al contrario, è, o almeno potrebbe esserne, una preziosa alleata.

Si tratta di una tesi che, per la verità, conta, almeno fuori dall'*inner circle* delle autorità di protezione dei dati personali, un modestissimo numero di sostenitori.

Ma, forse, proprio per questo è utile proporla in questo lavoro che ha come principale obiettivo quello di stimolare una discussione aperta, franca e obiettiva sul più generale tema del rapporto tra regolamentazione europea e competitività.

Il punto di partenza nell'esercizio di sintesi delle ragioni a supporto della tesi è rappresentato dal titolo integrale, troppo spesso dimenticato – in buona parte per colpa dell'acronimo inglese – del GDPR.

Lo conosciamo tutti o, almeno, lo conoscono la più parte dei suoi detrattori e di quanti lo ritengono nemico giurato della competitività europea e, per la verità, più in generale ostacolo al progresso tecnologico, all'innovazione digitale, alla sicurezza interna e internazionale, a una tutela più efficace del diritto alla salute e a decine di altri diritti, interessi e libertà, come il Regolamento generale europeo sulla protezione dei dati personali.

Si tratta però di una mezza verità.

Il titolo del GDPR, infatti, è più lungo e continua.

Nella sua versione integrale dice: *Regolamento relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.*

Le parole sono sempre importanti e quelle scritte addirittura nel titolo di una delle discipline europee probabilmente più celebri di tutti i tempi – il che, naturalmente, non significa necessariamente anche più apprezzata – lo sono ancora di più.

E qui le parole suggeriscono che la liberalizzazione intra-europea – e al ricorrere di certe condizioni anche extra-europea – della circolazione dei dati personali rappresenti il fine perseguito dal legislatore euro-unitario con il varo della disciplina della quale stiamo parlando e l'identificazione di una serie di regole uniformi il mezzo attraverso il quale raggiungere detto fine.

In questi termini l'idea di un antagonismo o, addirittura, di una conflittualità tra GDPR e competitività europea forse può essere almeno stemperata.

Ma, certo, per quanto le parole siano importanti, non si può affidare la soluzione di una questione tanto complessa all'esegesi di quelle nel titolo di un Regolamento e, quindi, vale la pena lasciarsi alle spalle questo genere di riflessione e passare dalla forma al contenuto della disciplina europea sulla protezione dei dati personali.

In questa prospettiva, più seria, più concreta e meno

retorica, un primo elemento prezioso è offerto dal Considerando quattro del Regolamento, secondo il quale «il trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell'uomo. Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità».

È un passaggio importante da non sottovalutare.

Una delle prime "premesse" sulle quali il legislatore europeo ha ritenuto di costruire l'impianto della disciplina non rivendica la centralità del diritto alla privacy nella vita delle persone e dei mercati del vecchio continente, ma ne identifica il ruolo di strumento al servizio dell'uomo e della società e, quindi, di diritto da temperare con altri diritti.

E, d'altra parte, non poteva e non potrebbe che essere così giacché come sappiamo – benché si tenda spesso a dimenticarlo dividendosi in opposte tifoserie – nell'ordinamento europeo, esattamente come in quello nazionale, non c'è spazio per diritti tiranni capaci o destinati a fagocitare altri diritti, a travolgerli o ignorarli.

La parola magica, la vera pietra angolare della democrazia europea come di quella italiana è "bilanciamento", bilanciamento tra diritti e interessi solo virtualmente rivali ma che devono poi comporsi per garantire alle persone il più sacro di tutti i diritti, quello a non dover scegliere tra diritti, specie tra diritti fondamentali.

A questo punto, vale la pena di posare una prima, piccola ma preziosa, pietra miliare: guai se un governo, uno qualsiasi – quello europeo o uno dei ventisette nazionali i cui rappresentanti siedono nelle istituzioni europee – dovesse mai chiederci di scegliere tra diritti pari ordinati, di scegliere tra star bene o veder la nostra privacy tutelata, o tra essere al sicuro da minacce interne o internazionali o poter contare sulla riservatezza della nostra vita personale o, appunto, tra innovazione, progresso tecnologico e competitività da una parte e protezione dei dati personali dall'altra.

Quello sarebbe uno dei giorni più bui della democrazia europea.

E, anzi, per essere onesti, quelli nei quali è accaduto – perché nel nostro passato è purtroppo già accaduto – sono stati alcuni dei giorni più bui della nostra democrazia, giorni che l'hanno provata alle radici e segnata profondamente.

Una persona ha il diritto di non scegliere tra diritti e, naturalmente, ha il diritto – per venire al tema protagonista di queste riflessioni – di non dover scegliere tra vivere in un Paese capace di competere sui mercati globali e vivere in un Paese capace di prendersi cura della sua privacy e, quindi, di un diritto che è garanzia e strumento di altri diritti e libertà.

La mia convinzione, quella alla base della tesi proposta in apertura, è che non vi sia ragione per porre la questione in questi termini e men che meno per suggerire che il diritto alla privacy sia nemico della competitività europea a meno, naturalmente, di non voler ritenere – ma si tratterebbe di posizione alla quale si farebbe una gran fatica a riconoscere cittadinanza in democrazia – che ogni forma di regolamentazione costituisca un ostacolo alla competitività.

Il GDPR, peraltro, non è una disciplina di divieti ma di vincoli modali: detta condizioni per trattare i dati personali rispettando i diritti e la dignità delle persone più che vietarne il trattamento.

E anche nei pochissimi casi nei quali stabilisce divieti, questi ultimi sono normalmente seguiti da un'ampia serie di eccezioni che ne ridimensiona enormemente la portata.

Difficile, in linea generale, sostenere che la disciplina europea sulla protezione dei dati personali impedisca la realizzazione di un progetto di impresa mentre, naturalmente, è lecito e, anzi, corretto sostenere che talvolta possa condizionarla al fine di contemperare i diritti e gli interessi di chi fa impresa e, più in generale, del mercato con quelli delle persone.

Ma questo, come si è detto, in democrazia è, fortu-

natamente, sempre vero semplicemente perché non esistono diritti assoluti o tiranni e, naturalmente, non lo è neppure quello a fare impresa.

In linea di principio, naturalmente, si potrebbe discutere della circostanza che talune condizioni previste nel GDPR possano essere sproporzionate allo scopo e, quindi, zavorrare il sistema imprenditoriale più del necessario, determinandone una perdita di competitività.

Tuttavia, al riguardo, sembra utile tener presenti due circostanze:

- il GDPR è costruito su un approccio basato sul rischio con obblighi crescenti e più stringenti in maniera direttamente proporzionale alla crescita del rischio di violazione della riservatezza e della dignità della persona con la conseguenza di rendere remota l'eventualità di un eccesso di peso regolamentare;
- le disposizioni in esso contenute non si applicano alla sola industria europea ma alle imprese tutte, ovunque stabilite, che operano in Europa con la conseguenza che, anche laddove si registrassero eccessi regolamentari, il fenomeno riguarderebbe tutti i concorrenti in un determinato mercato e non le imprese europee.

Poi, naturalmente, le patologie esistono e siamo, evidentemente, lontani dal poter parlare di una regolamentazione perfetta ma, sui limiti della disciplina europea sulla privacy, torno in chiusura di questa breve "provocazione".

Non solo, infatti, a mio avviso non è corretto parlare di un GDPR ostacolo della competitività ma, al contrario, c'è spazio, come anticipato, per considerarlo un volano di competitività almeno ogni qualvolta – e capita sempre più di frequente – il trattamento dei dati personali risulti determinante in una certa industria e/o in un certo segmento di mercato.

In linea generale, intanto, è un dato di fatto che l'universalità dell'ambito di applicazione del GDPR ha come

diretta conseguenza quella di far sì che esso rappresenti una sorta di *level playing field* comune tra *industry* europea e *industry* extra-europea con la conseguenza che, probabilmente, oggi, proprio grazie al GDPR, le imprese europee sono in grado di giocare partite più ad armi pari di quanto non lo fossero ieri quando l'industria extra-europea era soggetta a regole diverse e meno stringenti in materia di protezione dei dati personali.

Diverso è il ragionamento – e ci tornerò in chiusura – in relazione all'impatto del GDPR sui grandi *players* e sulla piccola e media impresa.

Andando dal generale al particolare, inoltre, sembra potersi scrivere senza tema di smentita che esistono taluni istituti del GDPR che, specie nella società dei dati nella quale viviamo, hanno autonoma portata pro-competitiva.

Penso al diritto alla portabilità dei dati, ad esempio, che consente a un'impresa di ottenere da un utente-consumatore, suo potenziale cliente o, anche direttamente da un proprio concorrente – sebbene sempre su richiesta dell'interessato – sostanzialmente tutto l'insieme di conoscenza che riguarda il potenziale cliente così da poterli astrattamente garantire il medesimo trattamento e, quindi, di poter competere effettivamente sul mercato.

Ma non basta perché lo stesso diritto alla portabilità rappresenta anche uno straordinario antidoto rispetto a ogni forma di *lock-in* informativo ovvero rispetto a ogni situazione nella quale un utente pur volendo, per effetto della concorrenza, lasciare un operatore a favore di un altro – ad esempio un social network per un altro o un'assicurazione per un'altra – potrebbe non farlo per paura che facendolo vedrebbe polverizzarsi i benefici garantitigli dalla conoscenza che su di lui ha il fornitore originario.

E penso anche all'obbligo che il GDPR impone a tutti i titolari del trattamento di trattare dati esatti e, dunque, dati di buona qualità.

Difficile immaginare una previsione più utile alla competitività di imprese il cui successo o insuccesso è

sempre più spesso dettato proprio dalla capacità di trattare dati, anche personali, aggiornati, esatti e di qualità.

Tanto, forse basta, nonostante le esigenze di sintesi caratteristiche di questo contributo, per suggerire la fondatezza della tesi di un GDPR non antagonista della competitività europea ma, semmai, suo alleato, o, almeno, tanto, probabilmente, rappresenta un'utile "provocazione" per consentirne una discussione della questione più informata e consapevole di quella che troppo spesso va in scena nella dimensione mediatica e politica.

Tuttavia onestà intellettuale impone di evidenziare che se qualche dubbio – e, anzi, molti dubbi – sulla solidità di tale tesi esistono ciò non è solo imputabile alla circostanza che spesso a criticarla è chi non ha avuto tempo o voglia di leggere tra le righe di una disciplina indiscutibilmente complessa come quella, appunto, contenuta nel GDPR e si è, per questo, fermato alla superficie ma, anche, per talune patologie difficilmente contestabili relative più che alla disciplina in sé alla sua applicazione.

In questa prospettiva, ad esempio, una delle perplessità certamente sollevate nel rapporto Draghi – e per la verità fraintesa da molti e strumentalizzata da altri – riguarda la circostanza che l'ambizione originaria del GDPR di rappresentare una disciplina europea uniforme sulla protezione dei dati personali sia rimasta, talvolta, frustrata, da una parte perché taluni Paesi membri hanno probabilmente ecceduto nell'approfittare degli spazi di manovra lasciati dal legislatore europeo e dall'altra perché, nonostante l'esistenza di meccanismi che dovrebbero consentire un'applicazione omogenea delle regole in esso contenuto, ciò resta spesso una semplice ambizione tradita da una serie di interpretazioni nazionali non perfettamente allineate e, anzi, talvolta, divergenti.

Qui il problema, a voler essere completamente onesti, è il seguente: mercati e industria corrono veloci e nel tentativo di orientarne la corsa richiamandoli al rispetto

delle regole della privacy, non sempre si riesce ad attendere i tempi necessari a un'ampia ed esaustiva discussione europea che, certamente, garantirebbe maggiore uniformità applicativa.

È, insomma, difficile garantire effettivamente quanto nello stesso rapporto Draghi si identifica come presupposto necessario alla competitività: un'applicazione veloce e uniforme delle regole.

Ci si ritrova spesso costretti a scegliere tra un'applicazione meno uniforme ma veloce a livello nazionale o un'applicazione uniforme ma meno veloce a livello europeo.

E guai a negare che questo possa ingenerare smarrimento e confusione nell'*industry* e limitarne la competitività sebbene, per quanto si è detto, tanto in danno dell'impresa europea che in danno di quella extra-europea.

Ma si tratta di un profilo sul quale c'è, certamente, ancora molta strada da fare.

C'è, poi, un'altra questione: la complessità delle regole rende dura la vita alla piccola e media impresa europea per la quale, innegabilmente, queste regole sono non sempre facilmente accessibili o, almeno, non sono sempre accessibili tanto quanto lo sono per multinazionali e grandi imprese in grado di acquistare sul mercato le competenze e professionalità necessarie a comprenderle, rispettarle e/o, eventualmente, identificare approcci e soluzioni elusive.

Mentre, dunque, non si può dire che il GDPR sia un ostacolo alla competitività dell'impresa europea *tout court* e, anzi, c'è spazio per sostenere il contrario, deve, insomma, riconoscersi che c'è, ancora del lavoro da fare per rendere le sue regole di più facile applicazione per la piccola e media impresa alla quale qualche problema applicativo probabilmente lo pone.

Al riguardo, d'altra parte, vale la pena ricordare che lo stesso GDPR al Considerando tredici prevede che proprio «per tener conto della specifica situazione delle micro, piccole e medie imprese [...] le istituzioni e gli

organi dell'Unione e gli Stati membri e le loro autorità di controllo sono invitati a considerare le esigenze specifiche delle micro, piccole e medie imprese nell'applicare il presente regolamento».

Ancora una volta, quindi, non è la disciplina europea sulla privacy a poter essere additata come nemica della competitività ma, semmai, la circostanza che non si sia ancora riusciti a identificare meccanismi idonei ed effettivi di semplificazione dell'applicazione delle regole da parte della micro e piccola-media impresa europea.

Tuttavia, ed è qui che è difficile convenire con una lettura diffusa del rapporto Draghi che, probabilmente, ne tradisce le intenzioni – o, almeno, che mi piace pensare ne tradisca le reali intenzioni – guai a convincersi del fatto che la disciplina europea sulla protezione dei dati personali freni la competitività europea semplicemente perché la vincola al rispetto di quella dignità della persona che costituisce elemento distintivo del DNA europeo, quasi si potesse legittimamente risolvere la definizione di competitività in un fatto di mera efficienza sui mercati.

Perché, se si imbecca questa strada, potrà anche sostenersi con successo che la disciplina sulla privacy rappresenta un vincolo alla competitività ma, al tempo stesso, si finisce con il cedere alla tentazione di credere e far credere che tecnologicamente possibile possa significare anche giuridicamente legittimo e democraticamente e umanamente sostenibile.

Ma in democrazia non è vero o, almeno, non è e non può essere sempre vero.

Valentino Valentini

Viceministro del Ministero delle imprese e del Made in Italy*

L'Unione europea e l'Italia si trovano oggi di fronte a una sfida cruciale: bilanciare la necessità di regolamentare le tecnologie emergenti con l'imperativo di mantenere la propria competitività globale. Questo equilibrio delicato è particolarmente rilevante per le piccole e medie imprese (PMI), che costituiscono il cuore pulsante dell'economia europea e italiana. Con il 99,9% delle imprese nell'UE rappresentate da PMI, di cui il 95,13% sono micro-imprese con meno di 10 dipendenti, il loro ruolo nell'economia è innegabile. In Italia questi numeri sono ancora più significativi: le PMI non solo costituiscono il 99,9% delle imprese, ma generano anche il 65,1% del valore aggiunto e impiegano il 76,2% della forza lavoro nel settore privato non finanziario.

Queste aziende sono i custodi del *know-how* europeo e delle produzioni di alta qualità, incarnando tradizioni ereditate da una lunga storia industriale. Tuttavia, nonostante la loro importanza, le PMI europee e italiane affrontano sfide significative in termini di innovazione e competitività globale. Il recente rapporto sulla competitività dell'UE presentato da Mario Draghi evidenzia un preoccupante ritardo rispetto agli Stati Uniti e alla Cina in settori chiave come l'intelligenza artificiale, il *cloud computing* e la produzione di semiconduttori. Un dato

* Le opinioni espresse nel presente capitolo sono di natura personale e non rappresentano quelle dell'istituzione di appartenenza.

emblematico è che solo il 40% delle imprese europee utilizza servizi *cloud* avanzati, contro il 55% negli Stati Uniti.

Gli investimenti in ricerca e sviluppo rappresentano un altro punto critico. L'UE investe il 2,3% del PIL in R&S, una percentuale significativamente inferiore rispetto al 3,5% degli Stati Uniti e al 2,4% della Cina. Questo si traduce in un gap di circa 522 miliardi di euro all'anno rispetto agli USA. Inoltre, il mercato unico digitale europeo rimane frammentato, con barriere normative che ostacolano la scalabilità delle imprese tecnologiche, come dimostra il fatto che solo il 9% delle PMI europee vende online oltre i confini nazionali.

In questo contesto, l'Unione europea si trova a navigare in acque complesse. Da un lato, c'è la necessità di regolamentare le tecnologie emergenti per garantire la sicurezza dei cittadini, la protezione dei dati e prevenire abusi, come dimostrano iniziative quali il GDPR, il DMA, il DSA e il regolamento sull'intelligenza artificiale. Dall'altro, una regolamentazione eccessiva potrebbe soffocare l'innovazione e rendere le imprese europee meno competitive a livello globale.

Per affrontare questa sfida, l'UE ha messo in campo diverse iniziative. Sono stati istituiti oltre 200 Digital Innovation Hub in tutta Europa, offrendo supporto a più di 100.000 PMI all'anno. Il programma Horizon Europe ha stanziato 95,5 miliardi di euro per la ricerca e l'innovazione nel periodo 2021-2027. Si sta inoltre potenziando la collaborazione con le comunità locali, con l'ambizioso obiettivo di raggiungere il 90% delle PMI europee entro il 2030 attraverso iniziative di digitalizzazione. Parallelamente, l'UE sta lavorando per eliminare le barriere al commercio digitale transfrontaliero, puntando ad aumentare del 50% le PMI che vendono online oltre i confini nazionali entro il 2025.

In questo panorama, l'Italia sta giocando un ruolo cruciale nell'attuazione della strategia europea per l'innovazione, sviluppando un ecosistema integrato che può servire da modello per altri Paesi membri. Questo "Ecosistema Innovazione" si basa su un capillare network di

oltre 50 centri per il trasferimento tecnologico, dislocati su tutto il territorio nazionale, tra cui gli European Digital Innovation Hub (EDIH), i Competence Center 4.0 (CC) e le Testing and Experimentation Facility (TEF). La forza di questo ecosistema risiede nella sua struttura interconnessa, dove diversi attori – dalle start-up alle università, dai soggetti industriali alle istituzioni governative – collaborano sinergicamente. Un aspetto chiave è la creazione di punti di accesso dedicati per le PMI, che democratizzano l'accesso alle tecnologie avanzate.

L'Italia ha compiuto sforzi significativi per sostenere finanziariamente questo ecosistema. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) ha allocato circa 40 miliardi di euro per la digitalizzazione e l'innovazione. Le risorse mobilitate per il piano 4.0 e Transizione 5.0 ammontano a quasi 13 miliardi nel biennio 2024-2025, e potranno rilanciare la competitività del nostro tessuto produttivo, accompagnando le nostre imprese nel delicato processo di transizione digitale e sostenibile. Il Fondo Nazionale Innovazione, gestito da CDP Venture Capital, ha una dotazione di oltre 1 miliardo di euro per investimenti in start-up e PMI innovative. Per gli EDIH e i Competence Center, il governo italiano ha stanziato circa 600 milioni di euro. Inoltre, il credito d'imposta R&S prevede un'aliquota del 20% delle spese in ricerca e sviluppo, con un massimo di 4 milioni di euro annui per beneficiario.

Il rapporto Draghi suggerisce ulteriori azioni per migliorare la competitività dell'UE, tra cui la facilitazione dell'accesso ai finanziamenti per le PMI innovative, con l'obiettivo di mobilitare 500 miliardi di euro di capitali privati entro il 2030, e un massiccio investimento nella formazione digitale per formare 20 milioni di specialisti ICT entro lo stesso anno. Si propone, inoltre, di ridurre del 25% gli oneri amministrativi per le PMI entro il 2025 e di aumentare gli investimenti in settori chiave come l'IA, il *quantum computing* e la produzione di semiconduttori, puntando a raggiungere il 3% del PIL in R&S entro il 2030.

Il futuro della competitività europea e italiana dipenderà dalla capacità di realizzare queste proposte, trovando il giusto equilibrio tra regolamentazione e innovazione. Sarà cruciale adottare un approccio normativo flessibile e adattabile, accelerare gli investimenti in settori strategici, promuovere la collaborazione tra settore pubblico, privato e accademico, e garantire che le PMI abbiano accesso alle risorse e al supporto necessari per competere nell'economia digitale globale.

L'Unione europea e l'Italia hanno il potenziale per essere leader globali nell'innovazione responsabile. Mettendo in pratica le proposte del rapporto Draghi e sfruttando l'ecosistema dell'innovazione, come stiamo facendo anche in Italia, l'UE può creare un ambiente in cui le tecnologie emergenti possano fiorire, guidate dai valori europei di privacy, equità e trasparenza. In questo modo, l'Europa potrà posizionarsi come un attore chiave nell'economia globale del XXI secolo, bilanciando con successo l'innovazione tecnologica con una regolamentazione attenta e orientata al futuro.

Policy

Václav Klaus

Pianeta blu, non verde. Cosa è in pericolo: il clima o la libertà?

Arnold Kling

La sanità in bancarotta. Perché ripensare i sistemi sanitari

Andrea Giuricin

Alitalia. La privatizzazione infinita

Alberto Mingardi (a cura di)

La crisi ha ucciso il libero mercato?

Nicholas Eberstadt e Hans Groth

L'Europa che invecchia. La qualità della vita può sconfiggere il declino

John B. Taylor

Fuori strada. Come lo Stato ha causato, prolungato e aggravato la crisi finanziaria

Kevin Dowd

Abolire le banche centrali

Stephen Goldsmith e William D. Eggers

Governare con la rete. Per un nuovo modello di pubblica amministrazione

Gabriele Pelissero e Alberto Mingardi (a cura di)

Eppur si muove. Come cambia la sanità in Europa, fra pubblico e privato

Edwin S. Rockefeller

La religione dell'antitrust. Riti e pratiche della politica della concorrenza

Arnold Kling e Nick Schulz

Economia 2.0. Il software della crescita

Fredrik Segerfeldt

Acqua in vendita? Come non sprecare le risorse idriche

Stefano Moroni (a cura di)

La città rende liberi. Riformare le istituzioni locali

Luca Enriques

Le regole della finanza. Diritto societario e mercato in Italia e in Europa

Nicola Rossi (a cura di)

Sudditi. Un programma per i prossimi 50 anni

Massimiliano Trovato (a cura di)

Obesità e tasse. Perché serve l'educazione, non il fisco

- Carlo Lottieri e Daniele Velo Dalbrenta (a cura di)
Libertates. Stato, politica e diritto alla prova delle libertà individuali
- Enrico Colombatto
L'economia di cui nessuno parla. Mercati, morale e intervento pubblico
- Eugenio Somaini
I beni comuni oltre i luoghi comuni
- Marco Ponti, Stefano Moroni e Francesco Ramella
L'arbitrio del Principe. Sperperi e abusi nel settore dei trasporti: che fare?
- Joshua C. Hall
Homer Economicus. L'economia spiegata dai Simpson
- Nicola Rossi (a cura di)
Venticinque% per tutti. Un sistema fiscale più semplice, più efficiente, più equo
- Geoffrey Wood e Steve Hughes (a cura di)
Tutti gli errori di Piketty. Saggi su Il capitale nel XXI secolo
- Louis E. Carabini
Nati per la libertà. L'inutile tentativo di sopprimere lo spirito umano
- Filippo Cavazzoni (a cura di)
Il pubblico ha sempre ragione? Presente e futuro delle politiche culturali
- Carlo Stagnaro (a cura di)
Cosa succede se usciamo dall'euro? Quanto costerà e chi ne pagherà il prezzo
- Alex Epstein
In difesa dei combustibili fossili
- Johan Norberg
Progresso. Dieci motivi per guardare al futuro con fiducia
- Daniele Velo Dalbrenta (a cura di)
Imposizione fiscale e libertà. Sottrarre e ridistribuire risorse nella società contemporanea
- Antonio Accetturo e Guido de Blasio
Morire di aiuti. I fallimenti delle politiche per il Sud (e come evitarli)
- Serena Sileoni (a cura di)
Noi e lo Stato. Siamo ancora sudditi?
- Rainer Zitelmann
La forza del capitalismo. Un viaggio nella storia recente di cinque continenti
- Giuliano Cazzola
La guerra dei cinquant'anni. Storia delle riforme e controriforme del sistema pensionistico

Rainer Zitelmann

Ricchi! Borghesi! Ancora pochi mesi! Come e perché condanniamo chi ha i soldi

Celso Osimani e Ivo Tripputi

Il futuro dell'energia nucleare

Jesús Huerta de Soto con Bernardo Ferrero

Pandemia e dirigismo. Come uscire da uno stato di crisi permanente

Giuliano Cazzola

L'altro 1992. Quando l'Italia scoprì le riforme

Rainer Zitelmann

Elogio del capitalismo. Dieci miti da sfatare

Sergio Di Filippo

Nudge. Una spinta poco gentile?

Celso Osimani, Ivo Tripputi

Rifiuti radioattivi: Come li gestiamo?



L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande filosofo del diritto Bruno Leoni (1913-1967), nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, esprimendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale.

L'IBL intende studiare, promuovere e divulgare gli ideali del libero mercato, della proprietà privata e della libertà di scambio.

Attraverso la pubblicazione di libri, l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira a orientare il processo decisionale, a informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

L'IBL vuole essere per l'Italia ciò che altri think tank sono stati per le nazioni anglosassoni: un pungolo per la classe politica e un punto di riferimento per il pubblico in generale. Il corso della storia segue dalle idee: il liberalismo è un'idea forte, ma la sua voce è ancora debole nel nostro paese.

IBL Libri è la casa editrice dell'Istituto Bruno Leoni.

Istituto Bruno Leoni

Piazza Cavour, 3 - 10123 Torino

Tel. 011-1978.1215

Fax 011-1978.1216

E-mail: info@brunoleoni.it

www.brunoleoni.it

Finito di stampare nel mese di novembre 2024 da
E. Lui Tipografia - Reggiolo (RE)