



## OSSERVATORIO SULLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA N. 4/2023

### 1. I PRIMI ATTI DEL CONFRONTO SUL *DIGITAL SERVICES ACT* DAVANTI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA: LA DESIGNAZIONE DI ZALANDO E AMAZON COME PIATTAFORME *ONLINE* DI DIMENSIONI MOLTO GRANDI

Il regolamento [2022/2065](#) (DSA), pubblicato in GUUE il 27 ottobre 2022, è entrato in vigore il 16 novembre 2022 e sarà applicabile dal febbraio 2024. Ai sensi dell'art. 93 dello stesso, tuttavia, talune disposizioni, in particolare quelle relative alle piattaforme *online* e ai motori di ricerca di dimensioni molto grandi (d'ora in poi VLOPs), si applicano già da novembre 2022. A tal fine, la Commissione europea, ad aprile 2023, alla luce di quanto stabilito all'art. 33, ha [designato](#) diciannove società, di cui diciassette piattaforme e due motori di ricerca, come VLOPs, avendo un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni di utenti. Queste ultime, quindi, hanno avuto quattro mesi di tempo, vale a dire fino al 25 agosto scorso, per conformarsi alla detta normativa. Il DSA, difatti, definisce un sistema di obblighi a carattere piramidale, che si intensificano, tra l'altro, in funzione delle dimensioni delle piattaforme.

Non stupisce, quindi, che talune società interessate abbiano contestato la decisione della Commissione, dato che la designazione come VLOP comporta maggiori oneri in termini di responsabilità e di trasparenza, oltre che un più incisivo potere di controllo e vigilanza nei loro confronti da parte di Bruxelles.

In particolare, due tra le società indicate come VLOP, Zalando e Amazon, hanno proposto ricorso per annullamento dinanzi al Tribunale avverso l'atto di designazione adottato dalla Commissione il 25 aprile scorso.

I due ricorsi, invero, sebbene perseguano lo stesso obiettivo, cioè la non applicazione nei loro confronti degli obblighi del DSA indirizzati alle VLOPs, hanno un'impostazione sostanzialmente differente. Infatti, Zalando ha contestato, in primo luogo, l'applicabilità nei suoi confronti del DSA nella sua interezza e, in secondo luogo, la legittimità della norma che costituisce la specifica base giuridica della decisione impugnata, cioè l'art. 33 del DSA. Invece, Amazon ha messo in discussione la legittimità di taluni obblighi che scaturiscono dalla designazione come VLOP, segnatamente gli artt. 38 e 39 del DSA, che a suo giudizio si baserebbero su un criterio discriminatorio e violerebbero in modo sproporzionato il principio della parità di trattamento e i diritti fondamentali della ricorrente.

Nello specifico, per quanto concerne il primo [caso](#), Zalando sostiene che il DSA non sia applicabile nei suoi confronti, in quanto i servizi da essa prestati non sarebbero qualificabili come servizi di intermediazione e, di conseguenza, non configurerebbero né un servizio di *hosting* né una piattaforma *on line* nel senso di cui al DSA, poiché mancherebbe la necessaria messa a disposizione di contenuti di terzi. Secondo la ricorrente, infatti, attraverso la vendita di propri prodotti, essa avrebbe conferito contenuti propri e avrebbe fatto integralmente propri anche quelli dei suoi *partner*, mediante un rigoroso processo di *onboarding*. Quand'anche, secondo il suo punto di vista, una parte del servizio dovesse essere qualificata come piattaforma *on line*, non sarebbe raggiunta la soglia dei 45 milioni di utenti attivi al mese. Su questo punto, tuttavia, benché la definizione di piattaforma *online* fornita dal DSA presenti elementi di ambiguità, non sembra condivisibile la posizione della ricorrente, nella misura in cui essa, come indicato sul suo sito [Internet](#), non si limita a vendere prodotti propri, ma anche quelli di imprese *partner*, mettendo, quindi, in contatto consumatori e venditori. Quando si compra un prodotto, infatti, nella pagina di acquisto viene indicato se si tratta di un prodotto venduto da Zalando o da terzi. Ad ogni modo, è noto che, relativamente alla qualificazione di tali servizi, la Corte ha finora assunto un atteggiamento ondivago, giungendo a conclusioni differenti per servizi che, all'apparenza, avevano le medesime caratteristiche, come nei casi [UberPop](#) e [Airbnb](#). La pronuncia della Corte, quindi, potrà fornire un primo chiarimento su una nozione che, effettivamente, risulta lacunosa.

Come secondo motivo di ricorso, inoltre, Zalando ha sostenuto che i criteri di cui all'art. 33, parr. 1 e 4, in combinato con l'art. 24, par. 2, del DSA, da applicare ai fini della nomina di una piattaforma come VLOP, non sarebbero definiti con sufficiente determinazione e richiederebbero, pertanto, l'emanazione di un atto giuridico delegato per definirli con maggior chiarezza. Questo motivo, *prima facie*, risulta più convincente del primo e, in tal senso, vale la pena di ricordare che lo stesso art. 33, par. 3, del DSA fa riferimento alla possibilità che in futuro vengano adottati atti delegati tesi a definire la metodologia per il calcolo del numero medio mensile di utenti attivi. A tal riguardo, tra l'altro, la Commissione, in un [documento](#) informativo pubblicato a seguito dell'entrata in vigore del DSA, nel chiarire il sistema che le piattaforme devono utilizzare per conteggiare i destinatari attivi del servizio, ha richiamato, per prima cosa, gli atti delegati di cui all'art. 33, par. 3, qualora essi siano stati adottati. Ciò, quindi, lascia presagire che questo sarà un aspetto su cui l'esecutivo dell'Unione interverrà in tempi piuttosto rapidi, il che non significa che fino ad allora l'art. 33 del DSA non sia applicabile.

A differenza di quanto fatto da Zalando, Amazon, come detto, non ha contestato l'atto attraverso cui la Commissione l'ha designata come VLOP, quanto gli effetti che tale designazione comporta, in particolare quelli discendenti dagli artt. 38 e 39 del DSA. Tali disposizioni, infatti, da un lato, stabiliscono che le VLOPs che utilizzano sistemi di raccomandazione assicurano almeno un'opzione non basata sulla profilazione e, dall'altro lato, che le stesse debbano compilare e rendere accessibile al pubblico un registro contenente una serie di informazioni relativamente alle pubblicità che presentano sulle loro piattaforme online e sulle persone fisiche e giuridiche per conto delle quali le propongono.

Il primo obbligo, sancito all'art. 38 del DSA, è stato introdotto per favorire la libertà di scelta degli utenti. Difatti, il modo in cui le informazioni vengono visualizzate e messe in ordine di priorità sulla piattaforma può condizionare l'accesso alle stesse da parte del destinatario del servizio, il che rende necessario, tra le altre cose, che l'utente sia libero di optare, in maniera

semplice, per un sistema di visualizzazione delle raccomandazioni che non sia basato sulla profilazione.

Secondo Amazon, invece, quanto disposto all'art. 38 del DSA, non solo sarebbe discriminatorio nei suoi confronti, ma comporterebbe un pregiudizio anche nei confronti degli utenti. A suo parere, infatti, l'introduzione, a scelta dell'utente, di un sistema di raccomandazione che non sfrutta la profilazione dei fruitori del servizio, da un lato, farebbe venir meno una delle componenti essenziali del modello di *business* su cui si basa la piattaforma, il che comporterebbe una significativa ed irreversibile perdita della sua quota di mercato, e, dall'altro lato, avrebbe un effetto negativo sui consumatori, i quali non visualizzerebbero prodotti di loro interesse, ma casuali. Relativamente a quest'ultimo punto, tra l'altro, è singolare la posizione sostenuta da Amazon, riportata nell'ordinanza sulle misure provvisorie dello scorso 27 settembre ([T-367/23 R](#)), secondo la quale, la possibilità di scelta offerta al consumatore indurrebbe quest'ultimo a optare per un sistema senza profilazione, in maniera quasi inconsapevole, poiché allo stesso non sarebbero chiare le conseguenze di una simile decisione. Pertanto, egli non imputerebbe alla mancata profilazione i conseguenti effetti negativi sulla sua esperienza di *shopping*, ma a un disservizio della piattaforma e, pertanto, sarebbe spinto a non utilizzarla più. In altre parole, secondo questa tesi, il consumatore tenderebbe, in maniera poco consapevole, a negare il trattamento dei propri dati personali a fini di profilazione, il che comporterebbe degli effetti negativi sul servizio fruito, che egli, però, non sarebbe in grado di ricondurre alla sua scelta, ma attribuirebbe a un disservizio della piattaforma.

Una simile teoria, invero poco condivisibile, sembra costruita sull'idea del "consumatore incapace di scegliere", il quale dovrebbe disporre di un limitato potere decisionale, perché le sue scelte potrebbero avere un effetto negativo sulle sue esperienze di consumo, che egli non sarebbe in grado di prevedere. Una tesi di questo tipo, però, è in antitesi con i principi cardine in materia di tutela del consumatore, tra cui quello secondo cui la posizione di debolezza di quest'ultimo debba essere compensata attraverso maggiore trasparenza ed informazione, non riducendo la sua "autodeterminazione digitale".

Relativamente, agli obblighi di cui all'art. 39 del DSA, invece, Amazon ha sostenuto che la pubblicazione di un registro contenente informazioni sulle pubblicità visualizzate permetterebbe a tutti, anche alle imprese concorrenti, di conoscere le sue strategie di mercato e ciò costituirebbe un pregiudizio irreparabile, perché una volta pubblicate tali informazioni non sarebbe possibile rimediare agli effetti negativi prodotti.

Nell'ambito della procedura in questione, la ricorrente, con atto separato, ha presentato richiesta di misure provvisorie, al fine di sospendere l'esecuzione dell'atto impugnato nelle more della decisione sul ricorso principale. A tal riguardo, il 29 settembre scorso è stata emessa un'ordinanza con cui il presidente del Tribunale ha accolto in parte le richieste di Amazon.

In merito agli obblighi di cui all'art. 38 del DSA, il presidente del Tribunale, dopo aver sottolineato che la disposizione in parola non proibisce le raccomandazioni basate su profilazione, limitandosi a disporre l'introduzione una clausola di *opt-on* su libera scelta del consumatore, ha rimarcato come, al fine di evitare i rischi paventati dal ricorrente, le piattaforme interessate possono prendere «precise and effective measures to inform customers fully of the benefits of the recommender systems and the risks that will ensue from opting out them so that they are fully aware of the consequences and the impact of their decision in the event of opting out» ([T-367/23 R](#), punto 36). D'altronde, è evidente che gli interessi degli utenti possano essere

meglio tutelati attraverso un adeguato sistema di informazione, piuttosto che precludendo agli stessi la libertà di scelta.

Precisato questo punto, quindi, il presidente del Tribunale si è concentrato sull'eventuale danno causato dall'attuazione della norma impugnata. In tal senso, ha rilevato che «assuming that the implementation of an opt-out option does indeed encourage customers to switch from the Amazon store to competing platforms which the Commission has not designated under article 33 of regulation 2022/2065, the alleged loss of market share constitutes purely a financial harm in that it consists of the loss of revenue from sales of the relevant market» (*Ibidem*, punto 41). Un eventuale danno economico di questo tipo, tuttavia, non sarebbe irrimediabile, dal momento che, nel caso in cui la pronuncia nel merito fosse favorevole al ricorrente, quest'ultimo potrebbe proporre un'azione di danni, al fine di ottenere un equo risarcimento. Pertanto, limitatamente a quest'aspetto, il presidente del Tribunale ha rigettato la richiesta di misure provvisorie.

L'ordinanza, invece, giunge a conclusioni di segno opposto relativamente all'altro motivo di ricorso, cioè quello fondato sull'art. 39 del DSA. A tal riguardo, il presidente del Tribunale ha rilevato che la pubblicazione delle informazioni di cui alla disposizione in parola potrebbe causare un danno irreversibile nel caso in cui il Collegio dovesse accogliere nel merito le motivazioni di Amazon, poiché si tratta di informazioni sulle strategie pubblicitarie di quest'ultimo, che, una volta pubblicate, non potrebbero più essere celate ai suoi concorrenti. Questi ultimi, dal canto loro, potrebbero definire nuove strategie di mercato alla luce delle informazioni acquisite, a danno di Amazon. Pertanto, il presidente del Tribunale ha stabilito che «a judgement ordering annulment would be rendered illusory and deprived of practical effect if the present application for interim measures were to be dismissed, since that dismissal would have the effect of allowing the immediate disclosure of the information at issue, thereby effectively prejudging the future decision in the main action, namely that the action for annulment would be dismissed» (*Ibidem*, punto 82). Di conseguenza, ai fini di una ponderazione degli interessi in causa, il presidente del Tribunale ha statuito che «the interest defended by the applicant must prevail over the interest in the dismissal of the application for interim measures, a fortiori where the grant of the interim measures requested amounts to no more than maintaining the status quo for a limited period» (*Ibidem*, punto 83).

Ora, i due casi presi in esame si trovano ancora ad uno stadio iniziale della procedura, ma sollevano già alcuni interessanti spunti di riflessione. Per quanto riguarda il caso Zalando, come detto, sarà di grande interesse la posizione che assumerà il Tribunale sul primo motivo di ricorso, inerente la nozione di piattaforma *online*. Quest'ultima, infatti, è definita in maniera piuttosto ampia nel DSA e fa confluire al suo interno attività tra loro differenti. Al riguardo, ulteriore ambiguità potrebbe essere generata dal fatto che il DSA esclude dal suo ambito di applicazione i servizi intermediari che non rientrano tra i servizi della società dell'informazione. Ad ogni modo, tenendo conto che, per quanto qui di interesse, l'elemento caratterizzante delle piattaforme è l'interconnessione tra produttori e consumatori, non appare condivisibile la tesi di Zalando, secondo cui quest'ultima non costituisce una piattaforma *on line*, nella misura in cui una parte significativa del suo *business* è costituito dalla vendita di prodotti di aziende *partner*. Sempre in merito allo stesso caso, inoltre, sarà anche d'interesse la decisione della Commissione sul punto che riguarda i criteri per valutare le dimensioni di una piattaforma. Su quest'aspetto, effettivamente, le disposizioni del DSA sono abbastanza vaghe e richiederebbero un maggior grado di approfondimento. Ad esempio, come rilevato dalla ricorrente, il DMA, in un allegato,

contiene indicazioni ben più precise sul sistema che deve essere utilizzato per calcolare il numero di utenti finali attivi ai fini della procedura di designazione come *gatekeeper*.

Per quanto concerne il caso Amazon, invece, l'aspetto di maggior rilievo è come il Tribunale bilancerà, da un lato, l'interesse a rafforzare la trasparenza dei mercati digitali e la libertà di scelta degli utenti e, dall'altro lato, l'interesse delle grandi piattaforme. È, infatti, chiaro che una componente essenziale del modello di *business* di queste ultime sia basata sul trattamento dei dati personali e sui sistemi di profilazione. Allo stesso tempo, è evidente che, tendenzialmente, gli utenti autorizzino il trattamento dei propri dati personali in maniera sostanzialmente inconsapevole e che gli stessi opterebbero per sistemi meno intrusivi nella loro vita privata se le richieste sul trattamento dei dati fossero più semplici, intuitive e, soprattutto, non ripetitive. In altre parole, da un lato sta la necessità di soddisfare l'esigenza delle persone di godere di un maggior livello di tutela della vita privata nell'ecosistema digitale e, dall'altro lato, c'è quella di non sgretolare un sistema economico fondato sul trattamento dei dati personali. Equilibrio che il DSA, in una certa misura, ha tentato di raggiungere, seppur non in maniera pienamente soddisfacente, tanto che già è stato oggetto di contestazione.

Pertanto, i casi presi in esame costituiscono probabilmente solo i primi atti di una più lunga battaglia legale che le piattaforme *online*, soprattutto quelle di grandi dimensioni, intraprenderanno per contestare e, di conseguenza, sfuggire agli obblighi discendenti dal DSA, i quali, probabilmente, risultano materialmente più onerosi di quanto si era ipotizzato in fase di adozione della normativa. Tra l'altro, vale la pena di ricordare che la Commissione ha già avviato un'intensa attività di vigilanza e controllo, sulla base dei poteri che le sono stati attribuiti dal DSA. A tal riguardo, ad esempio, ha chiesto informazioni a diverse società come Meta, Tik Tok, X e Youtube, sulle misure di mitigazione del rischio adottate ai sensi del DSA dalle stesse poste in essere per far fronte a talune situazioni, come la tutela dei minori oppure la diffusione di contenuti illegali o di disinformazione. Tali richieste potrebbero evolvere in procedure ai sensi dell'art. 66 del DSA, secondo il quale "la Commissione può avviare un procedimento in vista della possibile adozione di decisioni a norma degli articoli 73 e 74 in relazione alla condotta del fornitore della piattaforma online di dimensioni molto grandi o del motore di ricerca online di dimensioni molto grandi nei confronti del quale sussista il sospetto, da parte della Commissione, che abbia violato una delle disposizioni del presente regolamento". Procedimenti che potrebbero portare finanche all'adozione di sanzioni pecuniarie ai sensi dell'art. 74.

In sostanza, le vicende esaminate dimostrano all'evidenza che lo sviluppo del mercato digitale è frutto dell'incontro di due forze contrastanti: da un lato, la richiesta delle piattaforme di poter trattare senza vincoli rigidi i dati personali a fini commerciali e, dall'altro, l'esigenza di tutelare la riservatezza degli utenti. In tale contesto, i numerosi atti legislativi adottati dall'Unione per implementare la Strategia per il mercato digitale, tra cui il DSA, hanno l'obiettivo di bilanciare i detti interessi e, a tal fine, pur essendo spesso frutto di compromessi, talvolta anche al ribasso, hanno istituito una serie di obblighi onerosi per le piattaforme, soprattutto quelle di grandi dimensioni. Obblighi che, inevitabilmente, queste piattaforme, come già ben si comprende, contesteranno facendo leva su molteplici argomentazioni.

FRANCESCO BATTAGLIA