

RIVISTA DELLA

Regolazione dei mercati

Il mercato senza regolazione genera mostri



INDICE

Rivista della
Regolazione dei mercati
Fascicolo 1 | 2022

Rivista registrata presso
il Tribunale di Torino
aut. n. 31 del 25 ottobre 2013

Direttori

Laura Ammannati
Eugenio Bruti Liberati,
Filippo Donati
direttore responsabile
Margherita Ramajoli

Comitato direttivo

C. Buzzacchi, E. Chiti, M. Clarich,
U. Filotto, D. Gallo, F. Ghezzi,
B. Marchetti, M. Passalacqua,
C. Scarpa, C. Schepisi, B. Tonoletti

Comitato scientifico

A. Albanese, A. Alemanno, C. Barbatì,
Luigi A. Bianchi, P. Biandrino, A. Boitani,
M. Cammelli, F. Cassella, S. Cassese,
R. Cavallo Perin, G. Della Cananea,
G. De Nova, D. de Pretis, E. Ferrari,
G.F. Ferrari, M. Libertini, M. Maresca,
G. Morbidelli, G. Napolitano, G. Olivieri,
M. Orlandi, A. Pericu, G. Pericu,
A. Police, G.M. Racca, M. Renna,
M.A. Sandulli, F. Scarpelli, F. Sclafani,
M. Sica, M. Thatcher, L. Torchia, A. Travi

Comitato di redazione

L. Belviso, A. Candido, V. Gioffré,
S. Lucattini, A. Marra (coordinatore)

Progetto grafico e impaginazione
mv comunicazione architetti associati

Editoriale

La strategia europea di decarbonizzazione e il nuovo modello di disciplina dei mercati alla prova dell'emergenza ucraina

di *Eugenio Bruti Liberati*

3

SAGGI

Il Green Deal e la governance europea dell'energia e del clima

di *Filippo Donati*

13

Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni

di *Margherita Ramajoli*

25

L'investimento pubblico nel Dispositivo di ripresa e resilienza e lo Stato come agente macroeconomico dell'economia di mercato

di *Bruno Tonoletti*

37

Le sanzioni amministrative 'punitive' tra diritto costituzionale ed europeo

di *Dario Simeoli*

47

Sanzioni amministrative di Consob e Banca d'Italia e loro sindacato giurisdizionale: alcune riflessioni alla luce del diritto sovranazionale e dell'indagine comparata

di *Andrea Magliari*

88

Co-investimento, Wholesale-only e "Rete unica": un'analisi dei nuovi modelli regolatori e di mercato nelle Telecomunicazioni

di *Antonio Manganeli*

127

I consumi degli utenti finali del servizio idrico tra regolazione tariffaria e scienze comportamentali

di *Gianluca Cavalieri*

178

Note sulle regolazioni delle transizioni "economiche"

di *Sandro Amoroso*

198

COMMENTI

La regolazione pubblica del Terzo settore tra Stato, mercato e formazioni sociali

di *Marcello Clarich*

210

Illegittima conformazione del potere regolatorio in materia tariffaria ed effetti dell'annullamento giurisdizionale

di *Simone Rodolfo Maserà*

218

La disciplina degli e-money tokens tra proposta di Regolamento MiCA e normativa sui servizi di pagamento. Problematiche regolatorie e possibili soluzioni

239

di Francesco Ciraolo

Sull'efficacia retroattiva delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia alla luce del caso Lexitor 266
di Diletta Aliotta

Le sentenze gemelle dell'Adunanza plenaria in tema di concessioni demaniali marittime: a proposito di un fatto di "brutta normazione giurisprudenziale" 292
di Alessandro Squazzoni

Facebook è un monopolio? Spunti di riflessione a partire dal caso FTC v. Facebook 338
di Anna Licastro

La responsabilizzazione degli operatori digitali a contrasto del value gap: la direttiva copyright e le scelte dell'Italia 366
di Maria Giusti

RECENSIONI

L. Floridi, Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide, Raffaello Cortina Editore, 2022, p. 384 400
di Laura Ammannati

PAPER

Il «Fit for 55» unpacked: un'analisi multi-disciplinare degli strumenti e degli obiettivi delle proposte settoriali per la decarbonizzazione dell'economia europea 409
di Gianluca Cavalieri, Benedetta Celati, Simone Franca, Marta Gandiglio, Anna Rita Germani, Andrea Giorgi, Gianluca Scarano



COMMENTI

La responsabilizzazione degli operatori digitali a contrasto del *value gap*: la direttiva copyright e le scelte dell'Italia

Holding digital platforms accountable to fight the value gap: the copyright directive and Italy's choices

di **Maria Giusti** *

ABSTRACT

L'articolo analizza le disposizioni più dibattute della direttiva copyright e le scelte fatte in sede di recepimento in Italia con il d.lgs. n. 177/2021. Le novità sono dirette a ridurre il *value gap*, ovvero la differenza fra il valore che gli operatori digitali ricavano dallo sfruttamento di contenuti protetti dal diritto d'autore e i proventi versati ai titolari dei diritti. Con questo obiettivo, il legislatore europeo ha introdotto un nuovo, complesso, bilanciamento tra diritti e interessi la cui "naturale" tensione è stata aggravata dall'evoluzione tecnologica: quelli di autori, artisti e altri titolari di diritti a una giusta remunerazione per lo sfruttamento digitale dei loro contenuti, da un lato, e la libertà di espressione *online* e quella di iniziativa economica, dall'altro. Il contributo evidenzia come si è arrivati alle diverse novità, quali sono i soggetti coinvolti e i loro interessi, e i bilanciamenti raggiunti. Infine, mette in luce pieni e vuoti della nuova normativa e le sfide che il futuro riserva. Le questioni che emergono sono di ampia portata e aprono molteplici aree di approfondimento, che coinvolgono diverse branche del diritto e si intrecciano l'un l'altra.

The article analyzes the most debated provisions of the copyright directive and the choices taken in Italy through the Legislative Decree no. 177 of 2021. The innovations aim to reduce the gap value, i.e., the difference between the value that digital operators obtain from exploiting protected content and the revenues transferred to the rights holders. Based on this goal, the European legislator established a new, complex balance between rights and interests whose 'natural' conflicts have been exacerbated by the technological evolution: those of authors, artists, and other right holders to an adequate remuneration for the digital exploitation of their content, on the one hand, and the freedoms of expression online and to conduct a business, on the other. The contribution analyses how the innovations came about, who are the actors and the interests involved, and the balances achieved. Finally, it highlights the strengths and weaknesses of the new legislation and the challenges of the future. The issues that arise are broad and open up multiple areas of study, involving different branches of law and intertwining one another.

ESTRATTO: «DIRETTIVA (UE) 2019/790 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO DEL 17 APRILE 2019 SUL DIRITTO D'AUTORE E SUI DIRITTI

* Assegnista di ricerca all'interno del programma *La responsabilità delle piattaforme digitali: inquadramento concettuale e soluzioni operative*, Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università di Verona.

CONNESSI NEL MERCATO UNICO DIGITALE E CHE MODIFICA LE DIRETTIVE 96/9/CE E 2001/29/CE

IL PARLAMENTO EUROPEO E IL CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA,

[...]

considerando quanto segue:

[...]

3) I rapidi sviluppi tecnologici continuano a trasformare il modo in cui le opere e altri materiali sono creati, prodotti, distribuiti e sfruttati, mentre emergono costantemente nuovi modelli di business e nuovi attori. È necessario che la legislazione in materia sia adeguata alle esigenze future, in modo da non limitare l'evoluzione tecnologica. Gli obiettivi e i principi stabiliti dal quadro giuridico dell'Unione sul diritto d'autore rimangono validi. Tuttavia, vi è ancora incertezza giuridica quanto a taluni utilizzi, anche transfrontalieri, delle opere e altri materiali in ambiente digitale, sia per i titolari dei diritti che per gli utilizzatori. In alcuni settori, come indicato nella comunicazione della Commissione del 9 dicembre 2015, dal titolo «Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore», è necessario adeguare e completare l'attuale quadro dell'Unione sul diritto d'autore salvaguardando un elevato livello di protezione del diritto d'autore e dei diritti connessi. [...] Per garantire il buon funzionamento e l'equità del mercato per il diritto d'autore sono altresì opportune norme relative ai diritti sulle pubblicazioni, all'uso di opere o altri materiali da parte dei prestatori di servizi online che memorizzano contenuti caricati dagli utenti e vi danno accesso, alla trasparenza dei contratti per autori e artisti (interpreti o esecutori), alla remunerazione di autori e artisti (interpreti o esecutori), nonché a un meccanismo per la revoca dei diritti che autori e artisti (interpreti o esecutori) hanno trasferito in esclusiva.

HANNO ADOTTATO LA PRESENTE DIRETTIVA [...]».

SOMMARIO: 1. Il tempo della regolazione. – 2. *Ratio* e caratteristiche del nuovo diritto degli editori. – 2.1. I possibili rischi: le esperienze di Germania, Spagna e Francia. – 2.2. La strategia dell'Italia. – 3. Il regime ibrido di responsabilità delle piattaforme che danno accesso a contenuti caricati dagli utenti. – 3.1. I rischi degli strumenti di riconoscimento automatico e le garanzie a tutela della libertà di espressione. – 3.2. Le garanzie a tutela della libertà di impresa e della concorrenza. – 3.3. Il riferimento a concetti indefiniti. – 4. L'ampliamento delle prerogative di autori e artisti. – 4.1. Le cinque misure introdotte. – 5. Il ruolo centrale dell'AGCOM. – 6. Un futuro denso di sfide.

1. Il tempo della regolazione

La direttiva “copyright”¹ ha proseguito il processo di armonizzazione della normativa sul diritto d'autore e i diritti connessi per adeguarla all'evoluzione delle tecnologie digitali. La pubblicazione della sua versione finale sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione il 17 maggio del 2019 ha segnato la fine di un tormentato processo legislativo². La direttiva è stata infatti oggetto di un acceso dibattito presso il Parlamento e il Consiglio, accompagnato da intense campagne di *lobbying* degli oppositori (che hanno incluso pratiche innovative di

¹ Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE.

² Il processo di riforma prende origine dalla proposta di direttiva formulata dalla Commissione nel 2016, che costituiva il risultato di studi e consultazioni intrapresi dal 2013 e che faceva seguito alla comunicazione del dicembre 2015 con cui la Commissione aveva auspicato un aggiornamento della normativa sul diritto d'autore nell'ambito della strategia per il mercato unico digitale. La proposta della Commissione è stata poi sottoposta all'esame del Parlamento e del Consiglio, che hanno approvato la versione finale della direttiva rispettivamente il 26 marzo e il 15 aprile 2019 (con il voto contrario di sei Stati membri, tra cui l'Italia).

Google³ e anche *blackouts* di Wikipedia), così come dei sostenitori. L'*iter* è stato inoltre caratterizzato da forti critiche di parte della comunità accademica, grande attenzione mediatica e dimostrazioni di opposizione della società civile, che è scesa in strada in segno di protesta contro quella che credeva sarebbe stata «la fine di *internet* come lo conosciamo»⁴.

L'attenzione che ha circondato la direttiva si spiega considerando che la disciplina che introduce ha ripercussioni significative sulla società e l'economia. Costituisce uno degli atti normativi con cui l'Unione Europea (di seguito: UE) ha risposto alla domanda di una più incisiva regolazione di alcune delle attività che si svolgono *online*, contribuendo al superamento della concezione di *internet* come spazio libero e refrattario alle regole e alla responsabilizzazione di imprese private ormai divenute grandi centri di potere e infrastrutture fondamentali per la società⁵. L'approccio dell'UE, opposto a quello di Cina e Stati Uniti (i paesi da cui i grandi operatori del *web* provengono), richiede bilanciamenti nuovi tra gli interessi e i diritti che di volta in volta si vogliono tutelare e quelli suscettibili di confliggervi. Nel caso di specie, quelli di autori, artisti e altri titolari di diritti a una giusta remunerazione per lo sfruttamento digitale dei loro contenuti, da un lato, e le libertà di espressione *online* e d'impresa, dall'altro.

Le domande che hanno accompagnato la scrittura della direttiva sono quelle spesso aperte dalle iniziative di regolazione del *web*. Come proteggere i diritti minacciati nell'economia digitale senza compromettere la straordinaria capacità di *internet* di diffondere idee e informazioni? Come evitare che l'esigenza di rispettare nuove regole finisca per disincentivare l'ingresso nel mercato (o agevolare l'uscita dal mercato) di operatori di piccole o medie dimensioni? Il rischio è creare un vantaggio competitivo per i giganti della rete, esacerbando così la tendenza all'elevata concentrazione del mercato digitale⁶. Ancora: come evitare che *standard* diversi tra i diversi Stati finiscano per intro-

³ A fine 2018 sono emerse notizie secondo cui Google aveva finanziato un sito *web* che incoraggiava i visitatori a inviare a eurodeputati e giornali messaggi automatici di opposizione alla direttiva (cfr. M. MOORE, *Google Funds Website that Spams Forlts Causes*, in *The Times*, August 6, 2018 e D. LOWERY, *The Google Funded Astroturf Group that Hached the Eu Copyright vote (in Pictures)*, in *The Trichordist*, July 28, 2018). Alcuni riportano che gli sforzi di Google in materia di *lobbying* sarebbero costati più di \$36M (A. TYNER, *The EU copyright directive: Fit for the Digital Age or finishing it*, in *Journal of Intellectual Property Law*, 2019, pp. 275 ss., p. 278).

⁴ Cfr. U. FURGAL *et al.*, *Memes and Parasites: A Discourse Analysis of the Copyright in the Digital Single Market Directive*, in *CREATe Working Paper*, 2020, 10, p. 2.

⁵ Quanto alle altre iniziative dell'UE di regolamentazione dell'economia digitale, cfr. F. DONATI, *Verso una nuova regolazione delle piattaforme digitali*, in *questa Rivista*, 2021, p. 238 ss. Si segnala in ogni caso che nel 2018 è entrato in vigore il regolamento generale per la protezione dei dati personali (*General Data Protection Regulation*) e che, a partire da fine 2020, la Commissione ha presentato proposte di regolamento in materia di: *governance* dei dati (*Data Governance Act*); sviluppo e impiego dell'intelligenza artificiale (*Artificial Intelligence Act*); trasparenza, sicurezza degli utenti, obblighi e responsabilità dei prestatori *online* di servizi intermediari (*Digital Services Act*); concorrenza nel mercato digitale (*Digital Market Act*).

⁶ Circa le sue ragioni (l'*"extreme return to scale"*, l'amplificazione delle esternalità di rete e il "potere dei dati"), cfr. J. CRÉMER-Y. A. DE MONTJOYE-H. SCHWEITZER, *Competition Law for the Digital Age*, Final report, 2019. Oltre che da ragioni economiche, la concentrazione di un ampio potere in capo a pochi operatori digitali dipende da ragioni politiche: la scarsa regolamentazione nelle fasi di sviluppo e crescita delle imprese, così come la mancanza di interventi delle autorità antitrust. Queste, infatti, non hanno adeguato i criteri della loro azione all'economia digitale, continuando ad applicare parametri «*unequipped to capture the architecture of market power in the modern economy*». Ciò spiega, per esempio, perché grandi società digitali abbiano potuto combattere potenziali concorrenti acquisendoli, come avvenuto nel caso di Facebook con Instagram e Whatsapp. Sul tema, L.M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in *The Yale Law Journal*, 2005, p. 710 ss.

durre ostacoli allo svolgimento delle attività digitali, tipicamente transfrontaliere? Inoltre, visto l'enorme squilibrio di potere tra piattaforme digitali e singoli titolari di diritti, come garantire l'effettività delle tutele introdotte?

Il contributo mette in luce le risposte della direttiva a questi quesiti e le scelte fatte in sede di recepimento in Italia con il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 177⁷, che a tal fine ha novellato la l. 22 aprile 1941, n. 633 (la legge italiana sul diritto d'autore, c.d. LDA). Ciò entro il limitato margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati membri dal legislatore europeo e nel rispetto dei criteri di delega dettati da quello nazionale⁸.

Il contributo si concentra sulle novità introdotte dagli artt. 15, 17 e da 18 a 23 della direttiva, che sono finalizzate a ridurre il *value gap*, ovvero la differenza fra il valore che alcuni operatori digitali ricavano dallo sfruttamento di contenuti protetti e i proventi versati ai titolari dei diritti⁹. Per tutte le fattispecie oggetto di esame, la soluzione del legislatore è l'introduzione di nuovi obblighi in capo a chi ottiene ricavi dallo sfruttamento dei contenuti e nuove prerogative a favore di chi ha partecipato alla loro creazione. Dati questi elementi comuni, gli articoli menzionati mirano a far fronte a due diversi ordini di problemi, entrambi fonte di *value gap*.

Gli artt. 15 e 17 sono diretti a superare lo stato di incertezza (o comunque di mancanza di regolazione uniforme) sul regime di responsabilità applicabile ad alcune attività *online*; incertezza, questa, che comprometteva la capacità di trasferire pienamente al mondo digitale il principio per cui lo sfruttamento di un contenuto protetto deve essere autorizzato e soggetto a una remunerazione. Nel caso dell'art. 15, i soggetti di cui si ampliano le prerogative sono gli editori di pubblicazioni di carattere giornalistico; è infatti riconosciuto loro un nuovo diritto connesso in relazione all'uso *online* dei loro contenuti da parte di operatori come motori di ricerca e aggregatori di notizie. In Italia, è stato recepito inserendo nella LDA il nuovo art. 43-*bis*, che per assicurare l'effettività della tutela degli editori attribuisce molteplici funzioni all'Autorità per le garanzie nelle

⁷ Recante «Attuazione della direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE». Quanto all'*iter*, l'allora schema di decreto è stato sottoposto al parere del Comitato consultivo permanente per il diritto d'autore di cui all'art. 190 della LDA ed è stato poi oggetto di consultazioni con gli operatori organizzate dal Ministero della cultura (di seguito: MIC). Dopo essere stato sottoposto a una prima deliberazione del Consiglio dei ministri ad agosto 2021, è stato inviato alle Commissioni parlamentari competenti, che hanno espresso pareri favorevoli con osservazioni. Modificato in parziale recepimento di queste, il testo è stato sottoposto nuovamente al Consiglio dei ministri, che lo ha definitivamente approvato a novembre 2021.

⁸ Cfr. art. 9 della legge 22 aprile 2021, n. 53, recante «Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2019-2020».

⁹ Le altre novità, non oggetto di analisi, mirano ad adeguare le eccezioni e le limitazioni al diritto d'autore all'ambiente digitale e al contesto transfrontaliero, nonché a garantire un più ampio accesso ai contenuti protetti migliorando le procedure di concessione delle licenze per il loro utilizzo. Per una loro analisi: S. DUSOLLIER, *The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 979 ss.; E. PSYCHOGIOPOULOU, *Cultural rights, cultural diversity and the EUs copyright regime: the battlefield of exceptions and limitations to protected content*, in O. POLLICINO *et al.* (eds), *Copyright and Fundamental Rights in the Digital Age*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2020; J.P. QUINTAIS, *The new copyright in the digital single market directive: A critical look*, in *European Intellectual Property Review*, 2020, p. 28 ss.; T. SHAPIRO-S. HANSSON, *The DSM Copyright Directive: EU Copyright Will Indeed Never Be the Same*, in *European Intellectual Property Review*, 2019, p. 404 ss.

comunicazioni (di seguito: AGCOM)¹⁰. Nel caso dell'art. 17, i soggetti di cui si ampliano le prerogative sono coloro che vantano diritti su contenuti caricati in rete dagli utenti di operatori come YouTube. L'art. 17 ha infatti introdotto un nuovo regime di responsabilità di diritto d'autore per le grandi piattaforme digitali che danno accesso a contenuti caricati da terzi, le quali hanno a lungo giovato di un ampio spazio di de-regolazione (cui le principali avevano in parte risposto in via di auto-regolamentazione). Essendo già il risultato di un complesso bilanciamento, l'art. 17 è stato recepito in modo sostanzialmente letterale dai nuovi artt. da 102-*sexies* a 102-*decies* della LDA.

Gli articoli da 18 a 23 rispondono invece a una problematica connessa al mercato: l'asimmetria di potere tra autori e artisti e soggetti che ne sfruttano le opere e prestazioni è suscettibile di compromettere l'adeguata remunerazione dei primi. Di qui, l'introduzione di misure che incidono su aspetti tradizionalmente rimessi alla libera negoziazione per ampliare le prerogative dei titolari dei diritti d'autore e evitare che la parte più forte tragga vantaggio dagli squilibri di potere. Nel recepire questi articoli, l'Italia ha specificato le tutele e cercato di garantirne l'effettività. A tal fine ha riconosciuto un ruolo centrale alle *collecting societies* (gli enti cui autori e artisti possono rivolgersi per la gestione dei propri diritti¹¹) e all'AGCOM, contrastando abusi di potere negoziale privato anche con la creazione di funzioni amministrative. Il recepimento di queste disposizioni ha inoltre costituito l'occasione per rivedere una serie di previsioni preesistenti della LDA – o per adeguarle perché non più attuali, o per risolvere storture progressivamente emerse, oppure per assicurarne la coerenza sistematica con l'impianto complessivo della legge a seguito dell'intervento di recepimento.

Il contributo analizza *ratio* e caratteristiche del diritto riconosciuto agli editori (par. 2), del regime di responsabilità delle piattaforme che danno accesso a contenuti caricati dai loro utenti (par. 3) e delle nuove prerogative di autori e artisti (par. 4). Evidenzia come si è arrivati a queste novità, quali sono i soggetti coinvolti, i loro interessi, e i bilanciamenti raggiunti. È poi analizzato il ruolo centrale acquisito dall'AGCOM, cui il d.lgs. ha attribuito nuove funzioni in materia di regolazione, vigilanza e composizione dei conflitti, rafforzando così la virata in senso 'amministrativistico' del comparto del diritto d'autore *online* (par. 5). Infine, sono messi in luce pieni e vuoti della nuova normativa e le sfide del futuro (par. 6).

¹⁰ Preposta, come noto, al governo del settore della telecomunicazione e della radiotelevisione dal 1997, anno della sua istituzione (legge 31 luglio 1997, n. 249). Sull'istituzione dell'AGCOM, tra gli altri: L. CARLASSARE, *Gli organi di governo del sistema*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, vol. XXVIII, *Informazione e telecomunicazione*, a cura di R. ZACCARIA, Cedam, Padova, 1999, pp. 119 ss.; E. CHELI-G. D'AMATO, voce *Autorità per le comunicazioni*, in *Enc. dir.*, IV agg., Giuffrè, Milano, 2000, p. 99 ss.; E. FRENI, voce *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1999, p. 1 ss.; A. PACE, *Autorità e libertà nel settore delle telecomunicazioni e della televisione*, in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1999, p. 13 ss.; O. PORCHIA, *L'Autorità di regolamentazione nel settore delle telecomunicazioni: la dimensione nazionale e quella comunitaria*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 181 ss.

¹¹ Sono disciplinate dal d.lgs. 15 marzo del 2017, n. 3, con cui è stata recepita la direttiva 2014/26/UE.

2. Ratio e caratteristiche del nuovo diritto degli editori

Nella valutazione di impatto del 2016 che accompagnava la sua proposta di direttiva, la Commissione europea era giunta alla conclusione che la sostenibilità dell'industria giornalistica europea fosse a rischio nel mercato digitale. Erano pertanto a rischio «il pluralismo dei media, il dibattito democratico, la qualità dell'informazione e la diversità culturale della società europea»¹².

Nonostante il crescente successo *online* delle pubblicazioni giornalistiche, l'aumento dei ricavi digitali non ha compensato le perdite degli editori per il calo delle vendite di giornali cartacei¹³. Tra le altre cose, ciò deriverebbe dallo squilibrio tra il valore che i «prestatori dei servizi della società dell'informazione» ricavano dallo sfruttamento *online* delle pubblicazioni giornalistiche e i ricavi che riconoscono ai loro editori. È vero che motori di ricerca, *social media* e aggregatori di notizie, divenuti il canale principale per leggere le notizie *online*¹⁴, incrementano la visibilità delle pubblicazioni e portano nuovo traffico (e quindi ricavi pubblicitari) ai siti degli editori. Tuttavia, quasi la metà dei lettori si limita agli estratti riportati dai prestatori senza cliccare sui collegamenti agli interi articoli nelle pagine *web* degli editori. Poiché questi non partecipano alle entrate pubblicitarie che i loro contenuti generano per i prestatori, una buona parte del valore delle pubblicazioni è captata in via esclusiva da soggetti che non sostengono le spese per la loro creazione¹⁵.

L'art. 15 della direttiva –adottato dopo anni di dibattiti accesi e fortemente polarizzati¹⁶ – vuole far fronte a questa situazione. Riconosce agli editori il di-

¹² Cfr. *Commission staff working document impact assessment on the modernisation of EU copyright rules*, 2016, p. 160.

¹³ Cfr. *ivi*, p. 156.

¹⁴ La Commissione notava che *social media* (22 %), aggregatori di notizie (14 %) e motori di ricerca (21%) costituivano nel loro insieme la fonte principale di accesso alle notizie *online* per il 57% dei consumatori europei nel 2016 (cfr. *ivi*, p. 157).

¹⁵ Si noti che la circostanza di creare valore facilitando le interazioni tra consumatori e beni e servizi prodotti da soggetti terzi costituisce una caratteristica comune a molte piattaforme digitali. Come evidenziava già nel 2015 Tom Goodwin, «*Uber, the world's largest taxi company, own no vehicles, Facebook, the world's most popular media owner, creates no content. Alibaba, the most valuable retailer, has no inventory. And Airbnb, the world's largest accommodation provider, owns no real estate*» (Cfr. G.G. PARKER-M.W. VAN ALSTYNE-S.P. CHOUDARY, *Platform revolution: How networked markets are transforming the economy and how to make them work for you*, WW Norton & Company, New York, 2016, p. 8 e ss.). In ogni caso, non vi sono tratti fisionomici comuni che permettono di ricondurre le piattaforme digitali a un modello unitario – fatto salvo che tutte estraggono dati personali dai consumatori e ne ricavano valore. Per una trattazione del tema, A. CANEPA, *I mercanti dell'era digitale. Un contributo allo studio delle piattaforme*, Giappichelli, Torino, 2020.

¹⁶ Non vi è infatti unanimità sull'esigenza di tutelare gli editori dai modelli di *business* sviluppati dalle piattaforme digitali. Secondo alcuni, il legislatore europeo avrebbe introdotto una forma di 'sovvenzione mascherata' agli editori in risposta alla crisi dell'industria giornalistica, e in mancanza di solide evidenze empiriche circa un'iniqua ripartizione del valore ottenuto dallo sfruttamento digitale dei contenuti. D'altra parte, la difficoltà di produrre queste analisi deriva anche dall'"opacità" degli algoritmi che classificano e distribuiscono i contenuti e dall'assenza di trasparenza sui dati relativi al comportamento dei consumatori – circostanza che testimonia la situazione di debolezza in cui si trovano gli editori rispetto ai grandi operatori digitali. Per una ricostruzione complessiva degli argomenti a favore e contro il nuovo diritto: T. HÖPPNER-M. KRETSCHMER-R. XALABARDER, *CREATE Public Lectures on the Proposed EU Right for Press Publishers*, in *European Intellectual Property Review*, 2017, p. 607 ss. Per le diverse critiche sommariamente esposte nel proseguo: *Open Letter to Members of the European Parliament and the Council of the European Union: EU Copyright Reform Proposals Unfit for the Digital Age*, April 24, 2017, e *Statement from European academics on proposed Press Publishers'*

ritto esclusivo di autorizzare “riproduzione” e “messa a disposizione del pubblico” *online* delle loro pubblicazioni da parte dei prestatori¹⁷. Si tratta di un diritto connesso al diritto d’autore, finalizzato a proteggere gli investimenti imprenditoriali per la produzione dei contenuti creativi: si vuole evitare che terzi ne usufruiscano liberamente, compromettendo la capacità di chi ha finanziato la creazione di trarne profitto. Nelle intenzioni del legislatore, infatti, il nuovo diritto dovrebbe permettere agli editori di ottenere un compenso dai prestatori durante la negoziazione per le licenze di autorizzazione all’uso dei loro contenuti¹⁸.

In tal modo, la tutela degli editori di pubblicazioni giornalistiche è stata equiparata a quella accordata da tempo ad altri soggetti con un ruolo simile in termini di investimenti e contribuzione al processo creativo; si pensi al produttore e agli organismi di radiodiffusione televisiva per il settore audiovisivo, o al produttore di fonogrammi per quello musicale¹⁹. In ragione del breve ciclo economico delle notizie, il nuovo diritto degli editori si estingue però trascorsi soli due anni dalla pubblicazione dell’opera, laddove quelli riconosciuti ai produttori audiovisivi e musicali durano di regola cinquant’anni²⁰.

Un’altra caratteristica del nuovo diritto è che alcune attività sono escluse dal suo ambito di applicazione. Ciò per assicurare un giusto equilibrio tra la protezione accordata agli editori e l’interesse alla libera circolazione dell’informazione *online*, rispondendo alle preoccupazioni espresse da ambienti accademici e organizzazioni dei consumatori circa il rischio di rendere più difficile l’accesso digitale alle notizie. Ai sensi delle eccezioni, la cui efficacia è dibattuta, il diritto degli editori non si applica: agli utilizzi privati o non commerciali da parte di singoli utilizzatori, all’utilizzo di singole parole o di «estratti molto brevi di pubblicazioni giornalistiche»²¹ e ai collegamenti ipertestuali²².

Right, April 25, 2018. Per un’analisi di alcune delle risposte adottate al di fuori dall’Europa in materia di rapporti tra editori e piattaforme, G. COLANGELO, *Enforcing copyright through anti-trust? The strange case of news publishers against digital platforms*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2022, p. 133 ss.

¹⁷ L’art. 15 riconosce infatti loro i diritti previsti all’art. 2 e all’art. 3, par. 2, della direttiva 2001/29/CE (c.d. InfoSoc).

¹⁸ Ai sensi dell’art. 15, par. 5, “una quota adeguata” di questo compenso deve essere trasferita agli autori delle opere incluse nelle pubblicazioni giornalistiche. Questa previsione, che sembra aver costituito una garanzia cruciale per convincere le organizzazioni dei giornalisti a sostenere il nuovo diritto, ha suscitato diverse critiche: se la *ratio* dell’art. 15 è supportare gli investimenti degli editori non sarebbe razionale divergere una parte della retribuzione a favore degli autori (cfr. U. FURGAL, *The EU press publishers’ right: where do Member States stand?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2021, p. 887 ss., p. 891 e S. DUSOLLIER, *op. cit.*, p. 1008). Un’ulteriore garanzia in loro tutela è prevista dall’art. 15, par. 2; chiarisce che il diritto degli editori si aggiunge agli altri diritti già esistenti in capo agli autori relativamente a opere e altri materiali inclusi in una pubblicazione giornalistica; resta pertanto fermo il loro diritto di sfruttare i propri contenuti in modo indipendente dall’opera in cui sono inclusi.

¹⁹ Il legislatore europeo, infatti, aveva riconosciuto loro fin dal 2001 il diritto di autorizzare “riproduzione” e “messa a disposizione del pubblico” dei contenuti di loro pertinenza.

²⁰ Cfr. *Commission staff working document*, p. 162.

²¹ L’eccezione relativa agli estratti molto brevi, più che tutelare la circolazione dell’informazione, rischierebbe di compromettere il corretto funzionamento di un mercato digitale unico e di generare contenziosi. Il primo rischio deriva dalla mancata definizione da parte del legislatore europeo del concetto di estratti molto brevi; il secondo dalle definizioni di alcuni Stati, tra cui l’Italia e la Francia. Entrambe hanno adottato una definizione concettuale, priva di riferimenti a soglie massime di parole utilizzabili. In Italia, l’estratto molto breve è qualsiasi porzione della pubblicazione «che non dispensi dalla necessità di consultazione dell’articolo giornalistico nella sua integrità» (art. 43-bis, comma 7, della LDA). In Francia, il nuovo diritto non si applica nel caso di utilizzazione di «*très courts extraits d’une publication de presse*», eccezione che non

2.1. I possibili rischi: le esperienze di Germania, Spagna e Francia

La principale critica degli oppositori all'art. 15 riguardava il rischio di rendere ancor più dominanti gli editori più affermati e i grandi operatori digitali, a discapito dei *players* più piccoli e dell'ingresso sul mercato di nuovi operatori. Da una parte, solo gli editori più affermati riuscirebbero a negoziare e ottenere un compenso per lo sfruttamento dei loro contenuti; dall'altra, i grandi operatori digitali avrebbero meno difficoltà nel sostenere i costi di adeguamento all'art. 15 rispetto a *start-up* e piccole imprese. Inoltre, non sarebbe da escludere che i giganti della rete abbiano il potere di svincolarsi dai pagamenti: per gli editori potrebbe risultare più dannoso non comparire sui loro servizi, e perdere così traffico referenziale, piuttosto che concedergli licenze gratuite. D'altronde, l'art. 15 non riconosce agli editori il diritto a un compenso, ma solo quello di autorizzare l'utilizzo dei propri contenuti.

Effettivamente vi sono elementi per ritenere che i possibili comportamenti ostili dei grandi operatori del *web* renderebbero vano (se non addirittura controproducente) il diritto previsto dall'art. 15. È quanto sembrano testimoniare i casi di Germania e Spagna, che avevano adottato un diritto simile a quello dell'art. 15 prima del legislatore europeo²³. In Germania, una legge del 2013 aveva riconosciuto agli editori il diritto di autorizzare motori di ricerca e operatori simili ad utilizzare i propri contenuti. In risposta alle richieste di pagamento delle licenze di autorizzazione, Google aveva cessato di utilizzare estratti di pubblicazioni, provocando una decisa riduzione dei rinvii alle testate tedesche. Di qui la decisione di alcuni editori di concedere licenze gratuite per riapparire su Google News²⁴. In Spagna, una legge del 2014 aveva riconosciuto agli edi-

deve però «*affecter l'efficacité des droits ouverts*», circostanza che si verifica quando «*l'utilisation de très courts extraits se substitue à la publication de presse elle-même ou dispense le lecteur de s'y référer*» (art. L. 211-3-1 del *Code de la propriété intellectuelle*, introdotto dalla *loi n° 2019-775 du 24 juillet 2019*). Si tratta di approcci conformi alla volontà di non pregiudicare il nuovo diritto: in casi concreti, anche poche parole potrebbero fornire informazioni sufficienti perché i lettori si ritengano soddisfatti e non approfondiscano la notizia sul sito dell'editore. D'altra parte, rimettere il discrimine alla sensibilità del lettore rischia di compromettere la certezza del diritto; per questo, il ricorso a una definizione concettuale era stato oggetto di cesure sia da parte di alcune delle commissioni parlamentari chiamate ad esprimersi sullo schema di decreto italiano che dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (cfr. Il parere del Presidente dell'AGCM dell'8 settembre 2021 sullo schema di decreto).

²² L'eccezione relativa ai collegamenti ipertestuali non assicurerebbe un'effettiva tutela dei *link* in quanto non chiarisce come trattarli quando siano combinati con parole e testi estratti dall'articolo cui rimandano; ciò benché un *link* “nudo” sia privo di utilità: non permette di determinare se la risorsa cui si rivolge sia degna di lettura. Se i *link* non possono più contenere liberamente un estratto del contenuto cui indirizzano, la libertà di collegamento sarebbe minata: anche i *link* richiederebbero un'autorizzazione degli editori (cfr., tra i tanti: R. HILTY-V. MOSCON, *Modernisation of the EU Copyright Rules Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition*, 2017, p. 87; A. TYNER, *op. cit.*, p. 281; Felix Reda discusses the current Proposal for a Directive on copyright in the Digital Single Market, in *Kluwer Copyright Blogger*, 2018). Ciò spiega perché il nuovo diritto sia stato denominato “*link tax*”, e perché durante l'*iter* sia stata portata avanti la campagna “*save the link*”. A mio avviso, l'effettiva sussistenza di questo rischio dipenderà da come sarà interpretato il rapporto tra le due eccezioni: se si riterrà che possano cumularsi, la libertà di collegamento non sarà minata; i *link* contenenti estratti delle pubblicazioni cui rimandano saranno liberi.

²³ Per maggiori informazioni sui casi di Germania e Spagna, cfr. R. HILTY-V. MOSCON, *op. cit.* e T. HÖPPNER *et al.*, *op. cit.* La stessa Commissione aveva notato nella sua analisi di impatto come «*None of these two recent 'ancillary rights' solutions at national level have proven effective to address publishers' problems so far, in particular as they have not resulted in increased revenues for publishers from the major online service providers*» (p. 160).

²⁴ Successivamente, la società di gestione collettiva VG Media aveva intrapreso un'azione

tori il diritto irrinunciabile di ottenere un compenso per l'utilizzo *online* dei loro contenuti. Poche settimane dopo la sua approvazione, Google News e diversi operatori domestici avevano cessato di operare in Spagna, generando una riduzione del traffico alle pubblicazioni spagnole²⁵.

Anche il caso della Francia, che per prima ha recepito l'art. 15²⁶, sembra testimoniare che l'ostilità dei grandi operatori digitali rischia di compromettere l'effettività del nuovo diritto. A seguito dell'entrata in vigore della legge francese di recepimento dell'art. 15, Google, in modo simile a quanto aveva fatto in Germania, aveva deciso che non avrebbe più mostrato estratti di articoli sui suoi servizi a meno che gli editori non gli avessero concesso licenze gratuite. Pur di non essere deindicizzati, e perdere così del traffico *internet* fondamentale, l'87% degli editori aveva acconsentito, vedendosi applicate condizioni ancora più sfavorevoli di quelle precedenti l'entrata in vigore della nuova legge. D'altra parte, gli editori che non avevano autorizzato Google a utilizzare i loro contenuti gratuitamente avevano visto una significativa riduzione del traffico sui loro siti.

Se quanto verificatosi in Francia era in parte prevedibile dati i pregressi di Germania e Spagna, il caso francese risulta comunque di interesse: sembra testimoniare che i margini di intervento per garantire l'effettività della tutela degli editori vadano ricercati in profili di diritto della concorrenza. Con una decisione in urgenza del 2020²⁷, l'Antitrust francese ha qualificato il comportamento di Google come un abuso di posizione dominante²⁸; nell'attesa di una decisione definitiva, ha pronunciato diverse ingiunzioni contro il gigante di Mountain View²⁹. Poiché Google non le ha rispettate, nel 2021 gli ha inflitto una sanzione di € 500 M³⁰. L'*Autorité* gli ha poi ordinato di soddisfare le domande degli editori che vogliono riaprire le negoziazioni, presentando loro una proposta di remunerazione e le informazioni per valutarne l'adeguatezza entro due mesi dalla richiesta di ciascun editore – pena l'applicazione di una sanzione di € 300.000 per ogni giorno di ritardo.

L'autorità antitrust (così come la Corte di appello di Parigi, cui Google si era

per danni contro Google presso la giustizia civile e fatto valere presso l'antitrust tedesca che il gigante del *web* stesse abusando della sua posizione dominante per violare lo spirito della norma – poi invalidata dalla Corte di giustizia per vizi di forma. Infatti, benché "regola tecnica" rivolta ai servizi della società dell'informazione, era stata introdotta in mancanza di una notifica preliminare alla Commissione, in violazione della procedura di informazione disciplinata dalla Direttiva 98/34/CE (cfr. Corte di giustizia, 12 settembre 2019, causa C-299/17).

²⁵ L'effettiva riduzione del traffico ai siti degli editori spagnoli dovuto alla chiusura di Google News è dibattuta. Secondo alcuni sarebbe stata del 10/15% (A. TYNER, *op. cit.*, p. 1005). Altri affermano che non sarebbe stata così rilevante, e che in ogni caso la riduzione del traffico indotta sarebbe stata compensata da un incremento di quello diretto (cfr. NEWS MEDIA ALLIANCE, *The Effects of the Ancillary Right for News Publishers in Spain and the Resulting Google News Closure*, 2019).

²⁶ Cfr. la *loi* n° 2019-775.

²⁷ Decisione 20-MC-del primo aprile 2020.

²⁸ Secondo l'Autorità, al momento della decisione Google deteneva una quota del mercato francese dei servizi di ricerca generalista pari a circa il 90%.

²⁹ Tra queste, figurava l'obbligo di condurre negoziazioni in buona fede con gli editori, e ciò entro tre mesi da una richiesta in tal senso di ciascun editore. Era inoltre imposto a Google di fornire le informazioni necessarie per una valutazione del compenso proposto. Per garantire una negoziazione equilibrata, l'Autorità gli aveva inoltre vietato di apportare modifiche alle condizioni di visualizzazione, indicizzazione, classificazione o presentazione dei contenuti al solo fine di influenzare l'esito delle trattative.

³⁰ Decisione 21-D-17 del 12 luglio 2021.

rivolto³¹) non ha messo in dubbio che la legge francese riconosce agli editori solo il diritto di autorizzare o rifiutare lo sfruttamento dei propri contenuti da parte dei prestatori. Non prevede un obbligo per i prestatori di utilizzarli, né il divieto per gli editori di disporne gratuitamente. Di qui, l'affermazione di Google che non sarebbe vietato chiedere il consenso degli editori per la ripresa a titolo gratuito di estratti di pubblicazioni. L'*Autorité* ha respinto questo argomento evidenziando che il nuovo diritto implica che gli editori, di principio liberi di concedere licenze gratuite, devono essere posti nelle condizioni di domandare una giusta remunerazione per l'utilizzo dei loro contenuti. Dato che ciò presuppone una negoziazione tra le parti, il rifiuto generalizzato di Google di trattare, reso possibile dalla sua posizione dominante, contrasta con lo spirito della norma.

2.2. La strategia dell'Italia

Nel recepire l'art. 15, l'Italia si è mostrata consapevole dei possibili comportamenti ostili dei *gatekeepers* di internet e della disparità di potere tra questi e gli editori. Il nuovo art. 43-*bis* della LDA prevede infatti misure ulteriori a quelle della direttiva per garantire l'effettività del nuovo diritto.

L'articolo non si limita a riconoscere agli editori il diritto di autorizzare "riproduzione" e "messa a disposizione del pubblico" dei propri contenuti da parte dei prestatori (come fa la direttiva)³²; prevede anche che hanno diritto a un "equo compenso" per tali utilizzi. Da un'interpretazione letterale – smentita dalla relazione illustrativa del d.lgs. 177/2021 – il compenso sembrerebbe irrinunciabile, come nel caso spagnolo³³. In secondo luogo, l'art. 43-*bis* attribuisce un ruolo centrale all'AGCOM, cui sono riconosciute funzioni di regolazione, vigilanza, sanzione e composizione dei conflitti che dovrebbero consentirle di 'riequilibrare' le posizioni delle parti nel corso delle trattative.

Queste funzioni amministrative, introdotte a tutela di interessi privati individuali a contenuto patrimoniale, sono finalizzate al perseguimento dell'interesse pubblico. Secondo il legislatore europeo, per garantire la sostenibilità dell'industria giornalistica occorre redistribuire il valore ottenuto dallo sfruttamento digitale dei contenuti: è evidente, allora, che una composizione equilibrata dei rapporti tra piattaforme e editori presenta profili di interesse sociale, in termini di pluralismo, indipendenza dei media e qualità dell'informazione.

All'Autorità è riconosciuto un duplice ruolo fondamentale. Innanzitutto, deve precisare, in via generale, i criteri cui le parti devono attenersi per la determinazione dell'equo compenso, delineati in modo esemplificativo dalla

³¹ Con la sentenza del 4 aprile 2019, la Corte di appello di Parigi ha sostanzialmente confermato la decisione dell'Antitrust, che è poi divenuta definitiva, dato che Google non ha proposto ricorso in Cassazione.

³² Cfr. art. 43-*bis*, comma 1.

³³ Cfr. art. 43-*bis*, comma 8, ai sensi del quale «Per l'utilizzo online delle pubblicazioni di carattere giornalistico i prestatori di servizi della società dell'informazione riconoscono ai soggetti di cui al comma 1 un equo compenso». Sul tema, cfr. C. SGANGA-M. CONTARDI, *The new Italian press publishers' right: creative, fairness-oriented... and invalid?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2022, p. 421 ss., che evidenziano come la scelta di fare riferimento al termine 'compenso' anziché a quella di 'retribuzione' fornisce «*the undue impression that the sum stems from the exercise of an exception or from a mandatory collective management scheme instead that from a voluntary license agreement*»; infatti, «*the word 'compensation' is typical of exceptions and mandatory licensing settings, when exclusive rights turn into remuneration rights*».

legge³⁴. In secondo luogo, può essere chiamata a determinare il compenso dovuto nel caso di specie qualora editori e prestatori non raggiungano un accordo.

Nel definire i criteri per la determinazione dell'equo compenso, l'AGCOM deve fornire alle parti una gamma di strumenti per la conduzione delle trattative, da improntare ai principi di correttezza e buona fede. L'attribuzione di questo compito all'Autorità si spiega considerando l'elevato grado di esperienza e competenze tecniche necessarie per la definizione dei criteri, nonché con l'esigenza che questa avvenga a seguito di una fase di dibattito e consultazione con le parti interessate. Secondo una prassi ormai consolidata, l'AGCOM assicura infatti forme di contraddittorio e consultazione preventiva dei soggetti interessati dall'esercizio del suo potere regolatorio, "recuperando" così per via procedimentale il *deficit* di legittimazione democratica di cui soffre in quanto autorità indipendente³⁵. La circostanza di operare con procedure partecipate, in cui predominano l'obbligo di informare, ascoltare e motivare, costituisce d'altronde una caratteristica comune alle autorità amministrative indipendenti³⁶. Oltre a definire i criteri per la determinazione del compenso, l'AGCOM è chiamata a vigilare che i prestatori forniscano agli editori dati sui ricavi che ottengono dall'uso dei loro contenuti³⁷, indispensabili per verificare se il compenso proposto sia effettivamente "equo". L'attività di vigilanza è concretizzata dal potere di sanzionare le violazioni³⁸.

Come anticipato, in aggiunta a precisare i criteri su cui le parti devono basarsi per la determinazione dell'equo compenso, l'AGCOM è chiamata a determinare il compenso dovuto nel caso di specie se le parti non raggiungano un accordo. Questa funzione si intreccia così con quella di regolazione: la definizione di un singolo caso, seppur diretta alle sole parti coinvolte, è suscettibile di produrre effetti sul mercato, in termini di esempio o *moral suasion*, traducendosi in raccomandazioni per l'intero sistema sui compensi dovuti e orientando le trattative future (c.d. *regulation by litigation*)³⁹.

³⁴ Cfr. art. 43-bis, comma 8, secondo periodo. Si noti che i piccoli editori e l'AGCOM hanno criticato alcuni dei parametri previsti dalla legge per la definizione dell'entità dell'equo compenso ("gli anni di attività e la rilevanza del mercato degli editori" e "il numero di giornalisti impiegati"), considerati suscettibili di favorire gli editori *incumbent*, a discapito di quelli nuovi e di dimensioni minori (cfr. il parere del Presidente dell'AGCOM sullo schema di decreto). Altri hanno invece rilevato che alcuni parametri rispondono a una visione dell'informazione propria del mondo "analogico", non in linea con l'evoluzione del fenomeno in ambiente digitale (cfr. A. PRETA-L. ZOBOLI, *Enforcement del diritto d'autore. L'equo compenso derivante dall'utilizzo online delle pubblicazioni a carattere giornalistico*, in *MediaLaws*, 2022).

³⁵ Com'è noto, il *deficit* deriva dalla sottrazione delle autorità amministrative indipendenti al potere di indirizzo politico e di controllo del Governo. Per una trattazione compiuta del tema: E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2019; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, il Mulino, Bologna, 2005; F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, p. 273 ss.

³⁶ Come evidenziato da S. CASSESE, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 102 ss., cui si rimanda per una disamina degli altri tratti spesso ricorrenti nelle autorità amministrative indipendenti, fermo restando la difficoltà di ricondurle a un 'sistema'.

³⁷ Ciò a seguito di una richiesta in tal senso da parte degli editori, che può essere realizzata anche tramite le *collecting societies* o la stessa AGCOM.

³⁸ Cfr. art. 43-bis, comma 12.

³⁹ Sul tema, tra gli altri: M. RAMAJOLI, *Tutele differenziate nei settori regolati*, in questa *Rivista*, 2015.

Più precisamente, l'art. 43-bis ha delineato una procedura che va ad ampliare ulteriormente le già variegata tipologie di *Alternative Dispute Resolution (ADR)*⁴⁰ affidate alle autorità amministrative indipendenti⁴¹. È infatti previsto che ciascuna parte può rivolgersi all'Autorità se entro trenta giorni dalla richiesta di avvio del negoziato non è raggiunto un accordo; in questi casi, l'AGCOM indica quale proposta economica formulata considera adeguata o, in sua mancanza, definisce d'ufficio il compenso dovuto⁴². Si noti che l'intervento dell'Autorità è frutto di una scelta delle parti: si tratta di un meccanismo alternativo al ricorso all'autorità giudiziaria, e non di una conciliazione obbligatoria pregiudiziale.

Diverse previsioni lasciano intendere che l'AGCOM debba esprimersi anche in assenza della volontà di contrarre di una delle parti, e quindi pure nell'ipotesi in cui il prestatore non sia interessato ad 'acquistare' contenuti dell'editore: si è detto che per il suo intervento è sufficiente la domanda di *una* parte e che sia trascorso del tempo dalla richiesta di avvio del negoziato di *una* parte. Inoltre, l'Autorità indica l'ammontare dell'equo compenso anche quando una parte regolarmente convocata non si sia presentata. Si avverte qui la tensione del legislatore a introdurre un obbligo a contrarre in capo ai prestatori per evitare che le richieste di negoziazione degli editori non siano soddisfatte. A questa tensione limitativa della libertà negoziale e di impresa si accompagna però la circostanza che il percorso presso l'Autorità non conduce ad una vera e propria decisione: si tratta, piuttosto, di una proposta non vincolante di definizione del compenso, all'interno di un procedimento di natura facilitativa. È infatti previsto che le parti possono comunque non giungere alla stipula del contratto, con la specificazione che in questi casi ciascuna può adire il giudice, anche per abuso di dipendenza economica⁴³.

Il ruolo di garante del corretto equilibrio tra le parti attribuito all'AGCOM dall'insieme delle funzioni descritte dovrebbe scongiurare gli effetti verificatesi

⁴⁰ Com'è noto, l'acronimo *ADR* si riferisce a una compagine eterogenea di procedure (nate negli Stati Uniti e progressivamente affermatesi nei paesi di *civil law* sotto l'impulso della Commissione europea) finalizzate alla trattazione delle liti in un ambito diverso da quello giurisdizionale e la cui peculiarità consiste principalmente «nel saper sfruttare dinamiche lontane da quella avversariale, senza enfatizzare il carattere antagonista del conflitto e coltivando la logica della partecipazione e dell'integrazione» (cit. F. DANOVI, *ADR: finalità e modelli*, in F. DANOVI-F. FERRARRIS (a cura di), *ADR una giustizia complementare*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 1 ss., p. 9, cui si per un approfondimento sulle *ADR*, nonché per la bibliografia sul tema).

⁴¹ Infatti, le *ADR* hanno progressivamente trovato spazio presso alcune autorità amministrative indipendenti, chiamate così a risolvere conflitti tra privati che interessano i settori di loro competenza. Ciò è spesso avvenuto su spinta di normative europee, e in conformità al fatto che la "crisi della giustizia" è stata particolarmente avvertita nei settori nevralgici dell'economia cui le autorità sono preposte. Oltre che vantaggi in termini di speditezza, tempestività e semplificazione, l'intervento delle autorità è funzionale ad assicurare che controversie altamente tecniche siano gestite da soggetti con esperienza elevate e competenze specialistiche. Ad oggi, in tutti i settori regolati (energia elettrica, gas naturale, comunicazioni elettroniche, trasporti, mercati finanziari) esistono numerose varianti di soluzione stragiudiziale delle controversie. Per un approfondimento, tra gli altri: M. DELSIGNORE-M. RAMAJOLI, *ADR e pubblica amministrazione*, in F. Danovi-F. Ferraris (a cura di), *ADR una giustizia complementare*, cit., p. 239 ss.

⁴² Cfr. art. 43-bis, comma 10.

⁴³ L'approccio italiano somiglia quindi solo parzialmente a quello adottato dal legislatore australiano per sanare gli squilibri contrattuali tra editori e piattaforme, per una cui analisi si rimanda a B. BARNET-D. BOSSIO-T. FLEW-J. MEESE-T. LEAVER, *Australia's News Media Bargaining Code and the global turn towards platform regulation*, in *Policy & Internet*, 2022, p. 136 ss.; G. COLANGELO, *Enforcing copyright through antitrust?*; K. KEMP, *Australia's Draft News Media Bargaining Code*, in *Competition Law International*, 2020, p. 151 ss.

in Germania e Francia, dove gli editori hanno rinunciato al compenso concedendo licenze gratuite a seguito della minaccia di forme di deindicizzazione dei contenuti. Tanto più che è espressamente previsto che l'obbligo di buona fede potrebbe risultare violato in caso di ingiustificata limitazione della visibilità dei contenuti degli editori nei risultati di ricerca nella fase delle trattative.

Resta fermo che l'Italia, come la Francia, non ha introdotto in capo ai prestatori l'obbligo di acquistare i contenuti degli editori, né il divieto in capo a questi ultimi di rilasciare licenze gratuite. È vero che l'art. 43-*bis* presenta una 'tensione' in tal senso; questa, oggetto di cesure da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)⁴⁴, è però bilanciata da previsioni dirette a scongiurare eccessivi travalimenti dei limiti posti dal legislatore europeo e dalla delega parlamentare, violazioni del principio dell'autonomia negoziale e della libertà d'impresa e possibili effetti anticoncorrenziali. Pertanto, anche in Italia i prestatori sono liberi di decidere se cessare di utilizzare i contenuti degli editori o se continuare a farlo a titolo oneroso. Nel caso della Spagna, Google ha mostrato di preferire la prima alternativa.

3. Il regime ibrido di responsabilità delle piattaforme che danno accesso a contenuti caricati dagli utenti

L'art. 17 della direttiva – in Italia recepito in modo sostanzialmente letterale in quanto già risultato di un complesso bilanciamento – ha introdotto un regime speciale di responsabilità di diritto d'autore per i "prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online*", divenuti una delle principali fonti di accesso ai contenuti protetti⁴⁵.

Si tratta degli operatori che consentono agli utenti di caricare sui propri servizi i contenuti desiderati, resi poi consultabili in *streaming* dalla generalità del pubblico. La consultazione avviene solitamente a titolo gratuito ma non a "prezzo zero": com'è noto, il pubblico accetta, oltre che di sottoporsi a messaggi pubblicitari dalla personalizzazione pressoché perfetta, di cedere i propri dati alle piattaforme, che si remunerano tramite la vendita a terzi di inserzioni pubblicitarie⁴⁶. YouTube costituisce l'esempio più noto di questi operatori, che hanno segnato il passaggio di *internet* da spazio in cui il pubblico si limitava ad usufruire dei contenuti depositati a ambiente interattivo, in cui gli utenti caricano materiale, pensieri e contenuti e interagiscono tra loro.

⁴⁴ Ha infatti ritenuto che l'impianto complessivo dell'art. 43-*bis* «appare travalicare i limiti posti dal legislatore europeo e dalla delega parlamentare, introducendo fattispecie soggettive e oggettive non previste dalla disciplina eurounionale e individuando meccanismi negoziali limitativi della libertà contrattuale degli operatori economici. Le tutele accordate dalla Direttiva Copyright non dovrebbero, infatti, essere perseguite con strumenti di natura pubblicitaria – peraltro particolarmente invasivi – e con interventi di regolazione che determinano ingiustificati vincoli alla autonomia negoziale delle parti [...]» (cfr. il parere del Presidente dell'AGCM sullo schema di decreto).

⁴⁵ Cfr. considerando n. 61 della Direttiva.

⁴⁶ Si tratta di quello che è stato definito "capitalismo della sorveglianza", fondato sui *big data* e le capacità di analisi degli algoritmi e diretto «to predict and modify human behavior as a means to produce revenue and market control» (cfr. S. ZUBOFF, *Big other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization*, in *Journal of Information Technology*, 2015, p. 75). Per una trattazione del tema, tra gli altri, F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, Boston, 2015.

Nel 2016 la Commissione aveva evidenziato che i prestatori in esame non retribuivano in modo adeguato i titolari dei diritti; rispetto agli introiti considerevoli ottenuti dalla distribuzione di contenuti protetti, versavano loro proventi insignificanti – tanto più se paragonati a quelli riconosciuti invece ad autori e artisti da operatori di servizi di *streaming* a pagamento. Oltre che un danno ai titolari dei diritti, ne risultava pertanto una situazione di concorrenza sleale⁴⁷.

Questa situazione è dipesa dalle incertezze sul regime di responsabilità in materia di diritto d'autore applicabile ai prestatori in esame nel contesto normativo applicabile prima della direttiva⁴⁸. L'art. 17 è intervenuto a superare queste incertezze, risolvendo *ex lege* le controversie a riguardo che pendevano presso la Corte di giustizia⁴⁹, che all'epoca dell'adozione della direttiva non si era ancora espressa⁵⁰.

Innanzitutto, l'art. 17, par. 1, chiarisce che i prestatori in esame, nel dare accesso al pubblico a contenuti caricati dagli utenti dei loro servizi, effettuano un atto rilevante per il diritto d'autore, la "comunicazione al pubblico"⁵¹. Ne deriva che diventa loro applicabile quanto previsto dall'art. 3 della direttiva InfoSoc, ai sensi del quale la "comunicazione al pubblico" di un contenuto presuppone un'autorizzazione di chi ha contribuito alla sua creazione, autorizzazione che assume di regola la forma di un accordo di licenza concessa dietro un compenso. Qualificando l'atto del prestatore come una comunicazione, il legislatore chiarisce quindi che spetta ai prestatori ottenere un'autorizzazione⁵²

⁴⁷ Ciò sembrava particolarmente vero nel settore musicale. Nel 2016 le piattaforme che concedono accesso a contenuti caricati da terzi, divenute la principale fonte di accesso *online* alla musica, con oltre 900 M di utenti, avrebbero riconosciuto ai titolari dei diritti \$ 553 M. Nello stesso anno, prestatori come Spotify e Apple Music, con circa 212 M di utenti complessivi, avrebbero versato invece ai titolari dei diritti oltre \$ 3,9 B (cfr. *Global Music Report 2017: Annual State of the Industry*, p. 25). Per dati più recenti, si veda l'ultimo rapporto dell'industria musicale francese; evidenza che nel 2019 il contributo di YouTube al complesso delle entrate dei musicisti per lo sfruttamento *streaming* delle loro opere e prestazioni sarebbe stato dell'11%, e ciò benché il 47% del tempo dedicato all'ascolto di musica in *streaming* sia speso su YouTube (cfr. Syndicat National de l'Édition Phonographique, *L'économie de la production musicale*, 2020, p. 118).

⁴⁸ Art. 3, par. 1, della direttiva InfoSoc e art. 14, par. 1, della direttiva 2000/31/EC (c.d. E-Commerce).

⁴⁹ Cfr. cause riunite C-682/18 Peterson/Google YouTube e C-683/18 Elsevier/Cyando. Le domande poste alla Corte, presentate nell'ambito di controversie per violazioni a diritti d'autore commesse da utenti di YouTube e Cyando, vertevano proprio, tra le altre cose, sull'interpretazione dell'art. 3, par. 1, della direttiva InfoSoc e dell'art. 14, par. 1, della direttiva E-commerce.

⁵⁰ La Corte si è espressa il 22 giugno 2021, interpretando la normativa applicabile prima dell'entrata in vigore della direttiva in senso sostanzialmente favorevole alle piattaforme.

⁵¹ Oltre che alla "comunicazione al pubblico", l'art. fa riferimento alla "messa a disposizione del pubblico"; Poiché questa fa comunque parte dell'area concettuale della comunicazione, è possibile, per semplificare, usare il termine comunicazione per designare entrambe.

⁵² La direttiva non dà una definizione del termine "autorizzazione" e non prescrive le modalità con cui ottenerla. Secondo alcuni, un utile strumento sarebbe rappresentato dal meccanismo delle licenze collettive con effetto esteso (cfr., J. AXHAMN, *The New Copyright Directive: Collective licensing as a way to strike a fair balance between creator and user interests in copyright legislation (Article 12)*, in *Kluwer Copyright Blog*, 2019). L'art. 12 della direttiva ha riconosciuto agli Stati la facoltà di introdurre meccanismi di questo tipo, già collaudati in alcuni paesi del nord Europa. Permettono a un organismo di gestione collettiva di rilasciare licenze anche per lo sfruttamento di contenuti su cui vantano diritti soggetti che non abbiano conferito mandati di rappresentanza. *Ex art. 12*, sono ammissibili solo per casi e settori specifici in cui sia particolarmente difficile individuare tutti i titolari dei diritti e il costo dell'operazione per l'acquisizione di diritti individuali sia eccessivo, e sempre nel rispetto di garanzie a tutela dei non associati. Per es., l'organismo deve essere sufficientemente rappresentativo dei titolari di diritti nel pertinente tipo di opere e nella tipologia di diritti oggetto della licenza, garantire parità di trattamento e che i non

per i caricamenti dei propri utenti⁵³, e quindi procedere alla remunerazione dei titolari dei diritti. Nel contesto normativo precedente, in cui era indubbio che la messa in rete da parte dell'utente costituisse una comunicazione, mentre la qualificazione del comportamento del prestatore era controversa, diverse piattaforme si erano rifiutate di negoziare con i titolari dei diritti. Altre, e in particolare quelle più importanti, avevano comunque concluso accordi, che contenevano però condizioni ritenute inique.

L'art. 17, par. 3, stabilisce poi che alle fattispecie in esame non si applica la mitigazione di responsabilità (c.d. *safe harbour*) di cui all'art. 14, par. 1, della direttiva E-Commerce. Si tratta della previsione – valida per ogni tipo di contenuto e di responsabilità, a prescindere dal settore di diritto – secondo cui i prestatori di servizi della società dell'informazione che memorizzano contenuti forniti dai terzi non devono sorvegliare i contenuti presenti sui loro *server* e ricercare quelli illeciti. Sono infatti responsabili per i contenuti illeciti memorizzati su richiesta dei loro utenti solo se, al corrente della loro illiceità, non li abbiano immediatamente rimossi o non ne abbiano bloccato l'accesso⁵⁴.

L'applicazione del *safe harbour* alle fattispecie in esame comportava che cui sui titolari dei diritti gravava un onere eccessivo: dovevano sorvegliare i servizi dei prestatori e notificare loro i contenuti illeciti affinché fossero rimossi; poiché questi venivano spesso rimessi in rete poco dopo, i titolari dei diritti erano inoltre costretti a moltiplicare le notifiche. Di qui, la decisione di prevedere che nelle fattispecie in esame la mitigazione di responsabilità non trovi applicazione. D'altronde, se l'approccio del 2001 si giustificava con l'esigenza di promuovere nuovi modelli di *business* nel mercato interno⁵⁵, la situazione da allora è notevolmente cambiata. Anzi, l'opportunità del *safe harbour* è oggi dibattuta in via generale in ragione della sempre più avvertita esigenza di tutelare la società dalle pratiche dannose che si svolgono *online* (diffusione di contenuti diffamatori o pedo-pornografici, distribuzione di prodotti contraffatti, divulgazione di notizie false o ingannevoli, ecc.).

Benché siano ora considerati autori di una comunicazione al pubblico e non beneficino più del *safe harbour* nelle fattispecie in esame⁵⁶, i prestatori non

associati possano escludere dal meccanismo le proprie opere e prestazioni. Il d.lgs. 177/2021 ha recepito l'art. 12: il meccanismo delle licenze collettive con effetto esteso è oggi previsto dal nuovo art. 180-ter della LDA, che demanda all'AGCOM la disciplina di diversi profili.

⁵³ Autorizzazione che poi si estende agli atti degli utenti, legittimandoli; ciò sempre che non agiscano su base commerciale, o che comunque non ottengano "ricavi significativi" (cfr. art. 17, par. 2). Si pensi, nel primo caso, a un utente che carica un video domestico che include musica protetta in sottofondo e, nel secondo, al soggetto che carichi un *tutorial* con musica protetta da cui ottiene ricavi pubblicitari limitati. Se il prestatore del servizio su cui avviene il caricamento ha ottenuto un'autorizzazione in relazione al contenuto musicale, gli utenti non avranno bisogno di un'autorizzazione ulteriore.

⁵⁴ Per un'analisi più approfondita del regime di responsabilità applicato agli intermediari *online* ai sensi della Direttiva E-commerce, le problematiche da esso aperte e le proposte di riforma formulate in materia, cfr. T. MADIEGA, *Reform of the EU liability regime for online intermediaries*, European Parliamentary Research Service, Bruxelles, 2020.

⁵⁵ Cfr. il considerando 2 della direttiva E-commerce.

⁵⁶ Si noti che l'art. 17 va considerato una *lex specialis* rispetto all'art. 3 della direttiva InfoSoc e all'art. 14 della direttiva E-commerce. Si limita infatti a disciplinare l'atto di "comunicazione al pubblico" nel contesto delle piattaforme che danno accesso a contenuti caricati dai loro utenti; non pregiudica il concetto di comunicazione in altri ambiti del diritto dell'Unione, né l'applicazione della mitigazione di responsabilità alle piattaforme di condivisione in relazione a scopi che non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva. Cfr. i considerando 64 e 65 della direttiva e la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Orientamenti*

saranno necessariamente responsabili in tutti i casi di caricamenti non autorizzati. Il legislatore ha infatti ritenuto che una responsabilità così ampia avrebbe potuto compromettere il loro modello di *business* interattivo: è improbabile che possano ottenere l'autorizzazione di tutti i titolari dei diritti per l'immensa mole di contenuti suscettibili di essere caricati dai loro utenti (si pensi che su YouTube sono caricati 300 ore di video ogni minuto⁵⁷).

Di qui la previsione dell'art. 17, par. 4, secondo cui il prestatore che non abbia ottenuto l'autorizzazione potrà comunque esimersi dalla responsabilità per i caricamenti illeciti se dimostra di aver soddisfatto cumulativamente tre condizioni:

- Di aver compiuto i “massimi sforzi”⁵⁸ per ottenere l'autorizzazione⁵⁹;
- Di aver compiuto i massimi sforzi, “secondo elevati standard di diligenza professionale di settore”, per assicurare che non siano disponibili contenuti protetti specifici per cui abbia ricevuto “le informazioni pertinenti e necessarie”⁶⁰ dai titolari dei diritti⁶¹;
- Nei casi in cui abbia ricevuto una “segnalazione sufficientemente motivata” dai titolari dei diritti relativa alla presenza di contenuti protetti sui suoi servizi, di aver agito tempestivamente per disabilitare l'accesso o rimuovere tali contenuti e di aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro⁶².

In sintesi, l'art. 17 segna un trasferimento di responsabilità: in passato, era-

relativi all'articolo 17 della direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, 4 giugno 2021, p. 6 (di seguito: *Linee guida*).

⁵⁷ S. DUSOLLIER, *op. cit.*, p. 1008.

⁵⁸ Nella versione inglese della direttiva si fa a riguardo riferimento al concetto di “*best effort*”. La traduzione da dare a queste parole in sede di recepimento è stata oggetto di ampio dibattito (cfr. M. BASSINI-G. DE GREGORIO, *The implementation of the copyright directive in Italy and the proper understanding of the 'best efforts' clause*, in *MediaLaws*, 2021). La scelta di adottare la dicitura di “*massimi sforzi*”, anziché come richiesto da più parti quella di “*migliori sforzi*”, era in sostanza obbligata dalla legge delega; questa conteneva infatti un riferimento ai “*massimi sforzi*”, con cui era stato tradotto il concetto di *best effort* nella versione italiana della direttiva. In ogni caso, la rilevanza attribuita a questa questione è stata a mio avviso eccessiva: il regime di responsabilità, più che dal riferimento ai “*massimi*” o ai “*migliori*” sforzi, è definito dal successivo riferimento alle pratiche cui attenersi e al principio di proporzionalità. Il concetto dovrebbe inoltre essere inteso come una nozione autonoma di diritto europeo, così da assicurare che il suo significato sia determinato in modo uniforme per i diversi Stati alla luce delle finalità dell'art. 17.

⁵⁹ Cfr. art. 17, par. 4, lett. a) della direttiva e art. 102-*septies*, comma 1, lett. a) della LDA. A tal fine, il prestatore dovrebbe perlomeno aver contattato gli organismi di gestione collettiva e avviato un dialogo con i titolari dei diritti facilmente identificabili e rintracciabili, in particolare quelli con un ampio catalogo di contenuti (cfr. *Linee guida*, p. 10).

⁶⁰ Le informazioni “*pertinenti e necessarie*” rientrano tra i numerosi concetti indefiniti cui fa riferimento l'art. 17. Secondo la Commissione, ciò che può costituire un'informazione “*pertinente*” varierà a seconda delle opere interessate e delle circostanze; ciò che può essere considerato “*necessario*” dal tipo di soluzioni tecnologiche adottate dai prestatori per conformarsi al regime di responsabilità (cfr. *Linee guida*, p. 16).

⁶¹ Cfr. art. 17, par. 4, lett. b) e art. 102-*septies*, comma 1, lett. b). La prevenzione riguarda dunque solo contenuti specifici identificati dai titolari dei diritti, implicando che questi forniscano una sorta di licenza implicita alla comunicazione di quelli per cui non forniscono informazioni.

⁶² Cfr. art. 17, par. 4, lett. c) e art. 102-*septies*, comma 1, lett. c). Nella pratica questo intervento può risultare necessario in due casi: i titolari dei diritti non hanno fornito informazioni per prevenire i caricamenti e agiscono per chiederne la rimozione una volta che sono divenuti disponibili; oppure il prestatore ha compiuto i massimi sforzi per impedire il caricamento di contenuti per cui ha ricevuto informazioni, ma questi sono comunque divenuti disponibili per ragioni oggettive. Si pensi, per es., al caso in cui limitazioni tecnologiche intrinseche abbiano impedito di individuarli (cfr. *ibidem*, p. 17).

no gli utenti che caricano i contenuti sui servizi dei prestatori a rispondere della loro illiceità in materia di diritto d'autore; oggi ne rispondono invece i prestatori sui cui servizi avvengono i caricamenti. Questi sono però soggetti a una costruzione ibrida fra la responsabilità diretta sopportata da chi commette l'illecito e quella indiretta degli intermediari per fatti di terzi: se dimostrano di essersi conformati a una serie di obblighi di diligenza, non rispondono della presenza sui loro servizi di contenuti non autorizzati.

3.1. I rischi degli strumenti di riconoscimento automatico e le garanzie a tutela della libertà di espressione

La proposta originaria della Commissione prevedeva che i prestatori dovessero prevenire caricamenti illeciti tramite l'adozione di strumenti di riconoscimento automatico, che consentono di filtrare i contenuti e individuare quelli non autorizzati⁶³. La versione finale dell'art. 17, invece, non richiede l'adozione di misure specifiche per conformarsi al nuovo regime di responsabilità. Tuttavia, «se il linguaggio è cambiato, l'effetto rimane lo stesso»⁶⁴: dato il volume di contenuti immesso dagli utenti dei prestatori, l'unico modo per prevenire i caricamenti illegittimi è scannerizzarli in modo automatico e compararli con un *database* di materiale protetto⁶⁵.

La versione finale dell'art. 17 non parla più di strumenti di riconoscimento automatico perché il riferimento a questi aveva dato luogo ad accesi dibattiti all'interno del Parlamento e del Consiglio e a dimostrazioni di opposizione a tutela della libertà di espressione di una parte della società civile e di ambienti accademici⁶⁶. Questi strumenti, adottati in via volontaria fin dalla seconda me-

⁶³ Cfr. art. 13, par. 1 della proposta, che faceva riferimento a «l'uso di tecnologie efficaci per il riconoscimento dei contenuti», nonché l'analisi di impatto della Commissione, in cui era sottolineata l'accresciuta disponibilità sul mercato degli strumenti di riconoscimento automatico e la loro efficacia, in particolare di quelli che funzionano tramite impronta digitale (*Commission staff working document*, p. 137 ss.). Gli strumenti basati su questa tecnica (c.d. *fingerprinting*) sono i più complessi e raffinati. Permettono di generare una rappresentazione digitale di un determinato contenuto riducendolo ai suoi elementi caratteristici e di paragonare tale "impronta" con quelle dei *file* che si trovano su un *server*; a differenza degli strumenti basati sulle tecniche di *hashing* e *watermarking*, sono in grado di rilevare anche i contenuti che non siano copie identiche dei *file* presi a riferimento. Per maggiori informazioni sui diversi tipi di strumenti, cfr. il rapporto per il Ministero della cultura francese *Vers une application effective du droit d'auteur sur les plateformes numériques de partage: État de l'art et propositions sur les outils de reconnaissance des contenus*, 2020.

⁶⁴ Cit. U. FURGAL *et al.*, *op. cit.*, p. 27 («*The language has changed but the effect remains the same [...] the change in language is window dressing. It responds to the public discourse, but only in form not in substance*»).

⁶⁵ È del resto quanto ritenuto da molti esperti del settore. Cfr.: S. DUSOLLIER, *op. cit.*; K. GRISSE, *After the storm – examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, pp. 887 ss.; M. LAMBRECHT, *Free speech by design – Algorithmic protection of exceptions and limitations in the Copyright DSM directive*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2020, p. 68 ss.; J. P. QUINTAIS, *op. cit.*, p. 19.

⁶⁶ Cfr., tra i tanti: Felix Reda *discusses the current Proposal*; R. HILTY-V. MOSCON, *op. cit.*; M. SENFTLEBEN, *Content Censorship and Council Carelessness – Why the Parliament Must Safeguard the Open, Participative Web 2.0*, in *Tijdschrift voor auteurs, media- & informatierecht*, 2018, p. 139 ss.; M. SENFTLEBEN-C. ANGELOPOULOS-G. FROSIO-V. MOSCON-M. PEGUERA-O.A. ROGNSTAD, *The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform*, in *European Intellectual Property Review*, 2018, p. 149 ss. Si vedano anche la petizione *Stop the censorship-machinery! Save*

tà degli anni 2000 dai prestatori principali (il più celebre è il *software* Content ID adottato da YouTube), aprono infatti molteplici inconvenienti. Tra questi, la mancanza di trasparenza sui criteri utilizzati dagli algoritmi per filtrare i contenuti, l'assenza di adeguate garanzie procedurali e di imparzialità e la predisposizione di blocchi eccessivi.

Il rischio ultimo è pregiudicare il caricamento di contenuti leciti, privando così gli utenti (e di rimando il pubblico) di uno spazio di espressione legittimo, a danno della libertà di comunicare e ricevere informazioni e idee di cui all'art. 11 della Carta dei Diritti fondamentali. D'altronde, è evidente che la rilevanza sociale di alcune piattaforme è tale da rendere l'accesso ai loro servizi sempre più essenziale per l'esercizio della libertà di espressione. Basti pensare alle decisioni di Facebook e di Twitter di sospendere l'account di Donald Trump per il caricamento di contenuti qualificati dalle piattaforme come *fake news* e incitamenti alla violenza⁶⁷. Privando l'allora presidente degli Stati Uniti dello strumento fino a quel momento usato per comunicare con milioni di persone, queste decisioni sono state da più parti percepite come un atto di censura, realizzato sulla base di forme di privatizzazione di giustizia digitale⁶⁸.

Consapevole dei rischi degli strumenti di riconoscimento automatico, il legislatore ha posto diversi limiti alle misure di blocco attuabili dai prestatori e alla loro libertà procedurale, limitando la discrezionalità delle loro scelte e assicurando che siano soggette a forme di controllo. Si vuole così raggiungere un giusto equilibrio fra l'interesse dei titolari dei diritti d'autore alla protezione delle loro prerogative, da un lato, e quelli degli utenti alla libera circolazione dell'informazione *online*, dall'altro⁶⁹.

Alcune garanzie sono dirette a contrastare la tendenza "allo zelo" dei prestatori; potrebbero essere incentivati ad applicare un algoritmo che blocchi "troppo" piuttosto che "troppo poco" per evitare i costi derivanti da possibili controversie

the Internet! e le due lettere aperte inviate nel 2018 ai decisori europei *The Copyright Directive is failing* e *Article 13 of the EU Copyright Directive Threatens the Internet*.

⁶⁷ Si noti che queste decisioni sono state prese in risposta a violazioni dei termini di utilizzo delle rispettive piattaforme, e non per evitare forme di responsabilità che sarebbero ricadute sulle stesse. La Sezione 230 del Communication Decency Act statunitense del 1996 fornisce infatti una copertura molto vasta alle piattaforme che pubblicano contenuti creati e caricati da terzi. Per una sua analisi, L. BRANDIMARTE-L. PECCHI-G. PIGA *Le imprese Big Tech: schiave delle leggi per poter essere liberi?*, in *Dir. pubbl.*, 2021, p. 811 ss.

⁶⁸ Sono celebri, a riguardo, le frasi del fondatore di Facebook Mark Zuckerberg, per cui la sua società sarebbe, per molti aspetti, «*more like a government than a traditional company*», e per cui l'Oversight Board, composto da membri esterni a Facebook e chiamato a operare un controllo sulle decisioni finali della piattaforma, costituirebbe una sorta di «*Supreme Court*». La decisione di Facebook di istituire l'Oversight Board è stata in effetti interpretata come un passo avanti nella direzione di un «vero e proprio processo di privatizzazione della giustizia digitale» (cfr. O. POLLICINO, *L' "autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it*, 2019, p. 11). Per un'analisi del funzionamento del sistema adottato da Facebook e i problemi da esso posti, S. PELLERITI, *La governance privata di Facebook e la presa di coscienza del regolatore europeo: qualcosa sta cambiando?*, in questa *Rivista*, 2021, p. 428 ss.

⁶⁹ La presenza di sufficienti contrappesi è evidenziata dalla sentenza del 26 aprile 2022 della Corte di giustizia, che ha respinto il ricorso con cui la Polonia aveva chiesto l'annullamento dell'art. 17, considerato suscettibile di dar luogo a una situazione di sorveglianza preventiva *online* lesiva della libertà di espressione. La Corte riconosce che il regime di responsabilità introdotto dall'art. 17 comporta una limitazione dell'esercizio della libertà di espressione e di informazione; ritiene però che vi siano adeguate garanzie a sua tutela, e che il legislatore abbia delineato un giusto equilibrio tra i diversi diritti e interessi coinvolti.

con i titolari dei diritti⁷⁰. Tra queste, vi è la garanzia prevista dall'art. 17, par. 7: afferma che non deve essere impedita la disponibilità di contenuti caricati in modo legittimo, e che nelle fattispecie in esame gli utenti devono potersi avvalere di una serie di eccezioni o limitazioni al diritto d'autore⁷¹.

Secondo alcuni, quest'ultima previsione non apporterebbe alcuna garanzia reale in quanto gli strumenti di riconoscimento automatico non sono in grado di identificare caricamenti legittimi in ragione di eccezioni⁷². In effetti, anche quelli più raffinati rilevano solo *corrispondenze* tra contenuti, e non anche *violazioni* al diritto d'autore; non essendo in grado di valutare il contesto, non riconoscono se un caricamento è legittimo per ragioni di parodia, citazione o critica⁷³. Queste preoccupazioni sono mitigate dalle linee guida Commissione, che chiariscono come devono comportarsi i prestatori per assicurare che gli usi legittimi siano effettivamente fatti salvi⁷⁴.

Perché i diritti degli utenti siano tutelati non è sufficiente che i caricamenti legittimi siano ripristinati dopo essere stati rimossi; pertanto, non è possibile bloccare *ex ante* tutti i contenuti identificati dai titolari dei diritti e rimettere all'utente l'onore di formulare un reclamo. Gli strumenti adottati dai prestatori dovranno essere costruiti in modo tale da bloccare automaticamente solo i contenuti che appaiano di manifesta illiceità alla luce delle informazioni "pertinenti e necessarie" fornite dai titolari dei diritti⁷⁵. Viceversa, in tutte le situazioni equivoche i contenuti dovranno andare *online*, potendo divenire oggetto di verifica umana *ex post* qualora i titolari dei diritti inviassero una segnalazione⁷⁶. In sintesi, il legi-

⁷⁰ Cfr. T. RIIS-S.F. SCHWEMER, *Leaving the European Safe Harbor, Sailing Towards Algorithmic Content Regulation*, in *Journal of Internet Law*, 2019, p. 1 ss., p. 2. D'altronde, come notato, «Le *tech companies* hanno sì messo a disposizione dei propri utenti «*the most powerful mechanisms available to a private citizen to make his or her voice heard*», ma l'obiettivo non è certamente ampliare le possibilità di esercizio della libertà di espressione, quanto quello di perseguire il profitto [...]» (M. BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Dir. pubbl.*, 2021, p. 739 ss., p. 741).

⁷¹ Quelle relative a citazione, critica e rassegna, nonché ad utilizzi a scopo di caricatura, parodia o *pastiche*. In tal modo, queste eccezioni, in parte già previste come facoltative dall'art. 5 della direttiva InfoSoc, divengono obbligatorie: gli Stati che non le prevedono sono tenuti a recepirle, perlomeno per la fattispecie contemplata dall'art. 17.

⁷² Cfr., tra i tanti, U. FURGAL *et al.*, *op. cit.*, p. 27 («*the introduction of user exceptions under Article 17(7) [...] looks like a substantive change [...] Here the question is how this provision will be operationalised in the implementation phase. The freedoms may be there in law, but how are they preserved?*»).

⁷³ Tanto più che la demarcazione tra violazioni e usi legittimi è particolarmente complessa nei casi di specie: molti caricamenti non sono semplici copie di contenuti protetti ma opere create dagli utenti, che includono trasformazioni o brevi estratti di contenuti protetti, come *clips* di film.

⁷⁴ Contribuiscono così a mitigare anche le preoccupazioni espresse dalla Germania; aveva votato favorevolmente al testo finale della direttiva aggiungendo però una dichiarazione per manifestare l'esigenza che la concreta definizione del regime di responsabilità fosse equilibrata e non lesiva della libertà di espressione (si veda qui).

⁷⁵ Circa la definizione di soluzioni pratiche per conformarsi a tali indicazioni, sono di ausilio le conclusioni che l'avvocato generale Henrik Saugmandsgaardøe ha presentato il 15 luglio 2021 alla Corte di giustizia in relazione al ricorso proposto dalla Polonia. Secondo l'avv., queste soluzioni «consisteranno nell'integrare, negli strumenti di riconoscimento di contenuto, parametri che consentono di aiutare a distinguere il manifesto dall'equivoco. [...] Si tratterà, ad esempio, di tenere conto dei tassi di corrispondenza rilevati da tali strumenti, nonché di fissare soglie al di sopra delle quali il blocco automatico di un contenuto è giustificato, e al di sotto delle quali è ragionevolmente ipotizzabile l'applicazione di un'eccezione [...]».

⁷⁶ Questi, infatti, non sono senza protezione. Possono chiedere la rimozione dei contenuti, nonché il blocco permanente, inviando una segnalazione ai sensi dell'art. 17, par. 4, lett. c), indicando per esempio perché dovrebbe essere esclusa l'applicazione di un'eccezione. Le linee

slatore ha ritenuto che i “falsi positivi”, consistenti nel bloccare contenuti legali, siano più gravi dei “falsi negativi”, che si risolvono nel far passare taluni contenuti illeciti⁷⁷.

Ulteriori garanzie sono di natura procedimentale, e servono a tutelare gli utenti nelle situazioni in cui i prestatori dovessero comunque bloccare contenuti legittimi. La *ratio* è limitare l'unilateralità dell'esercizio della funzione attribuita ai prestatori, assicurando che non sia lasciato nelle loro mani un “potere censorio” privo di appello. L'art. 17, par. 9, afferma innanzitutto che i prestatori devono istituire meccanismi di reclamo “celeri ed efficaci”, da trattare “senza indebito ritardo”, per consentire di contestare le misure di rimozione o disabilitazione⁷⁸. È poi previsto che, ferma restando la possibilità di adire l'autorità giudiziaria, gli utenti devono poter contestare la decisione finale dei prestatori attraverso un meccanismo di risoluzione stragiudiziale delle controversie; si vogliono così assicurare loro modalità rapide e non dispendiose per far valere i propri diritti, e che a dirimere le controversie siano soggetti con elevata qualificazione tecnica. In conformità a queste esigenze, questa forma di ADR in Italia è stata affidata all'AGCOM, chiamata anche ad adottare apposite linee guida sul funzionamento dei meccanismi di reclamo⁷⁹.

Un'ultima garanzia è prevista dall'art. 17, par. 8, che stabilisce che l'applicazione delle disposizioni introdotte «non comporta alcun obbligo generale di sorveglianza». Si fa così salvo il principio per cui l'informazione *online* non può essere soggetta ad una sorveglianza preventiva generalizzata rimessa agli intermediari, volto a garantire che *internet* rimanga uno spazio libero e aperto. L'art. 17 si limiterebbe a prevedere un obbligo specifico di sorveglianza: le misure di filtraggio dovranno limitarsi alla ricerca delle sole violazioni che risultino manifeste alla luce delle informazioni fornite dai titolari dei diritti⁸⁰.

3.2. Le garanzie a tutela della libertà di impresa e della concorrenza

L'art. 17 contiene numerose garanzie anche a favore della libertà di impresa e della concorrenza. L'obiettivo, anche qui, è raggiungere un giusto bilanciamento tra la tutela del diritto d'autore e quella degli altri diritti e interessi coinvolti. Soprattutto, si vuole scongiurare il rischio che i nuovi obblighi finiscano per generare un vantaggio competitivo per i giganti del *web*, contribuendo a rafforzare la concentrazione del mercato delle piattaforme di condivisione nelle mani di pochi *players*. Se YouTube e gli altri operatori principali hanno già implementato strumenti automatici di riconoscimento, l'esigenza di investire in queste tecnologie potrebbe disincentivare l'ingresso nel mercato (o agevolare l'uscita dal mercato) di operatori minori⁸¹.

guida prevedono inoltre che ai titolari dei diritti dovrebbe essere data la possibilità di contrassegnare i materiali la cui messa in rete non autorizzata sia «idonea a causare loro un danno economico significativo». Rispetto a questi i prestatori dovrebbero dare prova di una diligenza particolare, per es. svolgendo una rapida verifica umana prima di decidere se consentirne il caricamento (*Linee guida*, p. 25 ss.).

⁷⁷ Cit. H. Saugmandsgaardøe. L'impostazione della Commissione è conforme a quanto raccomandato da parte della comunità accademica (cfr. *Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations from European Academics*, 2019).

⁷⁸ Cfr. art. 102-*decies*, comma 2, della LDA.

⁷⁹ Cfr. art. 102-*decies*, commi 2 e 4.

⁸⁰ Per maggiori informazioni sul tema, cfr. le conclusioni dell'avv. gen. H. Saugmandsgaardøe.

⁸¹ Cfr., tra i molti: EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *General Opinion on the EU Copyright Re-*

Il legislatore europeo ha innanzitutto limitato l'ambito di applicazione dell'art. 17: ai sensi della definizione di "prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online*" infine adottata, gli obblighi si applicano agli operatori che danno accesso a una "grande quantità di contenuti"⁸²; inoltre, il considerando 62 precisa che ci si riferisce ai prestatori che «svolgono un ruolo importante sul mercato dei contenuti *online*, in concorrenza con altri servizi di contenuti *online*». Indipendentemente dal carattere aperto dei termini impiegati, è chiaro che l'art. 17 riguarda le "grandi" piattaforme. Dal suo ambito di applicazione sono inoltre escluse alcune categorie di operatori, tra i quali le enciclopedie *online* e i repertori didattici e scientifici senza scopo di lucro⁸³.

In secondo luogo, l'art. 17, par. 6, e sulla scorta di quello il nuovo art. 102-*octies* della LDA, prevede un regime di responsabilità mitigato per le imprese attive da meno di tre anni che abbiano un fatturato inferiore a € 10 M annui e che operano tramite il caricamento degli utenti per sviluppare nuovi modelli di *business*⁸⁴. L'idea è che i potenziali danni in materia di *copyright* arrecati da questi prestatori potrebbero essere limitati, soprattutto se confrontati con i possibili effetti positivi derivanti dall'innovazione e dall'ingresso sul mercato di nuovi *players*. Il momento di applicare regole più rigorose verrà dopo, quando il rapporto tra costi e benefici della regolamentazione sarà più ragionevole.

È infine rilevante la previsione di cui all'art. 17, par. 5: prevede che nel verificare se i prestatori si sono conformati agli obblighi di cui al par. 4, occorre esaminare le misure da questi prese "caso per caso", alla luce del "principio di proporzionalità", tenendo conto di elementi come la "dimensione del servizio" o il "costo" degli strumenti disponibili⁸⁵.

form Package, 2017; Felix Reda discusses the current Proposal; M. SENFTLEBEN et al., op. cit.; Article 13 of the EU Copyright Directive Threatens the Internet. Cfr. anche il tweet, disponibile qui, del fondatore di Wikipedia, che il 26 marzo 2019 ha dichiarato «*You, the Internet user, have lost a huge battle today in Internet parliament. The free and open internet is being quickly handed over to corporate giants at the expense of ordinary people. This is not about helping artists, it is about empowering monopolistic practices*».

⁸² Cfr. art. 2, 6), della direttiva, ai sensi del quale sono tali i prestatori di servizi della società dell'informazione «il cui scopo principale o uno dei principali scopi è quello di memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti, che il servizio organizza e promuove a scopo di lucro».

⁸³ Circostanza che, come notato, «*really made a big difference. Wikipedia, GitHub, eBay, Dropbox all were in effect exempted from the new liability, as well as start-ups (as long as they don't reach a turnover of EURO 10 million per year). So the discourse could be said to be reflected in the change in the law*» (cfr. U. FURGAL et al., *op. cit.*, p. 28).

⁸⁴ Il regime varia a seconda che il loro numero di visitatori mensili sia o meno inferiore a 5 M. Nel primo caso, i nuovi prestatori devono solo compiere i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione e rispettare l'obbligo di "segnalazione e rimozione" di cui alla prima parte dell'art. 17, par. 4, lett. c); nel secondo, devono rispettare anche quello di impedire futuri caricamenti di opere oggetto di segnalazione di cui alla seconda parte dell'art. 17, par. 4, lett. c). A nessuna delle due categorie si applica l'obbligo previsto al par. 4, lett. b).

⁸⁵ L'esigenza di considerare le caratteristiche dei diversi operatori è poi ribadita più volte dalle linee guida Commissione. Rispetto ai massimi sforzi per ottenere l'autorizzazione, prevedono che i grandi prestatori dovrebbero contattare un alto numero di titolari, mentre per i più piccoli potrebbe essere sufficiente rivolgersi agli organismi di gestione collettiva competenti, e eventualmente ai titolari di diritti facilmente identificabili (*Linee guida*, p. 11). In relazione alla prevenzione di caricamenti illegittimi, invece, la Commissione evidenzia che la tecnologia basata sul *fingerprinting*, utilizzata dai principali prestatori, non va intesa come lo *standard* di mercato per i piccoli, per cui potrebbe risultare proporzionato ricorrere a soluzioni più semplici (*ivi*, p. 14).

3.3. Il riferimento a concetti indefiniti

Una critica condivisibile mossa all'art. 17 è che creerà incertezza giuridica in quanto fa uso di formulazioni di difficile comprensione e di concetti indefiniti. Le nozioni aperte relative al regime di responsabilità sono numerose: “ricavi significativi”; “grandi quantità di opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti”; “massimi sforzi”; “elevati standard di diligenza professionale di settore”; “informazioni sufficienti e pertinenti”; “segnalazione sufficientemente motivata”, ecc.

È vero che l'utilizzo di nozioni aperte dovrebbe assicurare che le disposizioni possano adeguarsi a diversi tipi di operatori e di situazioni, nonché all'evoluzione delle prassi e delle tecnologie, così da resistere alla prova del tempo. D'altronde il diritto d'autore rappresenta un esempio emblematico della sfida che il panorama digitale costituisce per il legislatore, e dell'affanno con cui l'impianto normativo cerca di adeguarsi a uno scenario in continua mutazione. D'altra parte, termini vaghi – la cui presenza è uno dei motivi per cui diversi Stati hanno votato contro la direttiva⁸⁶ – rischiano di generare contenziosi.

Resta comunque condivisibile che i concetti indefiniti adoperati dall'art. 17 non siano stati chiariti dal decreto italiano, che ha effettuato un recepimento quasi *verbatim*. È infatti opportuno considerare questi concetti nozioni autonome di diritto europeo, di modo che il loro significato venga progressivamente chiarito in modo uniforme per tutti gli Stati membri. I prestatori non dovrebbero essere soggetti a ventisette regimi nazionali di responsabilità in potenza divergenti. Soprattutto, titolari del diritto d'autore e utenti dei servizi dovrebbero beneficiare di una protezione sostanzialmente identica, indipendentemente dallo Stato in cui si trovano.

Alcuni chiarimenti sono stati già forniti dalle linee guida della Commissione più volte richiamate. Oltre che «per aiutare gli operatori nel conformarsi alle norme nazionali di attuazione», sono state adottate per favorire un «recepimento corretto e coerente dell'art. 17 in tutti gli Stati membri»⁸⁷ – intenzione invero compromessa dal fatto che siano state pubblicate pochi giorni prima del termine di recepimento. Ulteriori precisazioni circa le diverse nozioni e i dubbi che le circondano saranno fornite dalla giurisprudenza futura della Corte di giustizia. Verosimilmente, non mancheranno sentenze in materia.

4. L'ampliamento delle prerogative di autori e artisti

Come gli artt. 15 e 17, anche gli artt. da 18 a 23 della direttiva perseguono una ripartizione più equa dei ricavi generati dai contenuti protetti fra detentori dei diritti e piattaforme; l'ordine di problemi cui cercano di far fronte questi articoli è però diverso. Gli artt. 15 e 17 sono diretti a superare lo stato di incertezza che non permetteva di estendere pienamente all'ambiente digitale il princi-

⁸⁶ Cfr. la Dichiarazione congiunta di Paesi Bassi, Lussemburgo, Polonia, Italia e Finlandia, in cui si legge «*Furthermore, we feel that the Directive lacks legal clarity, will lead to legal uncertainty for many stakeholders concerned and may encroach upon EU citizens' rights*» (si veda qui).

⁸⁷ *Linee guida*, p. 1. Ciò in conformità all'art. 17, par. 10, che stabilisce l'obbligo per la Commissione di fornire orientamenti sull'applicazione dell'art. 17, tenendo conto dei risultati dei dialoghi con le parti interessate organizzati in cooperazione con gli Stati membri.

pio per cui lo sfruttamento dei contenuti deve essere autorizzato e soggetto a una remunerazione. Gli artt. 18-23 rispondono invece a una problematica connessa al mercato: l'asimmetria di potere tra autori e artisti e loro controparti è suscettibile di compromettere un'adeguata remunerazione dei primi.

Questi articoli, il cui *iter* ha suscitato minor clamore mediatico, sono stati adottati infatti nella consapevolezza che i contratti relativi allo sfruttamento di opere e prestazioni protette non sono conclusi tra pari che contrattano liberamente tra loro⁸⁸. Autori e artisti, spesso privi di mezzi finanziari e competenze giuridiche, tendono a trovarsi in una posizione di debolezza. Di qui, la previsione di misure che incidono su aspetti dei rapporti tra le parti tradizionalmente rimessi alla libera negoziazione; esse ampliano le prerogative della parte debole e evitano che quella forte tragga vantaggio dagli squilibri di potere, promuovendo equilibrio e equità⁸⁹.

La libertà di manovra che è stata riconosciuta agli Stati per la trasposizione degli articoli in esame è assai ampia. Considerate la complessità dei rapporti contrattuali nell'industria creativa e le consuetudini e specificità proprie di ciascun settore, l'adozione di diverse disposizioni è facoltativa, e agli Stati è spesso richiesto di introdurre specificazioni. In tal senso, gli artt. 18-23 sembrano dettare un'armonizzazione minima, non impedendo l'introduzione di protezioni maggiori⁹⁰.

L'Italia ha utilizzato questo margine di discrezionalità per rafforzare le protezioni a tutela della parte debole. Per questo, un elemento ricorrente delle disposizioni di recepimento degli artt. 18-23 è il riferimento all'AGCOM, nonché alle *collecting societies*, che svolgono un ruolo fondamentale nella negoziazione delle licenze e nella tutela dei diritti dei propri iscritti. Il recepimento di queste previsioni è stato inoltre l'occasione per adeguare alcune disposizioni della LDA divenute inattuali, risolvere storture emerse nel corso del tempo e assicurare una maggior coerenza sistematica⁹¹.

⁸⁸ Si tratta, d'altronde, di un dato vero in senso generale. L'idea dei mercati come luoghi di libero scambio fra pari, presente nei codici ottocenteschi di stampo liberale, appare oggi superata, come dimostra la previsione di numerosi strumenti volti a garantire un controllo sul potere negoziale. Sul tema, M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, in *Dir. pubbl.*, 2021, p. 893 ss.

⁸⁹ Come evidenziato, queste misure costituiscono «*a first and important step in the EU copyright acquis to deal with the contractual protection of creators*» (EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Addressing Selected Aspects of the Implementation of Articles 18 to 22 of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market*, 2020, p. 2). Delle misure in tal senso già esistevano in alcuni Stati, ma il panorama nel complesso era assai frammentato. A riguardo, cfr. lo studio *Contractual arrangements applicable to creators: Law and practice of selected Member States*, realizzato per il Parlamento Europeo nel 2014 da Séverine Dusollier e Caroline Ker (CRIDS - University of Namur), Maria Iglesias e Yolanda Smits (KEA - European Affairs).

⁹⁰ Cfr. il considerando 76, che in relazione all'obbligo di trasparenza prevede che «Gli Stati membri dovrebbero avere la possibilità, conformemente al diritto dell'Unione, di stabilire misure ulteriori tramite disposizioni nazionali per garantire la trasparenza agli autori e agli artisti (interpreti o esecutori)».

⁹¹ Il d.lgs. n. 177/2021 ha, per es., modificato gli artt. 18, 46-bis, 80 e 84 della LDA per aggiornare le modalità di determinazione dei compensi in difetto di accordo tra le parti. Ne ha infatti rimesso la definizione all'AGCOM in luogo del collegio arbitrale previsto dall'art. 4 del d.lgs. 20 luglio 1945, n. 440. Ancora: il d.lgs. ha modificato l'art. 84, relativo al compenso dovuto agli artisti interpreti ed esecutori per l'utilizzazione di opere cinematografiche e assimilate, per includere tra queste «le opere teatrali trasmesse»; sono stati così ricompresi anche gli sfruttamenti in *streaming* di spettacoli teatrali, divenuti più frequenti a seguito della pandemia da Covid-19.

4.1. Le cinque misure introdotte

La direttiva ha introdotto cinque misure a tutela dei titolari dei diritti⁹²: il principio di una remunerazione adeguata e proporzionata (l'unico che incide sulla fase di negoziazione dei contratti); l'obbligo di trasparenza; il meccanismo di adeguamento della remunerazione inizialmente concordata e quello di risoluzione stragiudiziale del controverso (misure non derogabili contrattualmente, non essendo opponibili a autori e artisti pattuizioni che vi contrastino⁹³); e, infine, un meccanismo di revoca delle licenze concesse.

Il principio della remunerazione "adeguata e proporzionata" di autori e artisti da parte dei soggetti cui concedono in licenza o trasferiscono i loro diritti per lo sfruttamento delle loro opere o prestazioni è previsto dall'art. 18 della direttiva. In Italia, è stato recepito inserendo nell'art. 107 della LDA un nuovo comma 2⁹⁴, che prevede che la remunerazione deve essere commisurata ai ricavi che derivano dallo sfruttamento dei contenuti, laddove i pagamenti forfettari sono ammessi solo in casi limitati⁹⁵. Si noti che la trasposizione dell'art. 18 ha costituito l'occasione per rivedere una serie di disposizioni preesistenti della LDA. Tra le altre cose, per rispondere ai rilievi delle organizzazioni rappresentative dei musicisti secondo cui i produttori riconoscerebbero loro una percentuale irrisoria dei ricavi ottenuti dalle piattaforme per sfruttamenti *streaming*. È stata infatti introdotta una nuova disposizione che, nel rispetto della libertà negoziale, tutela i musicisti in relazione a queste fattispecie specifiche⁹⁶.

Il successivo art. 19 della direttiva affronta un nodo centrale: perché autori e artisti possano verificare che quanto ricevono sia effettivamente adeguato e proporzionato, occorre che siano consapevoli dei proventi generati dallo sfrut-

⁹² Si noti che le misure introdotte, pur riguardando tutti i contratti, non solo quelli relativi agli sfruttamenti *online*, sono dirette in via principale ad assicurare equilibrio e trasparenza nel mercato digitale, in cui i rapporti tra le parti sono divenuti più complessi e sfaccettati.

⁹³ Cfr. art. 23 della direttiva e il nuovo art. 114-*bis* della LDA.

⁹⁴ Si noti che l'art. 107, comma 2, specifica che sono fatte salve le altre forme di compenso già previste dalla LDA, tra cui sono indicate quelle di cui agli artt. 46-*bis* e 84. Il richiamo espresso a questi articoli nella clausola di salvezza è diretto a chiarire la *ratio* della modifica apportata loro. Stabilendo che i compensi previsti dagli artt. 46-*bis* e 84 devono essere "adeguati e proporzionati", anziché "equi", il d.lgs. n. 177/2021 non vuole lasciare intendere che siano assorbiti dal compenso previsto dal nuovo comma 2 dell'art. 107; vuole, piuttosto, dare maggior concretezza a quanto dovuto ai sensi degli artt. 46-*bis* e 84, da determinare non più solo sulla base di un criterio di equità.

⁹⁵ Ciò in conformità al considerando 73 della direttiva, ai sensi del quale «Un pagamento forfettario può costituire una remunerazione proporzionata, ma non dovrebbe rappresentare la norma». Secondo la previsione introdotta in Italia, i pagamenti forfettari sono ammessi «per l'autore o l'artista quando il suo contributo all'opera o all'esecuzione ha carattere meramente accessorio e i costi delle operazioni di calcolo sono sproporzionati allo scopo». Questa possibilità tutela innanzitutto i soggetti obbligati, che hanno evidenziato le difficoltà di procedere a remunerazioni commisurate ai ricavi rispetto ai casi in cui molti soggetti abbiano contribuito con apporti minimi a opere collettive. D'altra parte, per gli autori e gli artisti che abbiano apportato contributi meramente accessori a un'opera collettiva una somma forfettaria può risultare superiore a una quota proporzionale dei ricavi.

⁹⁶ Cfr. la nuova versione dell'art. 80 della LDA, che specifica che i contratti con cui i musicisti cedono i loro diritti ai produttori devono prevedere che sia riconosciuta loro una remunerazione "equa, adeguata e proporzionata" anche per lo sfruttamento delle loro opere da parte di piattaforme di *streaming*. Ulteriori modifiche sono state apportate agli artt. 44, 46 e 80 della LDA; ciò con il fine di ampliare le categorie di autori e artisti interpreti ed esecutori del settore audiovisivo cui si applicano le disposizioni della LDA sullo sfruttamento economico dei contenuti. Tra i primi sono stati inclusi anche gli adattatori dei dialoghi, i direttori del doppiaggio e i traduttori; tra i secondi, i doppiatori.

tamento dei loro lavori. Viste la crescente complessità delle modalità di sfruttamento dei contenuti *online* e la varietà di intermediari coinvolti, è sempre più difficile per i titolari dei diritti monitorare il successo dei loro contenuti⁹⁷. In materia sussiste un'asimmetria informativa: talvolta le controparti contrattuali di autori e artisti detengono, e non condividono, le informazioni rilevanti. Di qui, la previsione dell'art. 19 per cui autori e artisti hanno il diritto di ricevere periodicamente (almeno una volta l'anno) informazioni "aggiornate, pertinenti e complete" sullo sfruttamento delle loro opere ed esecuzioni, «in particolare per quanto riguarda le modalità di sfruttamento, tutti i proventi generati e la remunerazione dovuta».

L'art. 19 è stato recepito inserendo nella LDA il nuovo art. 110-*quater*, redatto nella convinzione che la rimozione dell'asimmetria informativa è imprescindibile per una negoziazione bilaterale consapevole e perché i diritti di autori e artisti non siano esautorati. L'art. 110-*quater*, infatti, specifica gli elementi che devono essere oggetto di comunicazione; prevede che l'obbligo deve essere assolto almeno ogni sei mesi (anziché almeno una volta all'anno); stabilisce che la mancata comunicazione delle informazioni comporta l'applicazione di sanzioni pecuniarie da parte dell'AGCOM, chiamata a vigilare circa l'assolvimento dell'obbligo,⁹⁸ e stabilisce una presunzione legale di inadeguatezza del compenso in caso di violazione. Infine, non recepisce alcune disposizioni facoltative della direttiva considerate suscettibili di compromettere l'effettività della tutela⁹⁹.

L'obbligo di trasparenza, e in particolare il modo in cui è stato recepito in Italia¹⁰⁰, è stato fortemente criticato dai soggetti obbligati, che hanno ritenuto eccessivi i costi di adeguamento¹⁰¹, sottolineando la mancanza di studi approfonditi per quantificarli¹⁰². La preoccupazione principale espressa, in ogni caso, è che comprometta la riservatezza di dati aziendali sensibili. Proprio tenendo conto dell'esigenza di confidenzialità, l'art. 110-*quater* della LDA prevede che le informazioni, oltre che in via diretta ai titolari dei diritti, possano essere rilasciate alle *collecting societies*¹⁰³.

⁹⁷ Cfr. *Commission staff working document*, p. 174 e ss.

⁹⁸ Recependo così le osservazioni dell'European Copyright Society, che aveva evidenziato l'esigenza che gli Stati membri considerassero la questione delle sanzioni, non affrontata dalla direttiva (Cfr. EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Addressing Selected Aspects*, cit., pp. 2 e 12).

⁹⁹ Si pensi alla possibilità di prevederne una limitazione nei casi in cui l'onere amministrativo «diventasse sproporzionato rispetto ai proventi generati dallo sfruttamento», o quella secondo cui gli Stati potrebbero prevedere che l'obbligo non sussista quando il contributo dell'autore o dell'artista «non è significativo rispetto al complesso dell'opera». D'altronde, è probabile che il significato di queste clausole vaghe sarebbe stato nei fatti determinato dai soggetti obbligati.

¹⁰⁰ Si è infatti affermato che sarebbe suscettibile di creare un ambiente normativo che, specie se paragonato a quello di altri Paesi, potrebbe scoraggiare investimenti esteri; ciò sia in ragione delle sanzioni introdotte, considerate eccessive, che del novero delle informazioni da rilasciare, non limitato a quelle ritenute effettivamente utili ai fini dell'esercizio dei titolari dei diritti.

¹⁰¹ Ciò sarebbe vero sia per gli operatori che già forniscono informazioni ai titolari dei diritti sulla base di clausole contrattuali o altre previsioni, che si vedono ampliare e dettagliare l'ambito dei dati da dichiarare e la frequenza delle comunicazioni, che ancor di più per quelli che non fornivano informazioni in tal senso e sono soggetti a un onere nuovo.

¹⁰² Secondo la Commissione, la misura sarebbe proporzionata in quanto ha ad oggetto informazioni già raccolte ed elaborate dai soggetti obbligati per ragioni di contabilità e *copyright*. Questi dovrebbero quindi limitarsi ad estrarre informazioni già possedute e a condividerle con autori e artisti in modo strutturato e comprensibile. Inoltre, l'onere dovrebbe diminuire nel tempo, sia perché integrato nei processi di *business* ordinari sia perché l'evoluzione tecnologica ridurrà i costi di gestione e comunicazione dei dati (cfr. *Commission staff working document*, p. 183 ss.).

¹⁰³ La circostanza che l'obbligo di trasparenza possa comunque essere assolto direttamente

Il successivo art. 20 della direttiva ha introdotto il principio di adeguamento contrattuale, che serve ad assicurare un rapporto di proporzionalità tra la remunerazione riconosciuta e il successo dell'opera o della prestazione artistica. È infatti previsto un aggiustamento dei contratti se la remunerazione concordata si rivela troppo bassa rispetto ai proventi originati nel tempo¹⁰⁴ (circostanza che dovrebbe risultare dalle informazioni comunicate in espletamento dell'obbligo di trasparenza). La previsione è recepita dal nuovo art. 110-*quinquies* della LDA, che specifica che ai fini dell'adeguamento contrattuale vadano considerate tutte le possibili tipologie di proventi derivanti dallo sfruttamento dei contenuti¹⁰⁵.

La quarta misura è prevista dall'art. 21, che stabilisce che le controversie relative all'obbligo di trasparenza e al meccanismo di adeguamento contrattuale possono essere oggetto di una procedura alternativa di risoluzione delle controversie, che su richiesta di autori e artisti può essere avviata su iniziativa degli organismi che li rappresentano. Si vogliono così assicurare ad autori e artisti modalità rapide e non dispendiose per far valere le proprie prerogative. In Italia, ai sensi del nuovo art. 110-*sexies* della LDA, questa procedura si svolge presso l'AGCOM.

La protezione più radicale risiede nell'articolo 22 della direttiva¹⁰⁶, recepito nel nuovo art. 110-*septies* della LDA. In deroga al principio del carattere vincolante del contratto, riconosce ad autori e artisti il diritto di revocare la licenza o il trasferimento in esclusiva dei propri diritti su un'opera o altri materiali in caso di mancato sfruttamento del contenuto. Ciò purché questo non sia principalmente dovuto a circostanze cui l'autore o l'artista possa rimediare, e sempre che sia trascorso un lasso di tempo ragionevole dalla conclusione dell'accordo di licenza o dal trasferimento dei diritti¹⁰⁷. Ai sensi dell'art. 110-*septies* della LDA, il termine entro cui deve avvenire lo sfruttamento corrisponde a quello stabilito dal contratto, «comunque non superiore a cinque anni o a due anni successivi alla disponibilità dell'opera da parte dell'editore o del produttore». Si cerca così di assicurare sfruttamenti in tempi ragionevoli senza introdurre però rigide finestre temporali che possono finire per penalizzare autori e artisti, soprattutto nel settore musicale¹⁰⁸.

nei confronti dei titolari dei diritti è dovuta al fatto che gli enti citati non operano in tutti i settori e non coprono tutti i diritti oggetto di trasferimento contrattuale.

¹⁰⁴ Secondo la Commissione, anche questo meccanismo dovrebbe comportare un onere limitato: innanzitutto, interesserà solo i contratti per cui dovesse verificarsi una sproporzione tra il compenso pattuito e i ricavi ottenuti; in secondo luogo, i costi relativi all'incremento del compenso andrebbero intesi come un riequilibrio della quota di valore distribuita tra creatori e loro controparti, e non come un onere finanziario aggiuntivo (cfr. *Commission staff working document*, p. 187 ss.).

¹⁰⁵ Tra questi sono espressamente compresi quelli derivanti dal *merchandising* e dalla messa a disposizione dei fonogrammi *online*, ribadendo così l'esigenza che i musicisti siano retribuiti per lo sfruttamento *streaming* delle loro opere e prestazioni.

¹⁰⁶ Come notato da S. DUSOLLIER, *op. cit.*, p. 1025.

¹⁰⁷ L'art. 22 identifica una serie di fattori di cui gli Stati possono tenere conto; in questo contesto, è riconosciuta loro anche la possibilità di escludere l'applicazione del meccanismo di revoca per contenuti che contengono generalmente contributi di una pluralità di soggetti. L'Italia non ha recepito questa disposizione, ritenuta suscettibile di compromettere l'effettività del nuovo diritto; rispetto al caso dell'opera collettiva, ha però previsto che la risoluzione del contratto deve essere chiesta da tutti gli autori ed artisti che abbiano contribuito maggiormente al contenuto.

¹⁰⁸ Ciò soprattutto nel settore musicale; durante le consultazioni con il MIC, gli editori hanno rivendicato che sono spesso necessari tempi lunghi per individuare, e costruire, le migliori op-

5. Il ruolo centrale dell'AGCOM

Il d.lgs. italiano di recepimento della direttiva ha riconosciuto molteplici funzioni all'AGCOM, rafforzando il ruolo centrale che ha progressivamente assunto in materia di diritto d'autore.

Nel corso del tempo si è assistito infatti a un ampliamento delle prerogative a garanzia del diritto d'autore esercitate dall'AGCOM, e all'esautoramento di quelle degli altri soggetti istituzionali competenti in materia (in primo luogo della Società Italiana degli Autori ed Editori). Questo percorso è avvenuto sulla base di fonti normative sparse, non organiche e frutto di una sommatoria progressiva di segmenti di attribuzione di poteri¹⁰⁹. La tappa cruciale si è avuta con l'adozione del Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica¹¹⁰, con cui l'Autorità ha disciplinato un procedimento (ad istanza di parte e alternativo al ricorso all'autorità giudiziaria) volto all'accertamento di violazioni *online* al diritto d'autore e all'emanazione di un ordine di rimozione del contenuto illecito, a pena dell'applicazione di sanzioni pecuniarie¹¹¹.

Com'è noto, il Regolamento ha avuto vicende travagliate. Venne infatti impugnato per l'asserita assenza di norme a fondamento sia dell'esercizio del potere regolamentare dell'Autorità, sia dei poteri inibitori e sanzionatori disciplinativi. Le vicende giudiziarie (e poi anche normative) che ne sono conseguite si sono concluse con il riconoscimento della legittimità dell'atto¹¹², aprendo

portunità di sfruttamento delle opere, in particolare nella fase di crescita e consolidamento dei creatori più giovani.

¹⁰⁹ Cfr., anche ai fini di un approfondimento, M. RAMAJOLI, *Pluralità e coordinamento tra le istituzioni titolari di poteri di enforcement amministrativo del diritto d'autore*, in *Aida*, 2014.

¹¹⁰ Delibera n. 680/13/CONS.

¹¹¹ Per un'analisi del regolamento, F. POSTERARO, *La tutela amministrativa del diritto d'autore online*, in A. PAPA (a cura di), *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Giappichelli, Torino, 2019, nonché i contributi sul tema pubblicati nei numeri di AIDA del 2012 e del 2014.

¹¹² Il TAR Lazio, dopo aver deferito una questione di legittimità costituzionale alla Consulta (ordinanze nn. 10016/2014 e 10020/2014), che la dichiarava inammissibile (sentenza 3 dicembre 2015, n. 247), aveva rigettato il ricorso. Riteneva infatti che una lettura sistematica delle norme (art. 1 della legge n. 249/1997, art. 182-bis della LDA, art. 32-bis del Testo Unico sui servizi di media audiovisivi e radiofonici e d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70) facesse emergere la sussistenza in capo all'Autorità tanto del potere regolamentare che di quelli disciplinati dal Regolamento (sentenza 30 marzo del 2017, n. 4101). Il Consiglio di Stato riformava parzialmente la sentenza di primo grado. Riteneva compatibile con il principio di legalità la funzione normativa esercitata dall'AGCOM (facendo a tal fine esplicito riferimento alla teoria dei "poteri impliciti"), così come l'adozione da parte della stessa di misure volte a inibire e prevenire violazioni al diritto d'autore; giudicava però illegittima la previsione regolamentare di sanzioni pecuniarie in assenza di una circostanziata base legislativa (sentenza 15 luglio del 2019, n. 4933). Il problema veniva successivamente risolto con la legge 17 luglio 2020, n. 77, che, convertendo il d.l. 19 maggio del 2020, n. 34, riconosceva all'Autorità il potere di applicare sanzioni in caso di violazione degli ordini da questa impartiti in materia di tutela del diritto d'autore. Per un'analisi degli argomenti a sostegno e a sfavore della legittimità del regolamento, M. Bassini, *Enforcement del diritto d'autore online e tutela dei diritti "degli altri". Profili costituzionali del Regolamento AGCOM*, in *Federalismi.it*, 2014. Per un commento alla sentenza della Consulta, A. GIANNELLI, *La tutela amministrativa del diritto d'autore online*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 345 ss. Per un commento alla sentenza del TAR, P. SAMMARCO, *Brevi note critiche sul fondamento del potere normativo dell'AGCOM nel procedimento di notice and take down*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2017, p. 334 ss. Per un commento alla sentenza del Consiglio di Stato, P. PANTALONE, *Dove la teoria dei poteri impliciti non può osare: il caso delle sanzioni dell'Agcom in materia di tutela del diritto d'autore online*, in *MediaLaws*, 2019, p. 230 ss. Sul tema dei poteri impliciti, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001. Sul-

così al conferimento di ulteriori compiti all'Autorità, strada imboccata in modo deciso dal d.lgs. n. 177/2021. È utile, allora, dare conto in modo organico delle nuove funzioni attribuite all'AGCOM (comprese quelle previste da disposizioni del decreto non analizzate dal presente contributo), così da fornirne una lettura d'insieme.

In linea con quanto avviene di regola con le autorità indipendenti, che come noto segnano un'eccezione al principio della separazione tra poteri, l'Autorità è chiamata a svolgere contemporaneamente nuovi compiti di regolazione, vigilanza, sanzione e composizione dei conflitti. Si tratta di funzioni che si intrecciano l'un l'altra, considerato che quella di risoluzione delle controversie tende a costituire parte integrante dell'attività di regolazione, dato che contribuisce a tracciare le regole, oltre che a dare concretezza alla vigilanza. Ai sensi del decreto, l'AGCOM farà fronte ai costi derivanti dall'esercizio dei nuovi compiti tramite i proventi di un contributo versato dai soggetti vigilati – previsione in linea con il sistema di finanziamento dell'Autorità, che trae i suoi mezzi di sostenimento dal mercato, tramite contributi a carico dei soggetti vigilati¹¹³.

Le funzioni in materia di regolazione sono molteplici. Sono diverse, infatti, le disposizioni che rimettono all'Autorità l'adozione di linee guida, criteri e regole procedurali. Vi si legge l'incapacità di governo e parlamento di delineare nel dettaglio una materia estremamente tecnica, unita alla consapevolezza che non sarebbe opportuno che la legge intervenga con una disciplina minuta di tipo regolamentare. Il riconoscimento di poteri di regolazione all'AGCOM risponde inoltre all'esigenza che le regole siano delineate a seguito di una fase di ampio dibattito e consultazione con le parti interessate; si è già detto che l'Autorità assicura forme di contraddittorio e consultazione preventiva dei soggetti interessati dall'esercizio della sua funzione di regolazione.

L'AGCOM deve innanzitutto adottare un regolamento per definire i criteri per la determinazione dell'“equo compenso” che i prestatori riconoscono agli editori¹¹⁴, nonché stabilire linee guida sui reclami che i prestatori istituiscono per consentire la contestazione delle loro decisioni in materia di disabilitazione e rimozione dei contenuti¹¹⁵. Si assicura così che una disciplina di stampo pubblicistico fornisca l'impalcatura su cui prestatori devono basarsi per delineare questo procedimento, che incide d'altronde su beni fondamentali, quali le prerogative dei titolari dei diritti d'autore e l'interesse degli utenti alla libera circolazione dell'informazione *online*. Nel delineare le linee guida l'Autorità potrà avvalersi del lavoro fatto per la messa a punto del procedimento di tutela del diritto d'autore *online* di cui al Regolamento citato, adottato in un quadro normativo molto più labile, come detto. All'Autorità è infine

le tecniche interpretative della giurisprudenza amministrativa per giustificare funzioni delle autorità indipendenti non previste puntualmente dalla legge, M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in E. FERRARI-M. RAMAJOLI-M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 265 ss.

¹¹³ Cfr. art. 3 del d.lgs. n. 177/2021. La mancata assunzione di nuovo personale da parte dell'Autorità genera però dubbi sulla sua “tenuta” in questo contesto di forte potenziamento dei suoi doveri; ciò risulta problematico tanto più ove si consideri che una delle critiche più ricorrenti da parte degli operatori è che le autorità non riescono ad adottare i propri provvedimenti in tempi rapidi, compatibili con l'evoluzione tecnologica ed economica del mercato (cfr. M. CLARICH, *op. cit.*, p. 44).

¹¹⁴ Art. 43-*bis*, comma 8, della LDA.

¹¹⁵ Art. 102-*decies*, comma 2, della LDA.

richiesto di disciplinare i dettagli del meccanismo delle licenze collettive con effetto esteso ¹¹⁶, nonché le procedure di risoluzione delle controversie di sua competenza ¹¹⁷.

Queste ultime sono molteplici: il d.lgs. le ha attribuito nuovi compiti di assistenza e composizione delle controversie sia trasferendole funzioni già previste sia introducendo nuove fattispecie. Quanto al primo caso, si è detto che all'AGCOM sono state attribuite le funzioni di mediazione in materia di determinazione dei compensi precedentemente di competenza del Collegio arbitrale di cui all'art. 4 del d.lgs. lgt. n. 440/1945 ¹¹⁸. La *ratio* è rafforzare la tutela delle parti, considerato che il meccanismo del Collegio arbitrale – composto da tre membri, nominati uno da ciascuna delle parti ed il terzo, con funzioni di presidente, dai due arbitri così individuati – è stato poco utilizzato; è infatti foriero di inconvenienti economici (gli emolumenti degli arbitri devono essere corrisposti dalle parti coinvolte) e operativi (vista la necessità di individuare, di volta in volta, soggetti diversi dotati di adeguate competenze specialistiche) ¹¹⁹.

Quanto ai compiti derivanti dall'introduzione di nuove fattispecie, si è detto che è possibile adire l'Autorità in caso di mancato accordo sull'ammontare dell'equo compenso che i prestatori riconoscono agli editori tenendo conto dei criteri da questa definiti ¹²⁰, nonché per contestare la decisione presa dal prestatore a seguito del reclamo relativo alla rimozione o disabilitazione dei contenuti, delineato sulla base delle linee guida dell'Autorità ¹²¹. In questi casi, è evidente che la funzione di risoluzione dei conflitti contribuisce a rafforzare quella di regolazione: la definizione di un singolo caso da parte dell'AGCOM, seppur diretta alle sole parti coinvolte, è suscettibile di tradursi in raccomandazioni per l'intero sistema sui compensi dovuti e sul funzionamento dei meccanismi di reclamo. È infine possibile rivolgersi all'Autorità per le controversie in materia di obblighi di trasparenza e meccanismi di adeguamento contrattuale ¹²², nonché in caso di difficoltà nel raggiungere un accordo per la concessione di una licenza per lo sfruttamento di opere audiovisive su servizi di *video on demand* ¹²³.

Il riconoscimento di questo insieme di funzioni all'AGCOM risponde alla volontà di assicurare che la composizione dei conflitti sia effettuata da un organo strutturato, dotato di requisiti di indipendenza e neutralità e di elevata qualificazione tecnica e specialistica. Garantisce, inoltre, uniformità di giudizi rispetto a controversie suscettibili di avere natura seriale e vantaggi in termini di costi e di tempi, con forme semplificate sul piano procedurale e istruttorio. Si tratta di aspetti fondamentali per i conflitti in esame. Non a caso è il legislatore europeo a richiedere l'introduzione di forme alternative di risoluzione delle contro-

¹¹⁶ Cfr. nota n. 52.

¹¹⁷ Cfr. artt. 46-*bis*, 80, 84 e 110-*sexies* della LDA.

¹¹⁸ Cfr. nota n. 91.

¹¹⁹ Cfr. L. ATTOLICO, *L'equa remunerazione degli autori ed artisti per lo sfruttamento delle proprie opere ed esecuzioni nel mercato digitale: novità e prospettive alla luce della nuova direttiva europea in materia di copyright*, in *Il diritto d'autore nell'era digitale*, p. 87 ss., p. 98.

¹²⁰ Art. 43-*bis*, comma 10, della LDA.

¹²¹ Art. 102-*decies*, comma 4, della LDA.

¹²² Art. 110-*sexies*, della LDA.

¹²³ Art. 110-*ter*, della LDA, di recepimento dell'art. 13 della direttiva, che fa parte delle previsioni dirette a garantire un più ampio accesso ai contenuti protetti.

versie per tutte le fattispecie elencate¹²⁴, esclusa quella relativa al compenso dovuto agli editori, che costituisce un'aggiunta del legislatore italiano. Si pensi alle decisioni del prestatore a seguito del reclamo: un sistema efficace deve garantire la pronta riabilitazione o rimozione del contenuto illecitamente rimosso o mantenuto. Un risultato, questo, difficilmente raggiungibile con gli strumenti ordinari della tutela giudiziaria, destinati a consumarsi in tempi e con costi meno competitivi.

Resta fermo che per tutte le fattispecie in esame l'intervento dell'AGCOM è alternativo alla strada del ricorso all'autorità giudiziaria; ai tradizionali rimedi processuali della tutela privatistica si affiancano cioè nuove possibilità di intervento: gli utenti saranno liberi di optare per l'uno o l'altro apparato rimediabile in base ad una propria valutazione di convenienza.

All'AGCOM sono poi attribuite nuove funzioni di vigilanza, che aggiungendosi a quelle di regolazione e risoluzione dei conflitti definiscono la sfera tipica delle autorità indipendenti come soggetti preposti al complessivo funzionamento di un settore. Si è detto che è chiamata a vigilare sull'adempimento da parte dei prestatori dell'obbligo di fornire agli editori dati sui ricavi che ottengono dall'uso dei loro contenuti¹²⁵. Vigila, inoltre, sull'obbligo di trasparenza introdotto a tutela di autori e artisti in capo a produttori, editori e soggetti terzi cessionari e/o licenziatari¹²⁶. In entrambi i casi, l'attività di vigilanza è concretizzata da poteri sanzionatori, che più degli altri testimoniano la 'pubblicizzazione' della disciplina del diritto d'autore¹²⁷.

Sul punto si evidenzia che la scelta del legislatore italiano di non recepire le disposizioni facoltative della direttiva sulla trasparenza considerate vaghe e quindi suscettibili di compromettere l'effettività dell'obbligo¹²⁸, assicura che all'AGCOM non è rimesso un bilanciamento ancora da farsi in fase di vigilanza e sanzione. Deve piuttosto applicare norme di legge che questo bilanciamento l'hanno già tipizzato in maniera piuttosto definita.

Al di là dell'analisi dei singoli tasselli del mosaico, l'intento complessivo è chiaro: attribuire ad AGCOM un ruolo centrale in materia di diritto d'autore *on-line*, seguendo la tendenza comune nel caso delle autorità indipendenti di procedere per accumulo di funzioni, anche in territori solitamente dominati dal diritto privato, con conseguente loro "amministrativizzazione"¹²⁹.

¹²⁴ Cfr. artt. 13 (messa a disposizione di opere audiovisive su servizi *divideo on demand*), 17, par. 9, (decisioni dei prestatori a seguito del reclamo) e 21 (obblighi di trasparenza e di adeguamento contrattuale) della direttiva.

¹²⁵ Art. 43-*bis*, comma 12, della LDA.

¹²⁶ Art. 110-*quater*, comma 4, della LDA.

¹²⁷ Cfr. a riguardo L.C. UBERTAZZI, *Le PCS ed il futuro dell'autodisciplina*, in *Dir. ind.*, 2010, p. 374 ss., che ragionando sulla deriva 'pubblicistica' derivante dall'aumento delle attribuzioni delle autorità indipendenti rispetto al caso dell'affidamento all'AGCM della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, evidenzia come «Il carattere pubblico di una disciplina non è naturalmente indicato *ex se* dalla sua destinazione a proteggere i consumatori: perché la loro tutela è stata sin qui affidata in *primis* a regole materiali di diritto privato (e ad esempio a quelle relative a nullità ed inibitoria delle clausole abusive). Nemmeno è dato di per sé dall'esistenza di un apparato amministrativo destinato all'applicazione della disciplina: come testimonia la storia passata e recente della c.d. amministrazione pubblica degli interessi privati, a cominciare da quelli connessi alle private industriali titolate. Il carattere pubblico della disciplina mi pare invece sia indicato in modo chiaro dalla previsione di sanzioni amministrative dell'inosservanza delle regole materiali».

¹²⁸ Cfr. nota n. 99.

¹²⁹ Sull'"amministrativizzazione" del diritto d'autore, M. BERTANI, *Internet e la "amministrati-*

Alla base dell'approccio adottato resta la consapevolezza che la tutela di posizioni soggettive private di carattere patrimoniale è funzionale alla tutela dell'interesse pubblico. A seconda della fattispecie, esso è integrato da beni diversi: dalla sostenibilità dell'industria giornalistica, funzionale al pluralismo e alla qualità della stampa, all'accrescimento del patrimonio culturale e creativo.

L'obiettivo generale è assicurare l'adeguatezza dell'intervento pubblico nel settore, che si distingue per un'alta componente tecnica e che è in continua evoluzione. L'Autorità dovrebbe garantire, infatti, qualificazione specialistica ed esperienza elevate, nonché la neutralità e la stabilità che difficilmente sono rinvenibili negli apparati ministeriali, più condizionabili dalle pressioni delle *lobby* e spesso portatori di visioni di breve periodo connesse alle scadenze elettorali¹³⁰.

6. Un futuro denso di sfide

Questo contributo ha analizzato le novità più dibattute della riforma sul diritto d'autore nel mercato unico digitale. Come evidenzierà questa sezione, le questioni che emergono intercettano temi delicati e aprono molteplici aree di approfondimento, che interessano diverse branche del diritto e si intrecciano l'un l'altra. Oltre ai profili di diritto amministrativo in senso stretto (relativi, innanzitutto, ai nuovi poteri dell'AGCOM), vi si rinvengono profili di interesse costituzionale (si pensi ai temi della libertà di espressione *online*, della libertà di iniziativa economica e della qualificazione, e conseguente regolazione, da dare ai giganti del *web*) e di diritto della concorrenza (per esempio, rispetto al comportamento dei grandi prestatori rispetto al nuovo diritto degli editori). Oltre agli aspetti pubblicistici, emergono anche profili di diritto privato; si pensi all'introduzione di regole che incidono su aspetti tradizionalmente rimessi alla libera negoziazione per prevenire abusi di potere negoziale.

Le diverse novità sono dirette a responsabilizzare gli operatori digitali in materia di diritto d'autore; in tal senso, si iscrivono in un quadro più ampio, come dimostrano il *Digital Single Act* e il *Digital Market Act*¹³¹. L'assenza di

vizzazione" della proprietà intellettuale, in *AIDA*, 2012, p. 129 ss. e B. TONOLETTI, *La tutela dei diritti di proprietà intellettuale tra giurisdizione e amministrazione*, in *AIDA*, 2013, p. 335 ss.

¹³⁰ Come evidenziato, «Al pari di altri presidi istituzionali, anche le autorità indipendenti costituiscono uno degli stratagemmi adottati dalle società più ordinate per proteggersi dalla tendenza a prendere decisioni non sagge» (M. CLARICH, *op. cit.*, p. 54).

¹³¹ Il *Digital Services Act* è diretto a contrastare la proliferazione *online* di contenuti e attività illegali, mentre il *Digital Market Act* opera a favore della concorrenza nel mercato digitale. A tal fine, ha elaborato la nuova figura dell'impresa "gatekeeper", nei cui confronti il controllo pubblico non sarà più solo repressivo, ma vedrà la possibilità di incisivi interventi *ex ante*. È tale l'impresa capace di mettere in contatto una pluralità di utenti con una pluralità di imprese e la cui intermediazione costituisce un passaggio necessario per le imprese ordinarie nei rapporti con la propria clientela. Per maggiori informazioni sul *Digital Service Act*: A. SAVIN, *The EU Digital Services Act: Towards a More Responsible Internet*, in *Journal of Internet Law*, 2021 e A. MANGANELLI-A. NICITA, *Regulating Digital Markets. The European approach*, Palgrave Macmillan, London, 2022, p. 167 ss. Per maggiori informazioni sul *Digital Market Act*: G. BRUZZONE, *Verso il Digital Markets Act: obiettivi, strumenti e architettura istituzionale*, in *questa Rivista*, 2021, p. 323 ss. e A. MANGANELLI-A. NICITA, *op. cit.*, p. 137 ss.

L'opera cui mi riferisco è *Regulating Digital Markets. The European approach*, Palgrave Macmillan, London, 2022. Credo sia sufficiente lasciare *op. cit.*: non cito altre opere di Manganeli e Nicita e adesso il riferimento dovrebbe risultare più chiaro (dato che ho sostituito il ri-

regole che in passato ha aiutato lo sviluppo di nuovi modelli e garantito ai consumatori più scelta a prezzi più competitivi, oltre ad una libera circolazione di idee e informazioni, oggi non è più condivisibile. Lo scarso interventismo del legislatore ha sì favorito l'espansione della rete, come si riprometteva, ma ha contribuito allo strapotere di pochi soggetti economici, e comportato minacce per molti diritti. Tra questi, quelli in materia di copyright: sul *web* si assiste a un uso massiccio e non autorizzato dei contenuti protetti, così comune da essere stato a lungo – erroneamente – considerato condizione fisiologica di *internet*. Occorre garantire una ripartizione più equa dei ricavi generati dagli sfruttamenti digitali, assicurando ai titolari dei diritti d'autore la remunerazione che spetta loro. Il rischio è di inaridire le fonti della creatività, e quindi la crescita del patrimonio culturale – oltre che di mantenere asimmetrie tra imprese digitali e imprese più tradizionali.

Le misure introdotte dagli artt. 18-23 sono da salutare con favore: vanno nella direzione di un mercato del diritto d'autore più equo e trasparente, ferma restando la libertà negoziale. Vista la forte opposizione dei soggetti passivi, è però importante vigilare sulla loro applicazione concreta – considerata anche la vaghezza di alcuni termini utilizzati¹³².

L'art. 17 è intervenuto sulla responsabilità delle piattaforme digitali che danno accesso ai contenuti caricati dagli utenti, introducendo una costruzione "ibrida" fra la responsabilità diretta di chi commette un illecito e quella indiretta in capo agli intermediari per fatti di terzi. All'esigenza di tutelare il diritto d'autore, si accompagna quella di non ledere gli altri diritti e interessi coinvolti. L'acceso dibattito che ha accompagnato la stesura dell'articolo ha assicurato sufficienti garanzie di un corretto bilanciamento.

L'adozione di strumenti automatici di riconoscimento in adempimento all'art. 17 solleva questioni complesse riguardo la libertà di espressione garantita all'articolo 11 della Carta. Sembrano però esserci i presupposti perché non siano compromessi i caricamenti legittimi: ai prestatori si chiede di agire diligentemente nei confronti sia dei titolari dei diritti che degli utenti.

Se è vero che l'adempimento dei nuovi obblighi rischia di essere più difficile per gli operatori meno affermati, è anche vero che l'ambito di applicazione del regime di responsabilità è mitigato per i giovani operatori che sperimentano nuovi modelli di *business*, e che vige il principio di proporzionalità. Sono elementi fondamentali, in assenza dei quali le nuove regole rischiano di creare un vantaggio competitivo per gli *incumbent*, ostacolando lo sviluppo di potenziali concorrenti in mercati già altamente concentrati e con elevate barriere all'entrata.

È invece condivisibile la critica relativa al ricorso da parte dell'art. 17 di termini vaghi e indefiniti, che sono probabilmente l'inevitabile risultato di compromessi politici e delicati esercizi di bilanciamento. Per quanto utile ad assicurare un adeguato grado di adattabilità delle norme ai diversi operatori e alle diverse situazioni – in continua evoluzione – questa vaghezza rischia di generare contenziosi. La scelta dell'Italia di non chiarirne il significato, optando per un recepimento *verbatim*, è comunque condivisibile: ulteriori livelli di regolazione rispetto alla normativa primaria rischiano di compromettere l'omogeneità

chiamo ai capitoli di interesse dell'opera, scritti sempre da Manganeli e Nicita, con quello alle pagine).

¹³² Cosa costituisce, ad esempio, una remunerazione "adeguata" e "proporzionata"? Cosa deve intendersi per "mancato sfruttamento"? Stampare un'unica copia di un libro mette a riparo i soggetti cui autori e artisti hanno trasferito i loro diritti in via esclusiva dal meccanismo di revoca?

di applicazione del nuovo regime negli Stati membri ¹³³.

Anche l'art. 15 contiene concetti indefiniti: si pensi a quello di “estratto molto breve”, il cui significato è rimesso ai legislatori nazionali. In realtà, l'articolo sembra rimettere loro il più generale compito di determinare l'impianto del nuovo diritto, per garantirne l'effettività. Il testo si limita a riconoscere agli editori il diritto di autorizzare l'utilizzo *online* dei loro contenuti da parte dei prestatori. Tuttavia, il vero ostacolo per gli editori resta il comportamento ostile dei grandi operatori digitali, ovvero la tendenza ad abusare del loro potere per ottenere autorizzazioni d'uso a titolo gratuito, una situazione che non dovrebbe cambiare sostanzialmente a seguito della direttiva. Inoltre, resta fermo che i prestatori possono sempre decidere di rinunciare a sfruttare le pubblicazioni giornalistiche, anziché iniziare a retribuire gli editori in ragione del loro uso. Sembra quindi difficile che l'art. 15 possa mettere un termine al contrasto tra editori e piattaforme digitali, e occorre attendersi appelli per ulteriori interventi normativi.

La domanda, qui, è se questa disposizione avrebbe potuto essere scritta diversamente, tenendo conto del mercato in cui dovrà operare. Si sarebbe potuto imporre un obbligo di acquisto dei contenuti degli editori che ne facciano richiesta agli operatori digitali con quote di mercato oltre una certa soglia? Una normativa *ad hoc* per Google sarebbe stata possibile (e, ancor prima, desiderabile)? Si tratta di questioni complesse, che coinvolgono aspetti di diritto costituzionale e di diritto della concorrenza, legati, tra le altre cose, alla libertà di espressione, alla libertà di iniziativa economica e al pluralismo dei media. Il tema generale da affrontare è la qualificazione – e conseguente regolazione – da dare alle società che oggi governano la rete, che appaiono sempre meno semplici operatori privati e sempre più prestatori globali di servizi di pubblica utilità ¹³⁴.

A riguardo, e per quanto concerne il nuovo diritto degli editori, sarà interessante seguire quanto sta succedendo in Francia, e vedere se l'antitrust francese si spingerà a imporre l'obbligo di sottoscrivere licenze a titolo oneroso in capo a Google (e, nel caso, se la posizione assunta dall'*Autorité* sarà suscettibile di influenzare quella della Commissione Europea). Per ora, si è limitata a chiarire che il gigante del *web* non può rifiutarsi di negoziare, e di pagare, in modo generalizzato.

¹³³ D'altronde, alle sfide aperte dalle nuove tecnologie «non c'è alcuna risposta nazionalista. Come nel caso del cambiamento climatico, anche per la rivoluzione tecnologica lo Stato-nazione è semplicemente la cornice sbagliata nella quale inquadrare la minaccia». Cit. Y.N. HARRARI, *21 lezioni per il XXI secolo*, trad. it., Bompiani, Milano, 2018, p. 184, ripresa anche da L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google*, Mondadori, Milano, 2020, p. 48, cui si rimanda per un'analisi degli effetti della globalizzazione e delle nuove tecnologie in relazione allo Stato.

¹³⁴ È interessante, a riguardo, la sentenza del Tribunale di Roma del 12 dicembre 2019. Il giudice è giunto alla conclusione che Facebook dovesse riattivare gli account di Associazione di Promozione Sociale CasaPound e del suo dirigente per assicurare la tutela del pluralismo politico prevista dall'art. 49 Cost. Ciò sul presupposto che il *social network* deve essere inquadrato come un “soggetto privato atipico”: il rapporto tra esponenti/partiti politici e la piattaforma non può essere considerato come un rapporto tra soggetti privati qualsiasi, dato che esprimersi su Facebook è divenuto essenziale per prendere parte al dibattito politico italiano. Per un commento all'ordinanza, tra gli altri: O. GRANDINETTI, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della disciplina multilivello dei diritti fondamentali*, in *Media Laws*, 2021, p. 173 ss. Circa la più recente giurisprudenza statunitense ed europea relativa alla qualificazione giuridica dei *social network*, e in particolare alla frequente assimilazione di tali soggetti e dei relativi servizi a caratteri di pubblicità, M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”*. *Spunti di comparazione*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2021, p. 43 ss.

Se in Francia l'efficacia della tutela sembra dipendere nei fatti dagli interventi dell'Antitrust, anche in Italia risulta centrale l'intervento di un'autorità indipendente: l'AGCOM, cui l'art. 43-*bis* attribuisce diverse funzioni, che nel loro insieme dovrebbero contrastare gli abusi di potere negoziale da parte dei prestatori.

Oltre a quelli di cui all'art. 43-*bis*, l'Autorità preposta al mercato delle comunicazioni è chiamata ad esercitare molti altri compiti; una particolarità delle disposizioni italiane attuative della direttiva è infatti proprio il potenziamento delle funzioni dell'AGCOM, che dovrebbe assicurare l'adeguatezza dell'intervento pubblico nel settore, che presenta un alto tasso di tecnicità ed è in continua evoluzione.

In conformità al ruolo centrale attribuitole, il d.lgs. chiede all'Autorità di rendere conto al Parlamento del suo operato trascorsi due anni dalla data di entrata in vigore delle nuove disposizioni¹³⁵. Questa previsione, introducendo una nuova forma di controllo politico, dovrebbe contribuire ad attenuare il problema del *deficit* di legittimazione democratica di cui soffre l'AGCOM, in quanto autorità indipendente. Un risultato importante: per quanto le funzioni attribuitele sembrano presupporre per lo più valutazioni di tipo tecnico, non si può escludere che l'Autorità non dovrà svolgere ponderazioni di interessi, all'atto pratico.

In ogni caso, dalle disposizioni del decreto italiano emerge un orientamento di politica generale chiaro, cui l'AGCOM dovrà attenersi se l'esercizio delle sue funzioni dovesse implicare l'assunzione di scelte non interamente tecniche¹³⁶. Si tratta della volontà di assicurare tutela alle situazioni soggettive che fanno capo alla parte debole, ritenuta funzionale a garantire quella dell'interesse pubblico. A seconda della fattispecie, esso è integrato da beni diversi, che spaziano dalla sostenibilità dell'industria giornalistica, e quindi del pluralismo e della qualità della stampa, all'accrescimento del patrimonio culturale e creativo.

Resta fermo che l'esigenza di tutelare la parte debole va bilanciata con quella di non compromettere gli altri diritti e interessi coinvolti. Non è un compito semplice: occorre proteggere i titolari dei diritti d'autore e dei diritti connessi nel mercato unico digitale senza danneggiare la libertà di espressione e quella di impresa, senza creare vantaggi competitivi per gli operatori digitali già dominanti, e senza rendere più complessa l'attività di quelli meno affermati. A mio avviso, quest'ultima è un'esigenza prioritaria: per rispondere a quella che è, di fatto, una grande concentrazione di potere privato in capo a pochi operatori provenienti da oltreoceano, serve abbattere le barriere all'entrata e creare un ambiente proficuo allo sviluppo di aziende innovative, potenziali motori di crescita per l'Europa e fonti di diversità culturale.

¹³⁵ Cfr. art. 2 del d.lgs. n. 177/2021.

¹³⁶ Ciò in conformità a quanto evidenziato dalla dottrina, secondo cui «[...] una ricostruzione dei poteri delle autorità indipendenti rispettosa dei principi fondamentali dell'ordinamento europeo e nazionale sembra implicare che ad esse debbano in linea di principio essere riconosciute solo competenze che implicino scelte tecniche e non anche politico-discrezionali; e che laddove specifiche norme di legge, derogando a tale regola generale, attribuiscono alle autorità anche poteri propriamente discrezionali [...], questo non può non avere qualche significativa conseguenza sul piano dell'indipendenza funzionale dei regolatori. E infatti, mentre tale indipendenza funzionale è da considerarsi piena ed assoluta relativamente alle loro scelte tecnico-economiche, qualora alle autorità sia richiesto di porre in essere apprezzamenti e ponderazioni di interessi, esse dovranno tenere conto degli (eventuali) orientamenti di politica generale formulati dagli organi politicamente rappresentativi». E. BRUTI LIBERATI, *op. cit.*, p. 126.