



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Civile II

**Piattaforme digitali e diritti degli editori: la
disciplina dell'equo compenso**

RELATORE

Chiar.mo Prof. Roberto Carleo

CORRELATORE

Chiar.ma Prof.ssa Teresa Pasquino

CANDIDATA

Eleonora Fucile

Matr. 161173

ANNO ACCADEMICO 2023/2024

INDICE

Introduzione	p. 6
Capitolo I: Evoluzione del Mercato Digitale e il ruolo delle Piattaforme Online	p. 10
1. La <i>Platform Economy</i> e la sua regolazione.....	p. 10
a) Il <i>Digital Services Act</i>	p. 15
b) <i>Enforcement</i> tra livello nazionale ed europeo.....	p. 18
2. Le piattaforme online come sistemi legali transnazionali privati e sovrani.....	p. 26
3. Dalla auto-regolamentazione alla <i>co-regolazione</i> : un modello emergente.....	p. 33
a) Il rapporto tra Stati e imprese digitali transnazionali.....	p. 38
b) Verso un'auspicata codificazione della co-regolamentazione.....	p. 40
4. Digitalizzazione e democrazia: il c.d. <i>costituzionalismo digitale</i>	p. 42
a) Il modello di co-regolamentazione del Digital services Act sotto la lente della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.....	p. 45
Capitolo II: I Diritti degli editori nell'Era Digitale	p. 52
1. Il diritto d'autore nell'era digitale.....	p. 52
2. Il recepimento della Direttiva 790/2019 in Italia.....	p. 54
3. Critiche e punti di dubbio della Direttiva Copyright: un caso di <i>gold plating</i> ?.....	p. 61

a) Vincolo o incentivo alla negoziazione?.....	p. 64
b) Maggiori poteri all'AGCOM.....	p. 66
c) "Estratti molto brevi".....	p. 67
d) Il nodo della clausola di "best efforts".....	p. 69
4. La tutela della libertà dell'informazione: un obiettivo plurale e democratico.....	p. 74
a) Lo scontro tra diritti fondamentali.....	p. 84
b) Asimmetrie contrattuali tra i due protagonisti.....	p. 89
c) Piattaforme a vantaggio degli editori.....	p. 92

Capitolo III: L'Equo Compenso nel rapporto tra Piattaforme Digitali ed Editori..... p. 98

1. Il nuovo diritto connesso degli editori <i>online</i>	p. 98
a) Il contesto normativo sovranazionale: in particolare la direttiva "Infosoc" e l'interpretazione della Corte di giustizia UE.....	p. 101
b) L'equo compenso (artt. 15 e 16).....	p. 104
c) I titolari del diritto.....	p. 106
d) Gli utilizzatori.....	p. 108
e) Le eccezioni.....	p. 110
f) Gli utilizzi privati o non commerciali.....	p. 111
g) Gli altri casi di esclusione: l'esclusione dei collegamenti ipertestuali, delle singole parole e dei brevi estratti.....	p. 112

h) Gli aspetti economici: la determinazione del compenso spettante all'editore; la rinunciabilità.....	p. 113
2. Il Regolamento dell'AGCOM.....	p. 116
3. La tutela amministrativa del diritto d'autore e i nuovi poteri dell'AGCOM.....	p. 117
a) Il potere cautelare dell'AGCOM.....	p. 120
b) La responsabilità editoriale delle piattaforme.....	p. 123
c) Un mutamento di prospettiva nella sentenza SIAE.....	p. 125
Capitolo IV: Analisi comparativa delle legislazioni sull'Equo Compenso.....	p. 133

1. New York Times V. Chat GPT.....	p. 133
a) La cultura dell'avversione contro forme protettive troppo restrittive.....	p. 134
b) L'attuazione della Direttiva 2019/790 negli Stati membri.....	p. 138
c) La rimozione della sezione Google "News".....	p. 138
i. Francia	p. 146
a. I primi tentativi di protezione giuridica degli editori.....	p. 146
b. L'attuazione della Direttiva Copyright.....	p. 147
c. Le sanzioni irrogate a Google dall'Autorità Antitrust francese.....	p. 148
d. Google e l'abuso di posizione dominante.....	p. 152

e.	L'accordo tra Google e gli editori francesi.....	p. 154
ii.	Germania.....	p. 155
a.	I primi tentativi di protezione giuridica degli editori.....	p. 155
b.	L'attuazione.....	p. 156
c.	Legge sulla responsabilità per i diritti d'autore dei fornitori di servizi di condivisione di contenuti <i>online</i>	p. 158
d.	Ricerca.....	p. 160
e.	Risultati.....	p. 161
f.	Importanti considerazioni.....	p. 164
iii.	Canada e Australia: esempi normativi.....	p. 166
a.	Canada.....	p. 166
b.	Australia.....	p. 169
i.	Il nuovo Codice australiano.....	p. 171

Conclusioni.....	p. 175
Bibliografia.....	p. 178

INTRODUZIONE

La conoscenza, la più promettente risorsa economica dell'era postindustriale, ha portato la nascita di un nuovo modello economico per la crescita e la competitività dei paesi. In questo modello la conoscenza e la creatività fungono da volano per l'innovazione, considerata fattore di estrema rilevanza per le economie nazionali poiché essenziale per l'incremento della produttività. In questo senso, lo strumento di Internet – che ci permette di beneficiare concretamente della rivoluzione digitale – ha la capacità di contribuire ad un aumento di produttività delle imprese tradizionali attraverso l'abbattimento di numerosi costi transattivi nonché di rappresentare il motore per la nascita delle emergenti iniziative imprenditoriali basate sull'uso dell'informazione. È proprio dalla combinazione di Internet e della tecnologia digitale che trae origine quel processo di evoluzione economica – basato sulla generazione e sul trattamento delle informazioni – che ha gradualmente condotto alla c.d. *knowledge economy*.

Di conseguenza, oggi il diritto d'autore giunge a svolgere un ruolo cruciale, poiché dirimente sul piano sociale – toccando valori fondamentali come la libertà di espressione e opinione – e sul piano economico – poiché la sua corretta definizione è preconditione per abilitare l'innovazione e, quindi, la crescita. Ne deriva che la modernizzazione del diritto d'autore costituisce, più che un'opportunità, un'esigenza, in cui l'equanime bilanciamento degli interessi di tutte le componenti della società rappresenta un aspetto ineludibile, e dove la riconsiderazione dei suoi principi deve riflettere il mutato scenario economico derivante dalle trasformazioni tecnologiche.

La progressiva affermazione della cosiddetta “*platform economy*” ha consolidato il ruolo delle piattaforme digitali quali intermediari strategici nella produzione, distribuzione e fruizioni di contenuti informativi ed editoriali. Questo fenomeno ha portato a un'inevitabile riconsiderazione della regolamentazione delle piattaforme *online*, evidenziando questioni centrali legate alla tutela dei diritti degli editori e al riequilibrio dei rapporti contrattuali tra questi ultimi e i colossi tecnologici.

L'espansione del mercato digitale ha acuito le asimmetrie strutturali tra gli editori e le piattaforme digitali, attribuendo a queste ultime un potere crescente nella gestione e nella monetizzazione dei contenuti. La loro capacità di aggregare dati e controllare la distribuzione delle informazioni ha sollevato interrogativi di natura economico-giuridica, richiedendo un intervento normativo capace di assicurare un'equa distribuzione del

valore generato. L'Unione Europea, attraverso la Direttiva 2019/790 sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, ha cercato di rispondere a tali sfide, introducendo strumenti per garantire agli editori un equo compenso per l'utilizzo dei loro contenuti sulle piattaforme digitali. Tuttavia, l'efficacia della direttiva è strettamente legata alla sua implementazione nei singoli Stati membri e alla capacità delle autorità di regolazione di garantirne il rispetto.

La presente ricerca analizza il quadro normativo europeo e la sua trasposizione nell'ordinamento giuridico italiano, evidenziando criticità interpretative e ostacoli applicativi della Direttiva Copyright. Un focus particolare è dedicato al ruolo dell'AGCOM e degli organismi di regolazione nel disciplinare i rapporti tra editori e piattaforme, con un'attenzione specifica alle dinamiche negoziali, alle possibili distorsioni causate dall'asimmetria informativa e agli impatti sul pluralismo informativo e sulla libertà di espressione.

A dicembre 2023 il TAR del Lazio ha sospeso l'applicazione del regolamento dell'AGCOM sull'equo compenso per l'utilizzo *online* delle pubblicazioni giornalistiche, in attesa del parere della Corte di Giustizia Europea, a seguito di un ricorso presentato da Meta Platforms.

Questo regolamento, approvato con la delibera n. 3/23/CONS, stabilisce i criteri per determinare il compenso dovuto agli editori da parte delle piattaforme digitali e dei prestatori di servizi della società dell'informazione.

Tuttavia, il Consiglio di Stato ha accolto l'appello dell'AGCOM, sostenuto anche dalla Federazione Italiana Editori Giornali (FIEG), ripristinando l'efficacia del regolamento e ritenendo che i pregiudizi prospettati da Meta non fossero concreti né attuali, e che il regolamento preveda un meccanismo per giungere a un accordo, lasciando comunque la possibilità di ricorrere al giudice competente.

Con questa decisione, il regolamento dell'AGCOM torna ad essere efficace, consentendo alle trattative tra editori e piattaforme digitali di proseguire secondo i criteri stabiliti per determinare l'equo compenso dovuto per l'uso dei contenuti giornalistici.

Nella domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea le principali questioni giuridiche sollevate riguardano la compatibilità della normativa italiana relative all'equo compenso per l'uso *online* delle pubblicazioni giornalistiche con la Direttiva UE 2019/790 sul diritto d'autore, specialmente l'art. 15.

Meta contesta il fatto che l'art. 43 *bis* della legge sul diritto d'autore imponga obblighi di remunerazione aggiuntivi rispetto ai diritti esclusivi previsti dall'articolo 15 della direttiva.

Inoltre, la normativa italiana obbliga le piattaforme digitali ad avviare trattative con gli editori, fornire dati per la determinazione dell'equo compenso e non limitare la visibilità dei contenuti degli editori nei risultati di ricerca fino alla conclusione delle trattative.

Meta contesta l'obbligo per le piattaforme digitali di fornire informazioni agli editori e all'AGCOM, con un sistema di vigilanza e possibili sanzioni in caso di mancato rispetto. Perciò, a detta della ricorrente, la normativa italiana viola principi fondamentali dell'UE quali la libertà d'impresa (articoli 16 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE), libera concorrenza (articolo 109 del TFEU), principio di proporzionalità (articolo 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE).

Tuttavia, la Corte di Giustizia dell'UE deve ancora pronunciarsi sulle questioni sollevate da Meta.

Se la CGUE dovesse dare ragione a Meta, alcune parti della normativa italiana potrebbero essere modificate o annullate. Se invece confermasse la validità del regolamento AGCOM, Meta sarebbe obbligata a negoziare l'equo compenso con gli editori italiani.

Un ulteriore aspetto centrale della ricerca è l'analisi comparata delle strategie normative adottate da Francia, Germania, Canada e Australia per regolamentare il settore. Il confronto tra i diversi modelli regolatori consente di individuare *best practices* e di valutare soluzioni alternative per una futura armonizzazione delle normative a livello internazionale. L'eterogeneità delle risposte legislative riflette la complessità della questione, richiedendo un approccio multidimensionale e flessibile capace di adattarsi alle specificità dei singoli mercati senza comprometterne l'efficienza.

L'evoluzione tecnologica, in particolare con l'avvento dell'intelligenza artificiale e dei sistemi di *machine learning*, introduce nuove problematiche nella protezione dei diritti d'autore e nella definizione dei criteri di equo compenso.

L'automazione della creazione e della distribuzione di contenuti modifica i modelli di business consolidati, rendendo necessaria una costante revisione della regolamentazione per evitare il depotenziamento delle tutele previste per gli editori. In questo scenario, la cooperazione tra istituzioni pubbliche, organismi regolatori e piattaforme digitali appare essenziale per sviluppare un *framework* normativo equilibrato che favorisca l'innovazione senza compromettere la sostenibilità economica del settore editoriale.

Inoltre, la regolamentazione non può prescindere da un'analisi del ruolo delle piattaforme nella gestione dei dati e nella profilazione degli utenti. L'utilizzo massiccio di algoritmi predittivi e sistemi di intelligenza artificiale consente alle piattaforme di influenzare il consumo dei contenuti in modi spesso opachi.

Questo solleva la necessità di introdurre norme più stringenti sulla trasparenza algoritmica e sul diritto degli utenti di comprendere le logiche di funzionamento dei sistemi di raccomandazione e distribuzione dei contenuti editoriali.

Infine, la ricerca esplora il passaggio da un modello di autoregolamentazione a uno di coregolamentazione, in cui le piattaforme digitali, anziché agire in autonomia, collaborano con le autorità pubbliche nella definizione di regole condivise. Questo approccio rappresenta una tappa fondamentale nell'evoluzione della governance dell'economia digitale, necessitando di un attento monitoraggio per garantire trasparenza, equità e rispetto dei principi concorrenziali nel mercato dell'informazione.

CAPITOLO I

EVOLUZIONE DEL MERCATO DIGITALE E IL RUOLO DELLE PIATTAFORME ONLINE

1. La Platform Economy e la sua regolazione

Le piattaforme digitali sono strutture hardware o software che forniscono servizi e strumenti tecnologici, programmi e applicazioni per la distribuzione, la gestione e la creazione di contenuti e servizi digitali gratuiti o a pagamento, anche attraverso l'integrazione di più media (piattaforma digitale integrata). Una piattaforma digitale può essere *open source* o commerciale e può essere strutturata per l'accesso pubblico o per un target limitato, previa registrazione¹. Può includere informazioni, servizi interattivi, condivisione di *file, download e upload* e servizi di streaming, nonché comunicazione e condivisione di contenuti multimediali. Le piattaforme digitali costituiscono vere e proprie comunità, chiuse o aperte, a seconda che richiedano o meno la registrazione.

Più la piattaforma è chiusa, più l'ecosistema può essere qualificato giuridicamente come un ordinamento giuridico privato.

Le caratteristiche comuni delle piattaforme digitali sono, da un lato, la capacità di trattare una grande quantità di dati e, dall'altro, l'utilizzo di algoritmi per l'estrazione dei dati, anche ai fini della profilazione dei clienti o degli utenti.²

L'UE ha scelto espressamente di non adottare un approccio unico per definire le piattaforme online, ma di affidarsi ad un approccio³ settoriale e orientato ai problemi.

È quindi chiaro che, poiché le definizioni sono funzionali, e la funzione rispetto alle piattaforme digitali è di tipo normativo, i giuristi non hanno fornito definizioni diverse da quelle funzionali alle analisi antitrust, di concorrenza o normative.

Attingendo alla teoria economica del mercato a due o più versanti, si può affermare che l'espressione piattaforme digitali/*online* individua quegli operatori che, avvalendosi di

¹ M. de Reuver, C. Sørensen, R. C. Basole (2018), *The digital platform: a research agenda*, *Journal of Information Technology*, 33, at 127, for digital

² F. Bassan, *Digital Platforms and Global Law*, Edward Elgar Publishing, 2021

³ European Parliament (2017), Resolution on online platforms and the digital single market (2016/2276 (INI)), paras 6-7.

una infrastruttura digitale, sono in grado di mettere in relazione imprese fornitrici di beni e servizi e consumatori/utenti.

Tuttavia, è possibile operare una distinzione tra le piattaforme “per l’attenzione” che forniscono servizi gratuiti sussidiati dalla raccolta pubblicitaria: il corrispettivo “pagato” dagli utenti è la loro attenzione, nonché i dati che forniscono indirettamente (durante la navigazione) o direttamente (dati personali, mediante compilazione di un formulario); e le piattaforme “d’incontro” che offrono un *marketplace* dove diversi soggetti possono interagire (acquirenti/venditori, aziende/lavoratori). In questo caso, il corrispettivo risiede nelle tariffe per l’accesso alla piattaforma oppure per le transazioni.

Nel corso dell’ultimo decennio, le tecnologie digitali hanno interessato molti settori produttivi e si può affermare che, allo stato, non vi è attività produttiva o esperienza di consumo che non stia sperimentando profonde trasformazioni dovute alla diffusione delle tecnologie digitali.

L’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, già nella relazione al Parlamento del 2011, faceva riferimento alla nozione di “ecosistema digitale” per dare conto di un nuovo equilibrio e di un nuovo assetto delle telecomunicazioni e dei media.

Piattaforme, dati e intelligenza artificiale vengono (non a caso) elevati dall’OCSE a cifra distintiva della rivoluzione industriale: nuova (la quarta) e unica nel suo genere (perché mentre le precedenti sono state “accese” da una singola tecnologia (macchina a vapore, energia elettrica, computer), la nuova rivoluzione si caratterizza per un insieme di tecnologie che, grazie ad Internet, si aggregano in modo sistemico.

Alla base della “forza forte” dell’“ecosistema digitale” vi sono due principali elementi. Il primo è di tipo soggettivo e rimanda alla “comunità” di soggetti collegati e comunque interdipendenti, che partecipano alla creazione di valore che nessuna impresa potrebbe creare autonomamente.

Il secondo è di tipo funzionale e rimanda alla vocazione “multi-prodotto” dell’ecosistema, che, facendo leva su un insieme di prodotti offerti in regime di dominanza, estende a raggiera la propria influenza di mercato su altri prodotti e servizi spesso ma non necessariamente complementari o collegati, così consentendo alle diverse imprese aderenti di allineare investimenti e strategie commerciali.

Sono queste caratteristiche “genetiche” che facilitano l’integrazione tra servizi e la convenienza a permanere all’interno dell’ecosistema (mentre i costi di *switching* per gli utenti diventano molto elevati e continuano ad essere incrementati), così richiamando

l'attenzione del diritto della concorrenza a verificarne i profili comportamentali e più di recente quelli strutturali.

È necessario assicurare tra le piattaforme una competizione leale e definire un quadro di regole certo che supporti l'innovazione, senza creare le condizioni per nuove forme di disparità.

Queste piattaforme, infatti, operano sovente come *gatekeeper* (porta di accesso) tra imprese e cittadini, beneficiando di consistenti effetti di rete⁴. In particolare, esse agiscono, progressivamente, come “*gatekeeper of public interests*” in ragione della loro capacità di influenzare il processo democratico di fatto imponendo le proprie regole e il proprio modello di business.

Nell'era digitale, è l'attenzione dei consumatori a costituire una risorsa scarsa ed essa è contesa da tutti gli operatori *online*, da quelli che producono contenuti e da quelli che offrono servizi. In questo senso, le piattaforme digitali tendono ad aggregare l'attenzione dei consumatori organizzando prodotti, servizi, contenuti, facilitando il processo di ricerca e migliorando l'allocazione.

È possibile affermare, dunque, che le piattaforme non si limitano ad esercitare un potere di mercato in senso antitrust (essenzialmente nei confronti degli utenti commerciali), ma più poteri:

1. Quello di “orientare” comportamenti e scelte degli utenti finali sul mercato;
2. Di influenzare la fornitura di servizi di interesse generale come la sanità e l'istruzione;
3. Influenzare/strutturare la sfera privata e nonché la socialità dei cittadini;
4. Influenzare il discorso pubblico con ricadute su politica, informazione e democrazia.

Le determinanti di questa “forza” e di questi diversi tipi di potere, che si aggiungono a quelli di mercato, sono:

1. La capacità di raccogliere e processare grandissime quantità di dati (economie di scopo);

⁴ A. Preta, IT Media Consulting position paper, *Dal Platform to Business all'EU Digital Package Quali regole per le piattaforme digitali*, aprile 2021

2. La capacità di raggiungere una scala globale sia sul lato consumatore che sul lato business, attraverso specifiche strategie aziendali e facile accesso alla finanza (economie di scala);
3. La funzione “regolatoria” che riescono ad acquisire nel gestire i rapporti tra i diversi gruppi che mettono in contatto, tramite l’imposizione dei propri *terms and conditions*, regole/standard delle *community*, sistemi di “raccomandazione”, sistemi di recensioni che costruiscono reputazione, ecc. (effetti di rete);
4. La capacità di limitare il passaggio di utenti ad altre piattaforme, o di fare *multi-homing* (costi di *switching*);
5. La capacità di riconoscere le “debolezze” del comportamento umano ed utilizzarle per provocare comportamenti che siano profittevoli per la piattaforma (e.g.: maggior tempo speso sul servizio, firma di contratti ecc.)⁵

L’emergere delle piattaforme ha sollevato, dunque, un tema di regolamentazione del loro agire che non può essere evidentemente affrontato dal (solo) legislatore nazionale per un duplice ordine di ragioni: in molti casi, le piattaforme fanno capo a soggetti non stabiliti nel nostro Paese, quanto, in molti casi, in Paesi extra-europei. Inoltre, il carattere “transfrontaliero” di ogni piattaforma – la non riconducibilità a un perimetro definito che è insita al mondo Internet – postula la necessità di indirizzi e regole definiti a livello sovranazionale.

Al contempo, si pone altresì l’esigenza di valutare quale sia il tipo di regolamentazione da adottare.

Sebbene, questa esigenza fosse avvertita da tempo, il percorso è stato piuttosto incerto.

In una prima fase, soprattutto a livello nazionale, si è tentato un approccio conservativo nel senso di ricondurre tali soggetti nell’alveo applicativo di norme già esistenti, giustificato peraltro dall’assenza di una normativa di riferimento; successivamente, nel prendere atto delle specificità di tali soggetti e del loro agire “sovranazionale”, è stata percorsa la strada della regolamentazione *ad hoc*.

In particolare, a livello comunitario, è stato spesso sostenuto anche il ricorso alla coregolamentazione e alla autoregolamentazione attraverso l’adozione di codici di condotta rispettosi di principi e indirizzi individuati in atti di portata generale.

⁵ B. A. Liberatore, *Le piattaforme digitali*, in *Manuale di diritto privato dell’informatica*, a cura di R. Bocchini, Napoli, 2023, p.179 ss.

Il primo indirizzo, percorso nel nostro ordinamento dal supremo Giudice di legittimità e condiviso da parte della dottrina, muove da una assimilazione tra i luoghi fisici, aperti al pubblico, e le piattaforme (segnatamente i *social network*) quali *agorà* virtuali: tale assimilazione ha tuttavia sollevato perplessità e ciò alla luce del divieto di analogia in *malam partem* che preclude al Giudice di applicare le norme incriminatrici oltre i casi espressamente disciplinati.

Quanto alla scelta di una regolamentazione *ad hoc*, a livello euro unitario si è assistito alla introduzione di alcuni obblighi in capo alle piattaforme digitali nelle nuove versioni della Direttiva sui Media audiovisivi e in quella che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche, entrambe varate negli ultimi mesi del 2018 e, poi, nel 2019, nel Regolamento che disciplina le relazioni tra le piattaforme *online* e la clientela business (c.d. *Platform to business* regolamento (P2B) UE 2019/1150).

In realtà, il percorso della Commissione europea per garantire un assetto concorrenziale dei mercati digitali può essere fatto risalire all'inizio del decennio scorso, con il varo dell'Agenda Digitale nel 2010.

Tuttavia, solo nel 2020, la Commissione europea ha lanciato il “decennio digitale” europeo, che consiste in un processo di riforma del quadro normativo applicabile allo “spazio digitale” finalizzato a fissare le regole dello spazio digitale e concentrandosi sui dati, la tecnologia e le infrastrutture.

Il pacchetto sui servizi digitali è un'iniziativa legislativa per regolamentare le piattaforme digitali *online*, inclusi i mercati *online*, le piattaforme di *social media*, i motori di ricerca, le piattaforme di videogiochi e altri servizi della società dell'informazione e di Internet. “*Shaping Europe's digital future*”: si tratta del primo importante intervento di settore dopo la Direttiva sul commercio elettronico del 2000, un ambizioso progetto di misure volte a disciplinare i servizi digitali al fine di contenere l'incertezza normativa che ha finora caratterizzato il settore, così delineando una politica industriale per i mercati digitali.

La strategia digitale europea così delineata poggia su tre pilastri: tecnologia al servizio delle persone; economia digitale equa e competitiva; società aperta, democratica e sostenibile.

Gli obiettivi che la Commissione si propone di raggiungere riguardano principalmente:

- la proiezione dei consumatori e degli utenti di internet e la tutela dei diritti fondamentali degli individui nello spazio digitale;

- l'istituzione di un quadro efficace e chiaro con riferimento alla trasparenza delle condizioni di servizio e alla responsabilità delle piattaforme *online*;
- la promozione dell'innovazione, della crescita e della competitività all'interno del mercato unico.

I due fondamenti della regolamentazione europea sul digitale sono rappresentati dalla legge sui servizi digitali (DSA) e dalla legge sui mercati digitali (DMA).

Mentre il DMA riguarda principalmente gli aspetti di mercato e l'assetto competitivo dei mercati digitali attraverso la limitazione del potere di mercato delle piattaforme (integrando la prospettiva antitrust e portando a compimento il processo iniziato con il Regolamento P2B), il DSA mira a proteggere lo spazio digitale dalla diffusione di contenuti illegali e illeciti e a garantire la protezione dei diritti fondamentali degli utenti secondo il principio che "ciò che è illegale *offline* deve esserlo anche *online*".

La Commissione europea ha poi dato impulso a tutta una serie di iniziative normative che prevedono una pluralità di misure su specifici filoni di intervento (contendibilità dei mercati *online*, tutela dei diritti degli utenti e dei diritti fondamentali democratici, sviluppo dell'economia dei dati, spinta all'innovazione e agli investimenti in tecnologia, contrasto all'illegalità *online*) e che contribuiscono a creare un sistema di regole sul digitale particolarmente articolato.

a) Il *Digital Services Act*

Il *Digital Service Act* (DSA), Regolamento (UE) 2022/2065, entrato in vigore il 16 novembre 2022, è destinato ad avere un impatto sulla governance di Internet, non solo in Europa, ma anche a livello globale, essendo il primo importante atto legislativo per il settore a far tempo dalla Direttiva sul commercio elettronico del 2000. Analogamente al DMA, esso introduce un regime orizzontale che si interseca, sotto diversi profili, con le discipline settoriali.

Obiettivo del Regolamento è quello di garantire sicurezza e tutela dei diritti fondamentali nel mercato unico digitale, regolamentando l'attività degli "intermediari *online*": l'art. 3 definisce infatti i servizi intermediari quale categoria generale cui sono altresì riconducibili le piattaforme *online* e i motori di ricerca *online*.

A tal fine, il DSA introduce una nuova regolamentazione finalizzata a contrastare la diffusione di contenuti illeciti e i rischi legati a utilizzi impropri dei servizi digitali (quali, ad esempio, truffe *online*, pirateria, disinformazione, linguaggio d'odio, terrorismo), riformando la direttiva *E-commerce* con la finalità di adeguare il quadro normativo all'evoluzione tecnologica.

I servizi a cui si applica il DSA sono i “servizi della società dell'informazione” della direttiva (UE) 2015/15356 e, in particolare, quelli che secondo il lessico mutuato dalla direttiva *E-commerce* offrono prestazioni di “*mere conduit*” (art.4) ovvero semplice trasporto di informazioni, sono servizi di comunicazione elettronica (tra cui punti di interscambio Internet, WiFi *hotspot*, VPN, servizi DSN) e altri servizi relativi alla gestione dei nomi e domini Internet; “*caching*” (art.5) ovvero memorizzazione temporanea, fornitura di reti per la diffusione di contenuti, CDN – *Content delivery networks*, *proxy* inversi o *proxy* di adattamento dei contenuti; “*hosting*” (art. 6) ovvero memorizzazione, questi servizi costituiscono una categoria ampia di attività di intermediazione cui risultano riconducibili i servizi *cloud* (ma non le infrastrutture in quanto tali), il *web-hosting* e l'insieme delle piattaforme *online* (comprende le piattaforme *web* che mettono in relazione venditori e consumatori, tra cui: siti di *e-commerce*, *platform to business* come *marketplace* e *app store*, piattaforme dell'economia collaborativa, *social network* e *social media*, *video sharing platform*).

Trattandosi del fulcro della disciplina, alle piattaforme *online* il Regolamento riserva una definizione specifica all'articolo 3 cui, in esito al negoziato, si è aggiunta la specifica definizione dei motori di ricerca. Queste due sottocategorie di servizi intermediari, piattaforme e motori di ricerca, sono altresì soggette a una disciplina speciale e destinatarie di obblighi supplementari ove rientrino nella definizione recata dall'articolo 33 di “piattaforme *online* di dimensioni molto grandi” (c.d. VLOPs) e “motori di ricerca di dimensioni molto grandi” (c.d. VLOSEs).

Sono tali le piattaforme che raggiungono più di 45 milioni di utenti attivi al mese in Europa, esposte quindi a rischi maggiori connessi alla diffusione di contenuti illegali e relativi danni alla società.

Di converso, le microimprese e le piccole imprese sono esentate dagli obblighi generali di trasparenza, comunicazione e reportistica annuale che gravano su tutti i

fornitori di servizi di intermediazione, seppur con alcuni accorgimenti previsti all'articolo 29.

I soggetti qualificati come VLOPs e VLOSEs sono sotto la competenza diretta ed esclusiva della Commissione europea.

Per quanto riguarda il rapporto con le altre discipline europee e nazionali, da un lato, il Considerando 9, nel richiamare le finalità di armonizzazione del nuovo quadro regolamentare, chiarisce che gli Stati membri non dovrebbero adottare o mantenere prescrizioni nazionali aggiuntive in relazione alle questioni che rientrano nell'ambito di applicazione del DSA, a meno che ciò non sia espressamente previsto dal Regolamento. Dall'altro lato, lo stesso Considerando 9 fa salva l'applicazione dell'art.3 della direttiva *E-commerce* (principio del Paese d'origine) e, contestualmente, l'applicazione delle discipline settoriali che incidono sui servizi di intermediazione per finalità diverse da quelle perseguite dal DSA. Tali discipline sono menzionate all'art.2, comma 4, e comprendono alcuni plessi legislativi di significativa rilevanza quali, in particolare, la direttiva europea sui servizi di media audiovisivi e la direttiva sul diritto d'autore e i diritti connessi nel mercato unico digitale, che dettano regole più specifiche per alcune tipologie di piattaforme (come le *video sharing platform*) e per il contrasto alle violazioni *online* del diritto d'autore.

L'art. 3 della direttiva riguarda la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno individuando il principio dello stato d'origine come criterio di individuazione del diritto nazionale applicabile ai servizi, che devono pertanto ritenersi assoggettati alla legge dello Stato membro in cui è stabilito il fornitore del servizio.

La disciplina degli obblighi previsti dal DSA è articolata secondo quattro plessi normativi, applicabili cumulativamente secondo un criterio di proporzionalità ai rischi: regime generale valido per tutti gli intermediari digitali; regole aggiuntive specifiche per tutti i servizi di *hosting*; ulteriori obblighi a carattere speciale per i soli servizi di *hosting* che consentono la diffusione al pubblico di contenuti generati dagli utenti (piattaforme *online* che offrono *social network*, *marketplaces*, *app stores*); obblighi supplementari a carico di piattaforme e motori di ricerca disegnati rispettivamente come "VLOPs" e "VLOSEs" dalla Commissione europea.

Il DSA introduce, pertanto, un sistema di obblighi e standard di diligenza graduati a seconda del tipo di servizio di intermediazione e dei rischi associati alle dimensioni e alle diffusività dei servizi offerti al pubblico.

b) *Enforcement* tra livello nazionale ed europeo

La *policy* scelta a livello europeo muove dalla presa d'atto dell'insufficienza delle sole misure di autoregolazione da parte delle piattaforme per limitare la diffusione di *illegal content* e dalle criticità connesse ai caratteri che detta *self-regulation* è andata assumendo. In proposito, si parla di “sovranità digitale” in capo a tali soggetti, che hanno finito per accentrare su di sé la definizione di regole generali, il controllo sul loro rispetto, la costruzione di apparati in linea di massima indipendenti per la risoluzione di eventuali controversie, così mimando “*il potere pubblico [...] anche se tutte le funzioni [...] sono strutturate e rimangono all'interno della piattaforma*”, che presenta “*i tratti tipici di un ordinamento giuridico, autonomo dall'ordinamento generale*”⁶.

Il DSA denota dunque una significativa volontà di riaffermazione del ruolo della eteroregolazione nel campo dei servizi digitali, delineando per la prima volta in modo strutturato una cornice di regole di fonte pubblicistica entro cui incasellare le pratiche di *private enforcement* degli operatori – attuate mediante la moderazione dei contenuti immessi *online* degli utenti, con un rilevante impatto sull'esercizio di diritti fondamentali – *freedom of speech in primis*⁷ – e fissando i criteri di riferimento delle scelte di *self-policing* e dei poteri *lato sensu* “sanzionatori” delle piattaforme⁸.

Il risultato è un apparato di regole alla ricerca di un equilibrio nella composizione di tale dualismo pubblico-privato, nel segno, anzitutto, di un ruolo attivo dei destinatari della disciplina – i c.d. servizi di intermediazione – cui il DSA impone una serie di

⁶ L. Turchia, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2022, 1103 s.

⁷ V. Zeno-Zencovich, *The EU Regulation of Speech. A Critical View*, in *Rivista di Diritto dei Media*, 1, 2023, 11 ss.

⁸ E. Birritteri, *Contrasto alla disinformazione, Digital Services Act e attività di private enforcement: fondamento, contenuti e limiti degli obblighi di compliance e dei poteri di autonormazione degli operatori*

obblighi (si è parlato di “*layer cake*”)⁹ stratificati dal basso verso l’alto, *id est* regole variabili in base alle caratteristiche del *provider* e via via più complesse, per cui il soggetto che si trovi al vertice è tenuto ad osservare sia le disposizioni specifiche per la propria attività, sia quelle dettate per i soggetti collocati ai livelli inferiori¹⁰.

Il DSA tratteggia una complessa “governance pubblica” per l’efficace supervisione e attuazione della disciplina: l’articolazione dei poteri nel regolamento segue uno schema tendenzialmente decentrato che è stato definito come “rete regolatoria condivisa”, in cui le diverse autorità coinvolte in ambito nazionale e la Commissione europea – senza dimenticare il livello “intermedio” rappresentato dal Comitato europeo per i servizi digitali – operano in collaborazione, riservando comunque agli Stati membri un ruolo di primo piano, pur nel contesto di un *framework* normativo armonizzato¹¹.

Dalle previsioni del Capo IV emerge come dell’*enforcement* pubblico del DSA siano titolari sia gli Stati membri – in particolare, attraverso la designazione di un’autorità nazionale di regolamentazione competente, il coordinatore dei servizi digitale -, sia la Commissione europea.

Nel quadro di una “stretta cooperazione” tra livello nazionale ed europeo, l’art. 56 del regolamento traccia una *summa divisio* tra quanto è di esclusiva pertinenza degli Stati membri – ossia, in termini generali, l’esercizio dei poteri di vigilanza e applicazione del DSA, sulla base del criterio del luogo di stabilimento principale del *provider* di servizi intermediari – e gli ambiti di intervento riservati alla sola Commissione – nello specifico, la supervisione sul rispetto degli obblighi più stringenti (Capo III, sezione 5, artt. 33-43 DSA) imposti ai fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi (VLOPs) e ai motori di ricerca online di dimensioni molto grandi (VLOSEs).

Per tutte le altre norme applicabili alle “*large companies*” diverse da quelle appena citate si stabilisce, invece, una “competenza concorrente” tra Commissione e Stati membri (art. 56, par. 3, DSA), ma va sottolineato che l’attivarsi delle autorità nazionali del luogo di stabilimento è subordinato al fatto che la Commissione non

⁹ F. G’sell, *The Digital Services Act*, 89.

¹⁰ L. D’Agostino, *Disinformazione e obblighi di compliance degli operatori del mercato digitale alla luce del nuovo Digital Services Act*, par. 1

¹¹ L. Torchia, *I poteri di vigilanza*, 1111

abbia avviato procedimenti per la stessa infrazione (così il par. 4 del medesimo articolo).

La suddivisione sopracitata è valevole anche per l'ipotesi in cui un fornitore di servizi intermediari non abbia uno stabilimento nell'Unione: esso ricadrà dunque nella competenza dello Stato membro in cui risiede o è stabilito il suo rappresentante legale – che i *provider* in questione, se offrono servizi nell'Unione, possono nominare a norma dell'art. 13 DSA – o in quella della Commissione.

Infatti, l'art. 13, par. 1, DSA prescrive che i prestatori di servizi intermediari che non sono stabiliti nell'Unione ma che ivi offrono servizi “*possono designare per iscritto una persona fisica o giuridica che funga da loro rappresentante legale in uno degli Stati membri in cui offrono i propri servizi*”.

In mancanza della nomina di un rappresentante legale da parte del fornitore, tutti gli Stati membri, e la Commissione per i *provider* di VLOPs e VLOSEs, dispongono dei poteri di vigilanza e applicazione del regolamento, come chiarito dall'art. 56, par. 7, DSA.

Il DSA prevede, all'art. 49, che gli Stati membri designino al loro interno una o più autorità incaricate della vigilanza dei fornitori di servizi intermediari e dell'esecuzione del regolamento (“autorità competenti”). Ciascuno Stato individua, altresì, una delle suddette autorità quale *coordinatore dei servizi digitali*, che risulterà responsabile, a livello nazionale, “*di tutte le questioni relative alla vigilanza e all'applicazione*” del DSA, salvo che determinati compiti o settori non risultino attribuiti ad altre autorità competenti – cosa assai probabile essendo il DSA un regolamento orizzontale che interessa diversi ambiti^{12 13}.

Secondo alcuni commentatori è dunque preferibile¹⁴ che gli Stati membri si muovano nella direzione di designare tali soggetti tra autorità esistenti e con esperienza nei settori vigilati – in Italia, ad esempio, candidature sono state avanzate dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e dal Garante per la protezione dei dati personali -, dando luogo a una sorta di “competizione” per l'attribuzione del ruolo di coordinatore¹⁵.

¹² M. Husovec – I. Roche Laguna, *Digital Services Act: A Short Primer*, in *ssrn.com*, 2

¹³ M. Husovec – I. Roche Laguna, *Principles of the Digital Services Act*, Oxford, 2023

¹⁴ E. M. Tripodi, *Le Autorità competenti, i Coordinatori nazionali dei servizi digitali e il Comitato europeo per i servizi digitali. Brevi note*, in *Diritto di internet*, 1, 2023, 62

¹⁵ G. Buttarelli, *La regolazione delle piattaforme digitali*, 123.

In questo senso, si era già espressa la IX Commissione della Camera dei deputati (Trasporti, Poste e Telecomunicazioni), nel parere reso il 23 giugno 2021 in occasione dell'esame della proposta legislativa europea, indicando l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni quale organismo di diritto interno più idoneo a svolgere le funzioni di *Digital services coordinator*, poi successivamente designata tale ai sensi dell'art. 15, d.l. 15 settembre 2023, n. 123. AGCOM è già competente per la regolamentazione degli intermediari *online*, sia in virtù di discipline settoriali (diritto d'autore, media audiovisivi, *secondary ticketing*), sia orizzontali (Regolamento P2B): tale designazione appare, allo stato, come la soluzione più adeguata e meno gravosa dal punto di vista del coordinamento nazionale.

Essa dovrà, inoltre, individuare le modalità di applicazione delle sanzioni secondo procedure stabilite con proprio regolamento. Si prevede, peraltro, che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, il Garante per la protezione dei dati personali e ogni altra Autorità nazionale competente assicurino la propria collaborazione, i cui aspetti applicativi e procedurali potranno essere disciplinati mediante protocolli di intesa.

I coordinatori sono tenuti ad agire in modo imparziale, trasparente e tempestivo, rendendosi a tal fine necessario che ciascuno Stato metta a disposizione adeguate risorse tecniche, finanziarie e umane e assicuri, del pari, sufficiente autonomia gestionale in relazione al bilancio – elemento questo indispensabile a preservare la piena indipendenza di tali soggetti, chiamati a operare al riparo da influenze esterne e senza richiedere o comunque ricevere istruzioni da parte di altre autorità pubbliche o da privati (art. 50 DSA).

Osservando più da vicino il contenuto dei poteri dei coordinatori nazionali¹⁶, in sede di indagine (art. 1, par. 1) questi possono imporre ai *provider* di fornire, senza indebito ritardo, informazioni relative a una presunta violazione del regolamento (lett. a); essi possono, altresì, effettuare ispezioni presso i locali utilizzati da tali fornitori al fine di esaminare, sequestrare, prendere o ottenere copie di informazioni relative a una presunta violazione in qualsiasi forma, nonché chiedere a un'autorità giudiziaria nazionale di ordinare ispezioni, o a altre autorità pubbliche di procedervi

¹⁶ Sabia, *L'enforcement pubblico del Digital Services Act tra Stati membri e Commissione europea: implementazione, monitoraggio e sanzioni*

(lett. b); da ultimo, i coordinatori dei servizi digitali possono domandare spiegazioni a qualsiasi membro del personale o rappresentante dei suddetti fornitori in merito a presunte violazioni e registrarne le risposte (lett. c).

Rispetto ai poteri di esecuzione di cui all'art. 51, par. 2, DSA, vengono in rilievo il potere dei coordinatori di accettare gli impegni offerti dai *provider* in relazione alla loro conformità al regolamento e di rendere detti impegni vincolanti (lett. a), nonché quelli esercitabili direttamente o facendo richiesta a un'autorità giudiziaria statale di ordinare la cessazione delle violazioni e, se opportuno, imporre misure correttive proporzionate e necessarie a tal fine (lett. b), e di adottare misure provvisorie per evitare il rischio di un danno grave (lett. e). Inoltre, le lett. c) e d) del par. 2 in discorso delineano, rispettivamente, il potere dei coordinatori dei servizi digitali anche per il tramite di un'autorità giudiziaria nazionale – di imporre sanzioni pecuniarie per l'inosservanza del regolamento (dunque, anche con riferimento all'emissione degli ordini di indagine di cui al par. 1), nonché penalità di mora volte a garantire il rispetto di un ordine di cessazione delle violazioni di cui alla lett. b) o di uno dei, già ricordati, ordini di indagine.

Il par. 3 dell'art. 1 DSA prevede, infine, il potere dei coordinatori dei servizi digitali di adottare misure ulteriori nei riguardi dei *provider* a condizioni molto stringenti – sostanzialmente quale *ultima ratio* – laddove tutti gli altri poteri *ex art. 1* siano stati esauriti e la violazione non sia cessata, non vi sia stato posto rimedio o prosegua e causi un danno grave, non evitabile neppure attraverso l'esercizio di altri poteri a livello unionale o nazionale.

Nell'alveo di queste misure rientrano l'imposizione all'organo di gestione di tali fornitori di esaminare la situazione senza ritardo, di adottare e presentare un piano di azione che definisca le misure necessarie alla cessazione della violazione, di provvedere affinché il *provider* le adotti e di riferire su di esse (lett. a); la richiesta all'autorità giudiziaria competente dello Stato membro di ordinare la restrizione temporanea dell'accesso al servizio interessato dalla violazione da parte dei destinatari o, solo se ciò non sia fattibile tecnicamente, la restrizione dell'accesso all'interfaccia *online* interessata dalla violazione (lett. b).

La sezione 2 del Capo I delinea una puntuale disciplina - nel quadro del riparto di competenze tra livello nazionale ed europeo di cui si è parlato – in materia di

assistenza reciproca (art. 57 DSA), cooperazione transfrontaliera tra coordinatori di servizi digitali e deferimento alla Commissione (artt. 58-59 DSA), nonché indagini comuni (art. 60 DSA).

La prima norma rilevante attiene all'assistenza reciproca tra i coordinatori dei servizi digitali e la Commissione, in cui rientrano nell'ottica di una coerente ed efficiente applicazione del DSA lo scambio di informazioni e il dovere, in capo al coordinatore del luogo di stabilimento, di informare tutti i coordinatori dei servizi digitali del luogo di destinazione, il Comitato europeo per i servizi digitali e la Commissione in caso di avvio di un'indagine e rispetto all'intenzione di adottare una decisione definitiva nei confronti di uno specifico *provider* di servizi intermediari (art. 57, par. 1, DSA).

La collaborazione si estrinseca anche attraverso la possibilità che il coordinatore del luogo di stabilimento richieda informazioni – o richieda di esercitare i poteri di indagine ai sensi dell'art. 1, par. 1, DSA ad altri coordinatori dei servizi digitali, i quali sono tenuti a soddisfare la richiesta “senza indebito ritardo” e comunque entro due mesi dal suo ricevimento.

Proseguendo, la previsione in tema di cooperazione transfrontaliera tra i coordinatori dei servizi digitali, *ex art. 58 DSA*, si apre con una clausola di salvaguardia che impedisce ai coordinatori nazionali di attivarsi nel caso in cui la Commissione abbia avviato un'indagine per la stessa presunta violazione.

Merita un cenno anche la disciplina delle indagini comuni che possono essere avviate e dirette dal coordinatore dei servizi digitali del luogo di stabilimento – di propria iniziativa o dietro raccomandazione del Comitato, su richiesta di almeno tre coordinatori con la partecipazione di altri coordinatori interessati, laddove venga in rilievo una violazione del DSA con impatto in più Stati membri.

Anche in sede di indagini congiunte, è poi fatta salva, a specifiche condizioni, la possibilità di deferimento alla Commissione a cura del Comitato¹⁷.

L'architettura del DSA prevede l'istituzione del - più volte menzionato - Comitato europeo per i servizi digitali¹⁸, soggetto in qualche misura “intermedio” tra il livello nazionale - rappresentato dalle autorità competenti, con il ruolo chiave, come

¹⁷ Art. 60, par. 3, DSA

¹⁸ E. M. Tripodi, *Le Autorità competenti*, cit., 63 ss.

illustrato, assegnato ai coordinatori dei servizi digitali - e il livello europeo, che vede protagonista delle attività di *enforcement* destinate ai grandi *player* del mercato digitale la Commissione.

È possibile considerare il Comitato una realtà a “metà strada” nel riparto di competenze tra Stati membri e Commissione, dal momento che esso è composto da coordinatori dei servizi digitali nazionali, ma è presieduto dalla Commissione.

Più in particolare, il Comitato è un gruppo consultivo indipendente di coordinatori dei servizi digitali per la vigilanza sui *provider* di servizi intermediari, la cui *mission* è di contribuire all’applicazione coerente del regolamento e alla cooperazione efficace dei coordinatori nazionali e della Commissione, agli orientamenti e alle analisi della Commissione, dei coordinatori nazionali e di altre autorità competenti sulle questioni emergenti nel mercato interno nelle materie disciplinate dal DSA, nonché di assistere i coordinatori dei servizi digitali e la Commissione nella vigilanza sulle piattaforme *online* di dimensioni molto grandi (art. 61, par. 2, DSA). Quanto alla sua composizione, si prevede la partecipazione di tutti i coordinatori dei servizi digitali degli Stati membri rappresentati da funzionari di alto livello¹⁹.

Questa analisi fa emergere come l’operato della Commissione in tale contesto si orienti in una duplice direzione in generale, come attività di *enforcement* concorrente rispetto a quella dei coordinatori nazionali in rapporto alle possibili violazioni del DSA da parte dei *player* di grandi dimensioni e, particolarmente, come meccanismo esclusivo di risposta alla violazione, perpetrata da tali soggetti, degli obblighi specifici contenuti nella sezione del Capo III.

Ciò a ribadire - fatti salvi i già menzionati obblighi del Capo III, sezione 5 - che di tali categorie di destinatari possano, in principio, occuparsi anche i coordinatori nazionali, pur competendo il “coordinamento generale” alla Commissione.

Rispetto all’assetto dei poteri della Commissione nei confronti delle “*large platforms*”, può osservarsi che essi ricalcano, per molti versi, quelli già visti rispetto ai coordinatori dei servizi digitali degli Stati membri: anche qui vengono in considerazione poteri d’indagine, poteri di esecuzione e di imposizione di sanzioni, ma, da un lato, anche rispetto a tali poteri “comuni”, le norme della sezione dedicata all’*enforcement* da parte della Commissione sono, sul piano dei contenuti,

¹⁹ E.M. Tripodi, *Le Autorità competenti*, cit., 64

maggiormente dettagliate; dall'altro, si aggiungono strumenti peculiari, di cui solo la Commissione dispone, rivolti unicamente a VLOPs e VLOSEs.

All'art. 65 il regolamento si premura anzitutto di precisare che la Commissione può esercitare i poteri di indagine sia di propria iniziativa, sia su richiesta di un coordinatore nazionale, anche prima di avviare un formale procedimento, secondo i dettami dell'art. 66, par. 2, DSA.

Per assicurare un "controllo incrociato" sull'operato della Commissione, si stabilisce in ogni caso che essa debba fornire al coordinatore dei servizi digitali del luogo di stabilimento e al Comitato europeo per i servizi digitali tutte le pertinenti informazioni sull'esercizio dei suddetti poteri, nonché le sue constatazioni preliminari, sulle quali il Comitato è chiamato a fornire un parere.

Inoltre, le norme in tema di poteri d'indagine della Commissione paiono improntate ad assicurare - forse anche in modo ancora più puntuale rispetto alle omologhe disposizioni riguardanti i coordinatori nazionali - un costante flusso di comunicazione e scambio reciproco d'informazioni tra tutti i soggetti coinvolti, a voler garantire - particolarmente per le ipotesi che coinvolgono i *provider* di VLOPs e VLOSEs - non solo uno svolgimento ordinato delle attività, ma un assetto di *checks and balances* sull'esercizio dei penetranti poteri della Commissione.

Questa dinamica di collaborazione e la scelta di fare assegnamento sul ruolo di vari attori si espone, secondo talune letture, a possibili criticità sia dalla prospettiva delle autorità nazionali, sia da quella della Commissione europea.

Con riguardo ai coordinatori dei servizi digitali, si è già anticipato come una delle questioni chiave dell'intera attività di implementazione del DSA dipenderà da come gli Stati membri interpreteranno la designazione di tali soggetti. Anzitutto sul piano domestico, inevitabilmente si richiederà la cooperazione tra il coordinatore e le altre autorità nazionali che potrebbero avere voce in capitolo su questioni specifiche, come in materia di protezione dei dati, concorrenza, telecomunicazioni etc.²⁰

In ottica multilivello, poi, nelle dinamiche di pesi e contrappesi che, come visto, sostengono i "rapporti di forza" tra Stati membri e Commissione, "i limiti intrinseci" alla strategia di individuazione dell'autorità nazionale competente basata sul luogo

²⁰ F. G'ssell, *The Digital Services Act*, cit., 106.

di stabilimento delle piattaforme - sulla scia dei problemi sperimentati con il GDPR, dato che la gran parte di queste ultime ha sede in pochissimi Stati membri – potranno comportare molteplici rischi: dalla erosione delle prerogative degli altri coordinatori

statali, al “sovraccarico” per le amministrazioni nazionali interessate che potrebbero non essere in grado di svolgere in modo rapido ed efficace l’attività di vigilanza, sino al consequenziale esito di un rafforzamento del ruolo di “supplenza” della Commissione europea nei casi di stasi²¹.

Inoltre, la normativa sottolinea, tra i requisiti delle autorità nazionali, quello dell’indipendenza: la circostanza che siano previsti casi di competenza concorrente ed esclusiva della Commissione solleva, secondo alcuni - trattandosi di una istituzione che ha il monopolio dell’iniziativa legislativa -, esattamente la questione della sua capacità di non subire, quale *enforcer* del DSA, condizionamenti legati alla propria agenda e ai propri obiettivi politici in ambiti correlati al regolamento²².

2. Le piattaforme online come sistemi legali transnazionali privati e sovrani

Le imprese transnazionali operano all'interno, all'esterno e al di là dei sistemi giuridici statali. Sono destinatarie di norme, collocate in una scala che va dalla *hard* alla *soft law* (dalle regole tecniche degli organismi di normazione alle norme di autoregolamentazione e ai codici di condotta), che provengono sia dagli ordinamenti statali (quelli di costituzione e quelli in cui operano) sia dal diritto transnazionale (statale e non statale, quest'ultimo sviluppato anche grazie all'azione delle imprese stesse). Il diritto transnazionale sta subendo oggi, a causa dell'evoluzione dell'economia digitale, lo sviluppo più dinamico e mette alla prova le istituzioni storicamente deputate alla produzione di diritto uniforme.

Questa evoluzione, lenta ma costante nella giurisprudenza e nella prassi, ha portato molti in letteratura e alcune corti supreme nazionali a ritenere che una *lex mercatoria*, una legge transazionale non statale applicata da una molteplicità di imprese, Stati e tribunali (nazionali e transnazionali), produca contratti standard e condizioni generali di contratto (come l'UNIDROIT, l'UNCITRAL e la Conferenza

²¹ G. Buttarelli, *La regolazione delle piattaforme digitali*, cit., 123.

²² I. Buri, *A Regulator Caught Between Conflicting Policy Objectives*, specie 79 s.

permanente dell'Aia sul diritto internazionale privato), clausole standard (ad es. INCOTERMS, o i Principi dei contratti commerciali internazionali dell'UNIDROIT), procedure di conciliazione o controversie (ad esempio, le Regole di conciliazione e arbitrato dell'ICC) che finiscono per influenzare anche il contenuto e l'efficacia di questo specifico diritto transnazionale. Al punto che oggi è sempre più diffusa l'ipotesi che la *lex mercatoria* non sia solo legge, ma un vero e proprio ordinamento giuridico transnazionale, basato su una norma consuetudinaria²³.

Il diritto transnazionale nasce dall'esigenza di interpretare una realtà che non trova risposte nella mera interrelazione e contrapposizione degli ordinamenti statali tra loro e con il diritto internazionale, e per questo motivo richiede l'individuazione di una base giuridica per la produzione delle norme transnazionali messe in luce dalla pratica²⁴.

Si richiede perciò un “cambio di paradigma” nell'identificazione di un ordine non nazionale, che non si identifica con quello di uno Stato o con un ordine composto da Stati (organizzazioni internazionali) o con l'ordine internazionale. Al punto che alcuni ritengono che il diritto transnazionale non sia altro che una metodologia giuridica, come il diritto comparato²⁵.

Rispetto alle imprese transnazionali tradizionali, le piattaforme digitali presentano caratteristiche proprie che, se da un lato non le differenziano dalle prime in termini generali (appartengono allo stesso genere), dall'altro permettono di individuare profili del tutto peculiari (come una specie a sé). Si tratta, in primo luogo, di imprese transnazionali che, come le altre, operano attraverso società costituite in più Stati, sono soggette alle loro regole in materia di conduzione degli affari, di fiscalità, di lobbying sulle normative locali per snellire gli obblighi di *compliance*, e sono quindi tra i principali promotori della *lex mercatoria*.

Il processo di integrazione tra sistemi pubblici (internazionali, statali) e privati (camere arbitrali, norme e codici di condotta, tra gli altri) è in progressiva

²³ F. Bassan, *Digital Platforms and Global Law*, Edward Elgar Publishing, 2021

²⁴ P. Glenn (2003), *A transnational concept of law*, in P. Cane, M. V. Tushnet (eds), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, 839-862

²⁵ P. Zumbansen (2006), *Transnational law, evolving*, in J.M. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing, 899

formazione; le imprese digitali transnazionali, che fanno parte di questa evoluzione, assumono quindi caratteristiche peculiari.

Le *policy* interne definiscono il perimetro dei diritti dei membri della *community*: dalla protezione dei dati personali, alla libertà di parola - dove si attuano anche principi di diritto internazionale - all'uso e alla rimozione di immagini inappropriate, o di contenuti protetti da copyright, al contenuto dei contratti tra gli utenti, il cui adempimento è controllato dalla piattaforma, ai sistemi con cui si costruisce (e si distrugge) la reputazione dei membri della *community*. Le imprese digitali transnazionali hanno quindi un potere normativo quando stabiliscono e impongono alla propria comunità digitale regole e pratiche (*policy*) che tale comunità deve rispettare e che solo parzialmente - e ormai incidentalmente - coincidono con la legge di uno o più Stati in cui operano.

La moderazione dei contenuti da parte degli intermediari *online* mette in discussione lo Stato di diritto in tre modi: offusca la distinzione tra interessi privati e responsabilità pubbliche; delega il potere di fare scelte sociali sulla legittimità dei contenuti ad algoritmi opachi; aggira la salvaguardia costituzionale della separazione dei poteri²⁶.

Per quanto riguarda la libertà di parola, le piattaforme esercitano un potere normativo quando filtrano, bloccano e rimuovono i contenuti, su richiesta di agenti governativi o attori statali, definendo il parametro pratico per l'illegalità, adattandolo alle mutevoli circostanze e applicandolo a espressioni particolari. Di conseguenza, le piattaforme fondono efficacemente i poteri di applicazione della legge e di giudizio, e talvolta persino i poteri legislativi, senza tuttavia essere sottoposte ad adeguati controlli costituzionali²⁷.

Queste comunità hanno tutti gli elementi di un sistema giuridico: sono ordini "concreti"²⁸, ugualmente legittimi come gli altri perché esistono a prescindere dal riconoscimento esterno. Si evolvono trasformandosi. Sono transnazionali perché operano all'interno degli Stati di cui rispettano alcune regole e principi, ma anche

²⁶ N. Elkin-Koren, M. Perel (2020), Guarding the guardians: content moderation by online intermediaries and the rule of law, in G. Frosio (ed.), *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, 669-678

²⁷ N. Elkin-Koren, M. Perel (2020), Separation of functions for AI, *Lewis & Clark Law Review*, 24(3), 861

²⁸ C. Schmitt (1934), *On the Three Types of Juristic Thought*, Praeger.

all'esterno (in diversi ordinamenti statali) e oltre gli Stati (soggetti di diritto transnazionale).

Le imprese digitali transnazionali nascono sul mercato come strumenti di mercato, ma si trasformano progressivamente in sistemi giuridici. L'evoluzione tecnologica trasforma le imprese transnazionali anche a livello ontologico e non solo qualitativo, rendendole non più imperfette ma complete²⁹. In quanto sistemi indipendenti, le imprese transnazionali non sono irrilevanti; d'altra parte, per gli ordinamenti giuridici statali, non sono prese come un fatto ma come un dato giuridico, come un sistema "altro".

Tutte le piattaforme digitali, chiuse o aperte, prevedono meccanismi interni di risoluzione delle controversie. La loro esistenza non è solo ammessa dagli Stati, ma anche espressamente richiesta dalla normativa nazionale e, di fatto, legittimata³⁰.

L'articolo 20 del Digital Services Act è significativo in questo senso, in quanto prevede che le piattaforme *online* lavorino con organismi di risoluzione delle controversie indipendenti e certificati, ai quali gli utenti possono presentare reclami quando ritengono che i loro contenuti siano stati rimossi ingiustamente e quindi tutelare la libertà di espressione degli utenti. Ai sensi dell'articolo 18 della Proposta, gli utenti dovrebbero passare attraverso le procedure di reclamo interne alle piattaforme prima di avere il diritto di rivolgersi a un organismo indipendente di risoluzione delle controversie. Si tratta di una sorta di applicazione del principio di diritto internazionale del previo esaurimento delle vie di ricorso interne, che rafforza l'impostazione del rapporto tra Stati e piattaforme digitali in termini di relazione tra gli ordinamenti giuridici pubblici e privati³¹.

Tra i *social network*, quello con i sistemi più avanzati è probabilmente Facebook. Nel 2019, Facebook ha istituito un Oversight Board for Content Decisions, un gruppo di quaranta esperti che esamina le decisioni più impegnative di Facebook per consentire o rimuovere contenuti da Facebook o Instagram. Il fondamento giuridico delle decisioni dell'Oversight Board è la Carta dell'Oversight Board, un documento

²⁹ S. Romano (1918), *The Legal Order*, Routledge, nota 28, p. 199 ss.

³⁰ R. van Loo (2020), The new gatekeepers: private firms as public enforcers, *Virginia Law Review*, 106, 467

³¹ S. Vezzani (2013), Prior exhaustion of internal remedies in cases involving the international responsibility of the European Union, *The Italian Yearbook of International Law*, 22(1), 59-89

simile a una costituzione³² che stabilisce il rapporto strutturale tra Facebook, l'Oversight Board e il Trust che si trova tra loro. I principi della Carta sono attuati dal Regolamento che risolve molte questioni lasciate aperte dalla Carta.

Il Consiglio ha un'ampia giurisdizione in materia e, esercitando un giudizio indipendente, ha il potere di annullare le decisioni di Facebook, di rimuovere contenuti e di raccomandare modifiche agli Standards della comunità³³. Lo Statuto specifica, inoltre, che qualsiasi decisione precedente del Comitato su un contenuto specifico avrà un valore di precedente “altamente persuasivo”. La decisione del Comitato - che deve includere una specifica “determinazione del contenuto”, nonché il ragionamento e la spiegazione della decisione - viene inviata all'intero Oversight Board per la revisione dove deve ricevere un voto di maggioranza per essere formalmente adottata. La decisione è vincolante e Facebook la attuerà tempestivamente, entro sette giorni dalla pubblicazione della decisione del Consiglio, “a meno che l'attuazione di una risoluzione possa violare la legge”; legge nazionale, si suppone, in quanto il Consiglio applica direttamente i principi del diritto internazionale (cioè i principi relativi ai diritti umani). Tuttavia, il riferimento non è ancora chiaro, perché questi principi dovrebbero prevalere sul diritto interno. L'indipendenza del Consiglio - che sarà ovviamente misurata e valutata nel tempo³⁴ - garantisce una primitiva ma efficace separazione dei poteri. Facebook è in realtà l'avamposto di frontiera di uno statuto ordinato dei *social network*: l'Oversight Board è un sistema di arbitrato privato e indipendente, che garantisce ai membri della comunità di Facebook un “giusto processo”.

Al contrario, Twitter, nonostante eserciti e applichi un controllo sui contenuti certamente più incisivo di quello di Facebook, non prevede procedure di reclamo o di appello. E nemmeno Google.

Le piattaforme digitali, anche se non classificabili in modo stabile perché altamente dinamiche, alla ricerca del mercato e della massima efficienza, tendono sempre più a trasformarsi in organismi indipendenti, in ecosistemi (a livello economico) e quindi, a livello giuridico, in ordini legali.

³² Oversight Board Charter, Facebook, https://about.fb.com/wp-content/uploads/2019/09/oversight_board_charter.pdf (<https://perma.cc/H53N-PHP4>)

³³ K. Klonick (2020), The Facebook Oversight Board: creating an independent institution to adjudicate online free expression, *Yale Law Journal*, 8, 2419-2499, at 2464

³⁴ K. Klonick, The Facebook Oversight Board, *supra*, nota 42, p. 2481 ss.

Le piattaforme digitali, tuttavia, hanno caratteristiche peculiari che le distinguono dagli altri sistemi privati, a livello qualitativo. Sono infatti sempre più autonome dai sistemi statali e tendono a diventare indipendenti da essi.

L'evoluzione della prassi e della giurisprudenza sarà più o meno rapida, grazie alla capacità delle piattaforme digitali di sostituire il diritto statale con il diritto internazionale interindividuale. La sostituzione è ovviamente relativa, non assoluta: le piattaforme digitali regolano solo parti delle attività della comunità; tuttavia, si tratta di aspetti sempre più numerosi e decisivi, non solo legati a finalità economiche.

Le diverse teorie giuridiche sull'attività delle piattaforme digitali hanno un difetto comune, che consiste nel cercare di produrre, per quanto riguarda l'attività delle piattaforme digitali, l'approccio classico della soggettività internazionale, basato su persone, territorio e governo.

Tuttavia, è ormai un dato consolidato che la soggettività, a livello transnazionale e internazionale, si basa sul doppio presupposto dell'indipendenza e dell'effettività³⁵. Pertanto, il “luogo” in cui operano le piattaforme digitali non è Internet: sono le relazioni internazionali.

La definizione di personalità internazionale non è univoca. La nozione classica la identifica nella presenza di tre elementi costitutivi: la capacità di concludere accordi internazionali; la capacità di stabilire relazioni diplomatiche; la capacità di avanzare rivendicazioni internazionali (concezione statualista³⁶). La concezione alternativa, che si basa su un unico criterio: la capacità di essere investito di diritti e obblighi dal diritto internazionale³⁷, non è meno rigorosa, compatibile con la *ratio* espressa dalla Corte internazionale di Giustizia nel caso *Reparation*³⁸ e coerente con l'evoluzione del diritto internazionale contemporaneo.

³⁵ J. Grzybowski (2017), To be or not to be: the ontological predicament of state creation in international law, *European Journal of International Law*, 28(2), 409-432

³⁶ R. Portmann (2010), *Legal Personality in International Law*, Cambridge University Press

³⁷ H. Lauterpacht (1970), The subjects of international law, in E. Lauterpacht (ed.), *International Law. Collected Papers of Hersch Lauterpacht, Volume 1: The General Works*, Cambridge University Press, 147

³⁸ ICJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949, 174, 179)

La dottrina e la prassi non considerano le imprese multinazionali e transnazionali come soggetti di diritto internazionale. Pochi autori ammettono una personalità giuridica limitata delle imprese transnazionali, in aree specifiche (ad esempio, diritto degli investimenti, obblighi in materia di diritti umani)³⁹. Per questo motivo è necessario indagare se e in che misura il risultato può essere diverso quando si tratta di una certa categoria di imprese transnazionali, le piattaforme digitali, che sono di fatto sistemi giuridici privati.

Le piattaforme digitali non nascono né si sviluppano all'interno del sistema giuridico internazionale. La piattaforma digitale non può quindi essere una persona giuridica internazionale. La piattaforma digitale è, tuttavia, un'entità di fatto di diritto internazionale, rilevante nella misura in cui opera in quello spazio giuridico come "potere". Ma questa è una situazione di fatto, che va verificata nella sua evoluzione storica. Se la piattaforma digitale non opera (o non opera ancora) nel diritto internazionale come "potere" paragonabile allo Stato, opera comunque nel diritto internazionale interindividuale, che si contrappone al diritto internazionale interstatale. Il diritto interindividuale comprende ovviamente l'insieme delle norme primarie e secondarie su cui si basa l'ordinamento giuridico (e quindi l'organizzazione interna) della piattaforma digitale.

Ai fini della verifica dell'operatività di fatto della piattaforma digitale come "potere", i requisiti storicamente ritenuti necessari per l'attribuzione della personalità giuridica dello Stato (popolo, territorio, governo) non sono rilevanti, e non solo perché non sono decisivi nemmeno nel diritto internazionale contemporaneo (dimostrano piuttosto effettività e indipendenza), ma perché è ontologicamente impossibile parlare di personalità giuridica internazionale, essendo questi enti rilevanti per il diritto internazionale solo "di fatto". Non sono "organi", ma solo "privati" dell'ordinamento giuridico internazionale. Questa conclusione è importante, tra l'altro, perché valorizza anche la concezione privatistica del diritto internazionale, che meglio rappresenta le relazioni intersoggettive tra privati (norme primarie), e rimanda il diritto pubblico in senso stretto, nel diritto internazionale, a norme secondarie (organizzative).

³⁹ I. Brownlie (2003), *Principles of Public International Law*, 6th edn, Oxford University Press, 65

Il giurista Arangio-Ruiz qualifica il diritto interno delle organizzazioni internazionali come una forma di “diritto internazionale interindividuale”, distinto dal “diritto nazionale interindividuale” degli Stati. Tra le forme di diritto internazionale interindividuale vi sono anche le norme di diritto privato che non rientrano nel diritto internazionale o nel diritto nazionale, tra cui la *lex mercatoria* e altre forme di diritto transnazionale⁴⁰.

La pratica delle piattaforme digitali evidenzia un'evoluzione specifica del diritto globale, che mostra la cooperazione tra piattaforme digitali, Stati e organizzazioni internazionali. In questa prospettiva, il diritto globale non appare tanto un diritto alternativo al diritto transnazionale (con il quale, al contrario, si identifica ampiamente) e al diritto internazionale. Non evidenzia una frattura o un contrasto tra le pratiche delle multinazionali e degli Stati: operano nello stesso ambiente.

Il diritto globale delle piattaforme digitali costituisce quindi un'applicazione del diritto internazionale interindividuale (interno) e del diritto internazionale interstatale (esterno). In questi termini, che coincidono con le conclusioni di Arangio-Ruiz (con riferimento ad altri protagonisti del diritto internazionale), si può ammettere l'esistenza di un diritto globale delle piattaforme digitali, pienamente confermato dalla prassi.

3. Dalla auto-regolamentazione alla *co-regolazione*: un modello emergente

Siamo in una nuova fase dell'Unione Europea: l'era della “*necessaria politica europea di crescita sostenibile e inclusiva*”⁴¹. La crescita deve essere sostenibile e inclusiva: la Germania, motore economico dell'Unione, è consapevole che la regionalizzazione della globalizzazione rende il mercato europeo ancora più strategico, per cui la concorrenza tra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri non è più un interesse da perseguire ma un pericolo da evitare.

Nell'attuale quadro evolutivo, l'*hardware* è cinese, il *cloud* prevalentemente americano, all'Unione Europea non resta che definire le regole.

⁴⁰ G. Arangio-Ruiz, (2003), Dualism revisited: international law and interindividual law, *Rivista di diritto internazionale*, nota 8, 992-993

⁴¹ F. Bassan (2020), La nuova Unione Europea: una politica di crescita sostenibile e solidale necessaria, *Astrid Rassegna*, 320

Definire le regole significa guidare la tecnologia, indirizzarla verso la tutela dei diritti che l'Unione Europea ritiene siano alla base del suo comune benessere continentale.

Nel diritto dell'informatica la *soft law* ha assunto un ruolo rilevante per diverse ragioni: per le sue caratteristiche di flessibilità e fluidità, per la capacità di cogliere le peculiari specificità del settore provenendo proprio da chi a quel settore appartiene e ha, quindi, le necessarie conoscenze tecniche e un'esperienza maturata, per la facilità di rincorrere la rapida evoluzione dell'economia digitale.

In particolare, con riferimento alle attività commerciali e di intermediazione che sono svolte dalle piattaforme *online*, la diffusione della *soft law* è dovuta principalmente all'assenza di una normativa, che, a livello internazionale, disciplini queste realtà economiche, le quali, operando in una dimensione globale, sfuggono alle norme del singolo Stato.

La mancanza o l'insufficienza di una regolamentazione proveniente dall'alto favorisce, quindi, il proliferare di regole previste dalle stesse piattaforme digitali e inserite in codici di condotta.

Tuttavia, nel mondo dell'economia digitale si è passati dalla elaborazione spontanea di codici di condotta alla elaborazione per così dire "indotta" dalla recente legislazione europea.

La funzione assegnata ai codici di condotta è, principalmente, di integrare le regole giuridiche poste a livello europeo.

Le migliori pratiche sul mercato vengono adottate dalle autorità nazionali di regolamentazione e vigilanza come parametri di riferimento e portate al forum delle autorità europee, che elaborano standard tecnici o, quando necessario, proposte alla Commissione UE, che poi adotta atti esecutivi o emana atti legislativi che il Consiglio e il Parlamento UE approvano rendendoli vincolanti. Il vantaggio è che le *best practices* sono vincolanti (auto-vincolanti per le aziende che le adottano) immediatamente, o non appena le autorità nazionali ed europee le propongono come standard o linee guida.

Questa evoluzione produce effetti diretti in termini di innovazione tecnologica e piattaforme digitali, poiché nella modernizzazione del quadro normativo le autorità nazionali di più Stati membri possono coordinarsi e negoziare congiuntamente⁴², nonché

⁴² E. Manstenbroek, D. S. Martinsen (2018), *Filling the gap in the European administrative space: the role of administrative networks in EU implementation and enforcement*, *Journal of European Public Policy*, 25(3), 422-435

sanzionare efficacemente eventuali inadempienze (con quello che, comunque, è un accordo raggiunto sulla base di un impegno assunto dalla piattaforma). Questo vale per la concorrenza e dovrebbe valere anche per le autorità di regolamentazione, coordinate tra loro sia verticalmente (con le autorità di vigilanza o di regolamentazione dello stesso settore negli altri Stati membri e con quella europea o, in mancanza, con la Commissione Europea) sia orizzontalmente (con le autorità di altri settori nel Paese di origine).

Nell'ordinamento italiano, la legittimazione costituzionale di questo processo evolutivo trova fondamento nel principio di sussidiarietà orizzontale, introdotto dalla l. cost. n.3 del 2001, la quale ha sostituito il testo dell'art.118 Cost. e ha formulato all'ultimo comma detto principio.

Ai sensi dell'art. 118, ult. comma, Cost.: *“Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”*.

L'innovazione si inserisce nella riforma del Titolo V della Costituzione, che ha inciso profondamente sul sistema delle fonti del diritto. In particolare, il principio di sussidiarietà orizzontale comporta una diversa distribuzione di competenze tra potere normativo dello Stato e potere di autoregolazione dei privati con riguardo alla disciplina di interessi generali appartenenti alla sfera privatistica. In questo ambito il primato della legge statale cede di fronte a fenomeni di regolazione sociale proveniente dal basso, ovvero da istituzioni, associazioni, categorie e, in termini più ampi, autorità private, le quali, essendo vicine ai cittadini e alle posizioni giuridiche da tutelare, sono in grado di raggiungere in modo più efficace ed efficiente un equilibrato componimento degli interessi in gioco.

La complessità, frammentazione e articolazione dell'attuale società richiedono, infatti, sempre di più, regole dettagliate e specifiche che provengano proprio dai settori interessati. Il potere normativo dello Stato interviene solo in via sussidiaria, qualora, cioè, attraverso gli strumenti dell'autonomia privata non si possa pervenire ad un soddisfacente bilanciamento dei diversi interessi confliggenti: è questo il significato che assume il principio di sussidiarietà orizzontale declinato con riguardo alla funzione normativa.

Nella diversa, rinnovata concezione delle fonti del diritto espressa dalla riforma del titolo V della Costituzione, l'autoregolamentazione privata, ovvero la *soft law*, acquista, quindi, dignità di fonte di produzione normativa.

Le regole poste da autorità private, nella misura in cui dettano prescrizioni comportamentali e una disciplina generale dei rapporti, vengono ad incidere nella sfera giuridica altrui e non possono più essere qualificate come regole autonome: da regole autonome diventano regole giuridiche.

Difatti, la regola di autodisciplina, nella misura in cui prescrive canoni di comportamento improntati alla correttezza e alla diligenza, determina il sorgere di situazioni giuridiche soggettive suscettibili di essere tutelate in giudizio in capo a soggetti terzi, diversi da coloro dai quali promana e ai quali si rivolge la regola stessa. Quest'ultima esce così dai confini segnati dall'autonomia privata, ovvero dall'ordinamento particolare della categoria, per espandersi nell'ordinamento giuridico.

La mutata logica del sistema normativo porta, pertanto, a ravvisare nell'autoregolazione che si esprime nei codici di condotta una fonte del diritto di grado secondario, la quale, in quanto tale, è subordinata, oltre che ai principi generali dell'ordinamento, alle leggi e ai regolamenti.

Di certo la regolamentazione pubblica e quella privata sono due vasi comunicanti. La regolamentazione pubblica interviene quando quella privata fallisce: applicando il principio di sussidiarietà l'autoregolamentazione privata può risultare sufficiente, mentre la regolamentazione pubblica interviene solo per colmare le lacune esistenti⁴³, specialmente le garanzie che le regole tra privati non riescono ad assicurare.

Questa evoluzione si inserisce a pieno titolo nel pensiero dominante su cui si è basata la regolamentazione europea degli ultimi due decenni, secondo cui la co-regolamentazione, necessaria se l'autoregolamentazione è inefficace, è una camera di compensazione per i vasi comunicanti, in cui la regolamentazione privata e quella pubblica si incontrano, e l'intervento pubblico è consentito in via sussidiaria e nel rispetto del principio di proporzionalità. Per co-regolamentazione si intende, ovviamente, la cooperazione tra le autorità di regolamentazione e il mercato nella formazione delle regole che quest'ultimo non è in grado di stabilire attraverso l'autoregolamentazione⁴⁴.

La regolazione non proviene esclusivamente dalle piattaforme, ma è prodotta attraverso la partecipazione dei soggetti coinvolti, ovvero unitamente agli utenti commerciali e alle

⁴³ I. Bartle, P. Vass (2007), *Self-regulation within the regulatory state: towards a new regulatory paradigm?*, *Public Administration*, 85 (4), 885-905.

⁴⁴ I. Rubinstein (2018), *The future of self-regulation is co-regulation*, in E. Selinger, J. Polonetsky, O. Tene (eds), *The Cambridge Handbook of Consumer Privacy*, Cambridge University, 503-523

loro organizzazioni, per meglio comporre e trovare un bilanciamento tra i diversi interessi in gioco, ed è mirata alle specifiche particolarità del singolo settore.

La co-regolamentazione prevede la partecipazione alla formazione della *lex mercatoria* da parte delle autorità di regolamentazione per compensare le asimmetrie del mercato. Permette alle aziende di garantire certezza, in termini di conformità e forza, nella negoziazione con le piattaforme digitali.

La co-regolamentazione comprende anche la ricostruzione di condizioni di parità a livello contrattuale, uno strumento di regolazione della concorrenza che il Digital Market Act della Commissione europea ha introdotto come misura *ex ante*.

Ne consegue che la co-regolamentazione trova un'applicazione specifica nelle applicazioni intersettoriali e spesso al di là dei confini di uno Stato membro. Da qui la necessità di una cooperazione tra le autorità sia in senso verticale che orizzontale che consenta un'evoluzione normativa differenziata in base alle esigenze e alle sensibilità giuridiche prevalenti nei vari ordinamenti.

Le piattaforme digitali sono i nuovi attori del mercato (ecosistemi autonomi) e non possono essere destinatarie di una regolamentazione classica, che è inefficace: è un radar contro il quale volano troppo in alto, o troppo in basso (a seconda dei casi e delle interpretazioni). Perché sono nati non regolamentati⁴⁵. Perché finora hanno operato in assenza di regolamentazione. Pertanto, oggi si pone il problema della loro collocazione nello spazio giuridico in cui effettivamente operano, che è nazionale, transnazionale e probabilmente internazionale.

Si tratta perciò di capire (ed accettare) che le regole non possono essere imposte dall'alto verso il basso, ma si sviluppano attraverso la cooperazione. Con le piattaforme digitali, il massimo che gli Stati possono ottenere è negoziare, influenzando le migliori pratiche e stabilendo quali di esse debbano diventare punti di riferimento e standard sulla base del benessere che l'Unione vuole garantire.

Inoltre, esiste anche una nuova forma di co-regolazione, la 'regolazione partecipata', in cui i ruoli dei regolatori e del mercato sono meno definiti e possono invertirsi, iniziando da subito la cooperazione tra operatori del mercato, regolatori e legislatori. In altri termini, mentre nei meccanismi classici della co-regolazione il procedimento comincia

⁴⁵ H. Feld (2019), *The Case for the Digital Platform Act: Market Structure and Regulation of Digital Platforms*, Roosevelt Institute

con le autorità che elaborano testi e proposte di regole, che poi il mercato commenta, partecipando a procedure di consultazione; invece nella ‘regolazione partecipata’ legislatori, regolatori e operatori collaborano sin dalla fase iniziale della realizzazione dei prodotti e dei servizi, per elaborare insieme i requisiti minimi ritenuti idonei a garantire il rispetto del *welfare* europeo continentale, cui poi il mercato dovrà conformarsi, secondo il c.d. ‘circolo regolatorio’ di regole che nascono dal mercato e tornano al mercato (ovvero dapprima il mercato tende ad allinearsi alle *best practices* le quali vengono trasformate in standard dalle autorità nazionali, che li condividono poi nei consessi europei, trasformandoli in standard europei, in alcuni casi anche in ‘regole tecniche’, le quali poi a loro volta tornano al mercato).

a) Il rapporto tra Stati e imprese digitali transnazionali

Se l'ordinamento giuridico delle piattaforme digitali è l'ordinamento delle imprese digitali transnazionali (“comunità”, dovremmo dire), il suo rapporto con gli ordinamenti statali - intendendo quello di origine (di costituzione dell'impresa) e quelli in cui questo ordinamento giuridico opera e alle cui regole è (o dovrebbe essere) soggetto - è un rapporto di indipendenza, parziale ma progressiva. L'approccio dualistico aiuta a chiarire i termini del rapporto. Gli ordinamenti digitali transnazionali sono infatti totalmente indipendenti per quanto riguarda il loro ordinamento interno, mentre sono parzialmente dipendenti da altri (ordinamenti statali e organizzazioni regionali) per quanto riguarda i diritti e i doveri che possono riconoscere nei loro confronti, così come, ad esempio, gli Stati riconoscono nei confronti della comunità internazionale.

Non essendo statici ma altamente dinamici, gli ordinamenti giuridici delle imprese digitali transnazionali si emancipano rapidamente dagli altri ordinamenti giuridici, dai quali dipendono sempre meno. Questo vale per le norme sostanziali ma anche per quelle procedurali, per le norme primarie (di relazione) e secondarie (di organizzazione).

Per quanto riguarda il diritto sostanziale, le piattaforme applicano regole che si ispirano (e integrano) ai principi del diritto internazionale e poi creano un sistema coerente con la loro applicazione. L'esempio della libertà di parola negli Stati Uniti è emblematico: sia Facebook che Twitter hanno applicato regole più restrittive rispetto a quelle del diritto federale degli Stati Uniti, in quanto la libertà di parola nei loro ordinamenti non costituisce - come nel caso della Costituzione americana - un diritto prevalente sugli altri,

ma deve essere moderata in base a determinate regole (sull'informazione, sulla protezione dei dati, ecc.).

Per quanto riguarda il diritto processuale, Facebook è ancora una volta l'avamposto di frontiera, poiché ha istituito un sistema simile, o comunque paragonabile, a quello di una giurisdizione statale.

Per questi motivi, cominciano a essere numerosi gli accordi tra Stati e imprese digitali transnazionali, per regolare non solo l'attività di queste ultime nel territorio dei primi, ma anche le modalità e i limiti con cui le norme statali devono essere applicate dalle imprese digitali transnazionali.

Talvolta, infatti, le piattaforme digitali operano come “agenti regolatori” degli Stati e garantiscono l'attuazione delle leggi nazionali (ad esempio, norme fiscali, ma anche in materia di *hate speech*, lotta al terrorismo, pedofilia, ecc.⁴⁶).

Bisogna tuttavia distinguere tra gli elementi del funzionamento interno delle piattaforme, che sono identici a prescindere dal luogo in cui si trovano gli utenti - e quindi sono completamente autoregolamentati - e i loro effetti esterni, che divergono a seconda della posizione geografica in gioco e necessitano di una forma di co-regolamentazione.

Al punto che oggi la co-regolamentazione - che prevede forme di collaborazione tra le piattaforme digitali e gli Stati in cui operano - può essere considerata l'unica modalità adeguata di relazione tra gli ordinamenti statali e quelli delle piattaforme digitali, con una volontaria accettazione, espressa o implicita, dell'indipendenza degli ordinamenti giuridici digitali⁴⁷. La co-regolamentazione di Stati, organizzazioni internazionali e piattaforme digitali sostituisce quindi la produzione consolidata di regole e standard transnazionali (linee guida, codici di condotta) rivolti alle imprese transnazionali.

Talvolta, le norme transnazionali delle piattaforme digitali diventano vere e proprie fonti di diritto nazionale grazie all'impegno degli Stati a farle rispettare nei tribunali statali o attraverso meccanismi di *private enforcement*⁴⁸. Gli ordini giuridici privati transnazionali delle piattaforme digitali operano quindi con l'avallo e il sostegno degli Stati.

⁴⁶ C. Bush (2019), *Self-regulation and regulatory intermediation in the platform economy*, in M. Cantero Gamito, H. W. Micklitz (eds) (2019), *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering: Standards, Contracts and Codes*, Edward Elgar Publishing

⁴⁷ M. Fink (2018), *Digital co-regulation: designing an above-national legal framework for the platform economy*, *European Law Review*, 47-68

⁴⁸ R. Wai (2005), *Transnational private law and private ordering in a contested global society*, *Harvard International Law Journal*, 471 ss.

b) Verso un'auspicata codificazione della co-regolamentazione

In quanto sistemi privati transnazionali, le piattaforme digitali esercitano funzioni normative, esecutive e giurisdizionali (profilo interno) sulla propria comunità. Per quanto riguarda il profilo esterno, questi sistemi si relazionano con altri, nazionali, transnazionali (quando ammessi) e internazionali e sono sempre meno spesso destinatari - più o meno passivi - delle regole stabilite da altri sistemi, che saranno applicate se e quando implementate dall'ordine digitale transnazionale. Cosa che avviene più facilmente se le regole sono negoziate, non imposte. In questa prospettiva, è degno di nota anche il meccanismo del *renvoi* tra ordinamenti giuridici, non solo possibile ma in parte già adottato nella pratica.

La strategia della Commissione verso una possibile codificazione è stata ora semplificata dall'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea, che aveva portato con sé un'avversione a questo tipo di scelta. La Commissione UE può quindi ora orientarsi verso un nuovo paradigma normativo, non più spurio, basato su una codificazione generale tipica del diritto civile, applicabile a tutti i settori, e quindi basata su principi generali, con applicazioni specifiche (non “settoriali”, ma basate su singoli prodotti o servizi) che nascono dal mercato.

Questa è dunque una delle possibili direzioni da seguire: il progressivo sviluppo di un diritto uniforme (privato, in quanto regola i rapporti tra i soggetti) che, se non è la soluzione a tutti i conflitti elencati, rappresenta certamente un modo per superare i contrasti tra Stati, tra Stati, organizzazioni internazionali e imprese, tra imprese digitali transnazionali, e tra sistemi giuridici. Questo (anche) perché la prassi internazionale e transnazionale evidenzia la necessità di coordinare - in modo costante e più coerente di quanto non avvenga ora - la codificazione uniforme del diritto privato con una regolamentazione transnazionale (pubblica) molto più sviluppata, che da un lato richiede alle imprese il rispetto di standard, regole tecniche, principi e linee guida che si estendono in un ampio arco tra *soft* e *hard law*, e dall'altro ne delega l'applicazione alle imprese. Il diritto pubblico e privato transnazionale dovrebbe quindi, se non convergere, almeno essere coerenti.

Se il diritto pubblico statale è inefficace, o se la sua efficacia si limita a un'applicazione lasciata all'autoregolamentazione, può essere utile la negoziazione delle regole tra ordini:

tra ordini digitali transnazionali e ordini statali, soprattutto. Ciò può avvenire a livello di diritto pubblico, per quanto riguarda l'attività esterna delle piattaforme digitali, per integrare la regolamentazione dei mercati con le migliori pratiche. Ma può avvenire anche, soprattutto e più efficacemente, a livello di diritto privato, che meglio risponde alle esigenze soggettive e oggettive degli attuali sviluppi. Soggettive, perché i sistemi digitali transnazionali si identificano con le piattaforme digitali e quindi con le società. Oggettive, perché l'oggetto del diritto in evoluzione è la relazione tra i soggetti del diritto transnazionale o, in termini più ampi, del diritto internazionale interindividuale.

Pertanto, la codificazione del diritto privato uniforme deve riacquistare importanza, in quanto potrebbe sistematizzare negoziazioni che altrimenti, se bilaterali, sarebbero inefficaci, prima ancora che inefficienti. Gli Stati devono partecipare a questa codificazione e, ovviamente, anche le piattaforme digitali transnazionali, in quanto ordinamenti giuridici separati, dovrebbero farlo. L'armonizzazione delle norme contrattuali che regolano la convivenza nelle piattaforme tra i membri della comunità e tra questi e la piattaforma consentirebbe anche un uso meno drastico degli strumenti normativi tipici. Questi sono generalmente finalizzati a prevenire comportamenti lesivi degli interessi degli utenti, che verrebbero mitigati da una codificazione uniforme, la quale offrirebbe anche strumenti di tutela e sanzioni adeguate, in ogni caso certamente migliori di quelle offerte dalla regolamentazione pubblica⁴⁹.

La necessità di una rapida evoluzione verso un insieme di regole armonizzate è richiesta dalla velocità della rivoluzione tecnologica.

Da un lato, la codificazione può essere di diritto privato uniforme - nell'ambito di UNIDROIT o UNCITRAL - e può quindi riguardare i contratti. Dall'altro, può svilupparsi attraverso l'adozione di pratiche e principi generali accettati (GAPP), elaborati congiuntamente dalle piattaforme, eventualmente anche nell'ambito di organizzazioni internazionali (ad esempio, l'OCSE).

In realtà, questa evoluzione produce una sovrapposizione tra ecosistemi (a livello economico: piattaforme digitali, IA, blockchain) e ordini (a livello giuridico). È quindi auspicabile che questa evoluzione avvenga in un ambiente giuridico (transnazionale e internazionale) pronto a sopportare e supportare una tale complessità di relazioni tra diversi livelli ed ordini.

⁴⁹ F. Bassan, *Digital Platforms and Global Law*, Edward Elgar Publishing, 2021

4. Digitalizzazione e democrazia: il c.d. *costituzionalismo digitale*

Anche se influenti sulla struttura democratica, le piattaforme non operano secondo principi democratici essendo ecosistemi privati ed organizzati gerarchicamente. Tuttavia, l'evoluzione delle piattaforme evidenzia la loro progressiva implementazione di principi tipici del diritto pubblico, dallo Stato di diritto alla separazione dei poteri per rafforzare la loro responsabilità⁵⁰.

Per quanto riguarda il loro “diritto interno” (Platform law), le piattaforme digitali applicano il diritto internazionale piuttosto che il diritto nazionale, ovvero il diritto del luogo in cui il membro della comunità si è registrato. Ciò accade, ad esempio, per quanto riguarda la tutela dei diritti umani e la libertà di espressione.

Per quanto riguarda poi la questione sulla parte esterna (rapporti tra piattaforme e tra piattaforme e Stati), ovvero se le piattaforme digitali sono impermeabili agli obblighi imposti dall'esterno, esse possono accettarli, in una misura che dipende da molti fattori, il primo dei quali è certamente il grado di condivisione delle regole. E quindi, ciò che si può ottenere attraverso la co-regolamentazione (ed è questa la direzione scelta dalla Commissione europea) è, ad esempio, con il riferimento al principio dello Stato di diritto, richiedere alle piattaforme *online* di lavorare con organismi di risoluzione delle controversie indipendenti e certificati, dove gli utenti possano presentare reclami quando ritengono che i loro contenuti siano stati rimossi ingiustamente. Gli utenti dovrebbero seguire le procedure di reclamo interne alle piattaforme prima di avere il diritto di rivolgersi a un organismo indipendente di risoluzione delle controversie.

Se separiamo la sfera interna da quella esterna, ciò che gli ordinamenti statali possono imporre alle piattaforme riguarda gli effetti che i loro comportamenti e quelli dei loro membri producono negli ordinamenti statali (profilo esterno). Gli Stati possono quindi imporre il raggiungimento di determinati obiettivi attraverso l'applicazione di principi: responsabilità e trasparenza, tra gli altri. Tuttavia, gli Stati non possono stabilire come questi debbano essere raggiunti. In altre parole, non possono influenzare le piattaforme digitali a livello interno nello stesso modo e con la stessa forza con cui possono imporre

⁵⁰ N. Elkin-Koren, M. Perel (2020), *Separation of functions for AI: restraining speech regulation by online platforms*, *Lewis and Clark Law Review*, 857-898

comportamenti a livello esterno, nelle relazioni delle piattaforme con altre piattaforme e con gli Stati. Il problema non è tanto il grado di estensione dell'autonomia privata, perché il diritto interno delle piattaforme digitali sfugge per molti versi all'ordinamento giuridico dello Stato che lo regola (o che tenta di farlo), in parte per la scelta originaria degli Stati di non regolamentare, in parte per la successiva autonomia conquistata dalle piattaforme attraverso la tecnologia.

Ciò richiede, da un lato, una nuova declinazione della nozione stessa di democrazia e degli elementi che la costituiscono - se davvero si vuole applicare questo paradigma al diritto interno delle piattaforme digitali - e, dall'altro, la creazione di nuovi strumenti, adeguati a tutelarla, in termini di diritto interno delle piattaforme, di diritto (pubblico e privato) degli Stati, e infine di diritto transnazionale e internazionale.

A partire dal 2020, con il “decennio digitale” europeo, la Commissione europea ha intrapreso questo percorso, modificando radicalmente la direzione, precedentemente seguita, di uno sviluppo “*stand alone*” del mercato unico digitale e della sua regolamentazione, spostando l'obiettivo sul rapporto tra tecnologie digitali, diritti fondamentali e Stato di diritto. Da un lato, questo intreccio spiega la complessità, dall'altro, consente di proporre una regolamentazione dell'attività delle piattaforme coerente con il *welfare* europeo continentale, nonché con gli strumenti di tutela della democrazia che l'Unione Europea sta adottando. Questo approccio, coerente con la riforma più complessiva della regolamentazione digitale, prevede l'intervento delle autorità nazionali e della Commissione europea in termini di co-regolamentazione, a differenza del modello statunitense, ancora ancorato all'autoregolamentazione. La co-regolamentazione è coerente e compatibile con l'analisi di un intervento normativo differenziato rispetto alla sfera interna delle piattaforme e a quella esterna.

Pertanto, il piano relazionale del rapporto tra piattaforme digitali e ordinamenti statali trova concreta applicazione nel passaggio da un sistema di autoregolamentazione a uno di co-regolamentazione, in cui la tradizionale cooperazione tra imprese (mercato) e regolatori, strumento prevalente della regolamentazione europea negli ultimi due decenni, si trasforma in una cooperazione tra ordinamenti giuridici.

Non sono quindi solo le piattaforme a doversi evolvere, prestando maggiore attenzione agli effetti della loro attività “all'esterno”, ma anche i sistemi statali, e questi devono farlo in modo coerente con la tutela dei diritti.

Del resto, oggi il bilanciamento delle regole di prestazione dei servizi digitali con i diritti fondamentali è espressamente imposto dall'art. 14 del Digital Services Act (con l'obiettivo di migliorare la moderazione dei contenuti sulle piattaforme dei *social media* per affrontare le preoccupazioni sui contenuti illegali).

L'art. 14 del DSA (Normativa sui servizi digitali, approvato come Regolamento UE 2022/2065, finalizzato a “*contribuire al corretto funzionamento del mercato interno dei servizi intermediari stabilendo norme armonizzate per un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile che faciliti l'innovazione ed in cui i diritti fondamentali sanciti dalla Carta, compreso il principio della protezione dei consumatori, siano tutelati in modo effettivo*”) muove un primo passo importante nell'ottica del c.d. *costituzionalismo digitale*, cioè l'adattamento dei valori costituzionali alle peculiarità dell'ambiente digitale. Infatti, il DSA introduce un obbligo di considerare nell'attuazione e applicazione dei termini di servizi anche i diritti fondamentali dei cittadini (“*incorporare i diritti fondamentali nei TOS*”), in particolare la libertà di espressione e il pluralismo dei media. Inoltre, è espressamente previsto che le piattaforme debbano agire in maniera diligente e proporzionata, e non arbitraria né discriminatoria⁵¹.

Di questo bilanciamento con i diritti fondamentali la Corte di giustizia europea certamente dovrà tenere conto, così come del recentissimo *European Media Freedom Act (EMFA)*, approvato dal Parlamento Europeo lo scorso 13 marzo 2024, finalizzato a proteggere i media europei da ingerenze politiche o economiche, a tutela proprio del diritto all'informazione, con particolare attenzione alle insidie generate dalla digitalizzazione.

Con tale atto normativo nel quale si segnala una accresciuta consapevolezza della esigenza di implementare la cooperazione tra le autorità nazionali competenti per contrastare la frammentazione normativa e quindi di ricorrere alla co-regolazione, fondata sul dialogo con le piattaforme più rilevanti (le quali, ai sensi dell'art. 17, devono rendere una dichiarazione in cui, tra l'altro, attestano di essere indipendenti e di operare conformemente ai meccanismi co-regolatori e auto-regolatori) – tra le varie novità, viene introdotto

⁵¹ R. Carleo, *Il regolamento AGCOM sull'“equo compenso”*: un modello di co-regolazione in cerca di efficienza, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, n. 2 del 2024

un meccanismo che mira a impedire alle *VLOPs* (*Very Large Online Platforms*), ovvero alle piattaforme digitali più grandi, di limitare o rimuovere in modo arbitrario contenuti di media indipendenti. Si chiede infatti alle grandi piattaforme *online* di distinguere i media indipendenti dalle fonti non indipendenti e di lasciare loro 24 ore per rispondere prima di eliminare i contenuti. Una volta decorso tale periodo di tempo le piattaforme potranno procedere con la rimozione e i media potranno fare ricorso rivolgendosi a un organismo per la risoluzione extragiudiziale delle controversie. I media potranno anche richiedere il parere del Comitato europeo per i servizi di media, (composto da regolatori nazionali) istituito dalla nuova legge (art. 8). La direzione, dunque, è quella di evitare che le piattaforme possano escludere o “tagliare fuori” dai propri canali digitali i contenuti dei giornali i quali, viceversa, devono essere necessariamente diffusi attraverso di esse⁵².

a) Il modello di co-regolamentazione del Digital services Act sotto la lente della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea

Il *DSA* ha introdotto una disciplina *ad hoc* per i fornitori di piattaforme *online* di dimensioni molto grandi e dei motori di ricerca *online* di dimensioni molto grandi (“*VLOPs*” e “*VLOSEs*”)⁵³, a cui sono state attribuite importanti funzioni di auto-regolamentazione rispetto all’adozione delle misure di attenuazione dei rischi sistemici causati dai loro servizi, quali ad esempio la diffusione di contenuti illegali e dannosi *online*.

Questo nuovo sistema potrebbe comportare, con ogni probabilità, la limitazione dell’esercizio della libertà di espressione per i destinatari dei servizi di *VLOPs* e *VLOSEs* (gli utenti) in determinate situazioni. Per questa ragione, l’implementazione di questo sistema dovrebbe avvenire nel pieno rispetto delle condizioni richieste dal diritto dell’Unione per limitare l’esercizio dei diritti fondamentali.

Ad oggi è già stato adottato un codice di condotta da parte di alcuni *VLOPs* e *VLOSEs* per adempiere agli obblighi di attenuazione dei rischi del *DSA*.

⁵² R. Carleo, *op. cit.*

⁵³ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali)

Il DSA potrebbe porsi nel solco della spinta normativa con cui l'Europa si è erta a livello globale come pioniera nella difesa dei diritti fondamentali nel mondo digitale e nella regolamentazione del digitale, influenzando anche legislazioni extra europee. Nonostante il testo del DSA riprenda i principi della direttiva *E-commerce*⁵⁴ per la disciplina della responsabilità degli intermediari per i contenuti diffusi *online* da terzi, esso introduce anche importanti novità.

La categoria soggetta al maggior numero di disposizioni è quella dei VLOPs e VLOSEs, per cui il DSA trova integralmente applicazione con obblighi supplementari rispetto agli altri intermediari, in considerazione dei maggiori rischi che comportano per la società e la circolazione di informazioni *online*.

Inoltre, il legislatore europeo ha attribuito a questi intermediari il compito di agire come auto-regolatori dei rischi sistemici che emergono a causa dell'utilizzo dei loro servizi⁵⁵, sebbene sotto la vigilanza della Commissione e prevedendo sistemi di controllo da parte di esperti indipendenti.

L'art. 34 del DSA non fornisce una lista completa dei rischi sistemici per cui deve essere compiuta la valutazione, ma specifica che, in ogni caso, deve comprendere quattro categorie di rischi sistemici, tra cui eventuali effetti negativi, attuali o prevedibili, per l'esercizio dei diritti fondamentali. In particolare i diritti fondamentali alla dignità umana sancito nell'articolo 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, al rispetto della vita privata e familiare sancito nell'articolo 7, alla tutela dei dati personali sancito nell'articolo 8, alla libertà di espressione e di informazione, inclusi la libertà e il pluralismo dei media sanciti nell'articolo 11, e alla non discriminazione sancito nell'articolo 21, al rispetto dei diritti del minore sancito nell'articolo 24, così come all'elevata tutela dei consumatori sancito nell'articolo 38 della Carta.

Inoltre, il DSA contempla all'art. 45 par. 2 la collaborazione tra intermediari e Commissione europea per la definizione all'interno di codici di condotta delle misure di attenuazione dei rischi sistemici identificati a norma dell'art.34.

Le disposizioni della Carta non impongono direttamente obblighi a privati, che non sono tenuti a rispettare i diritti fondamentali della Carta nei rapporti con altri privati.

⁵⁴ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (Direttiva sul commercio elettronico)

⁵⁵ N. Zingales, *The DSA as a Paradigm Shift for Online Intermediaries' Due Diligence: Hail to Meta-Regulation*, cit., 215 ss.

Tuttavia, se VLOPs e VLOSEs imponessero limitazioni al godimento della libertà di espressione in attuazione dell'art. 35 del DSA, la Carta troverebbe applicazione in quanto la restrizione discenderebbe direttamente dall'adempimento ad un obbligo dettato dalla normativa europea.

Nella recente sentenza⁵⁶ sulla legittimità dell'art.17 della Direttiva 2019/790 (“Direttiva DSM”)⁵⁷, la Corte di Giustizia ha confermato che gli obblighi di moderazione dei contenuti *online*, per la natura delle fattispecie da disciplinare, possono richiedere disposizioni formulate in termini piuttosto ampi.

La Corte ha affermato che le fattispecie disciplinate dall'art. 17 richiedevano termini ampi che lasciassero agli enti obbligati la facoltà di decidere sulle specifiche misure da adottare per adempiere ai propri obblighi, così concludendo che le disposizioni contese dell'art.17 rispettino il principio di legalità di cui all'art. 52, par. 1 della Carta il quale prevede che le eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà garantiti dalla stessa Carta devono essere “*previste dalla legge*”.

Con questa sentenza, la Corte ha di fatto confermato la legittimità di un assetto regolamentare che prevede la delega a soggetti privati di importanti compiti regolamentari sulla moderazione dei contenuti, lasciando a tali soggetti ampia discrezionalità su come implementare azioni che possono incidere significativamente sull'esercizio della libertà di espressione.

Tuttavia, partendo dalla sentenza della Corte sull'art. 17 della Direttiva DSM è anzi possibile argomentare che l'art. 35 non è pienamente conforme al principio di legalità, proprio in ragione della sua differente formulazione e differenti ricadute applicative rispetto all'art.17 della Direttiva DSM.

In primo luogo, i rischi sistemici che giustificano l'adozione di misure di attenuazione non sono sufficientemente definiti all'interno del DSA, e anzi la loro individuazione è lasciata a VLOPs e VLOSEs.

Questo approccio può apparire sensato se si tiene conto del fatto che il legislatore europeo non poteva prevedere, al momento della stesura del DSA, tutti i rischi sistemici che potrebbero presentarsi in futuro con l'evoluzione della società e della tecnologia.

⁵⁶ CGUE, C-401/19, *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea* (2022), 73, 74 e 75.

⁵⁷ 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

Allo stesso tempo, lasciarne l'individuazione a VLOPs e VLOSEs può sembrare ragionevole perché questi ultimi si trovano nella posizione migliore per riuscire ad identificarli.

In secondo luogo, l'art. 35 non definisce quale portata possano avere le misure di attenuazione sulla libertà di espressione. Il par. 1 dell'articolo richiede che VLOPs e VLOSEs prestino particolare attenzione agli effetti delle misure sui diritti fondamentali, e fornisce una lista di esempi di misure di attenuazione.

Per quanto sia vero che, nel recente caso sull'art. 17 della Direttiva DSM, la Corte ha ritenuto compatibile con il principio di legalità l'utilizzo di nozioni aperte per disciplinare la moderazione di contenuti *online*, occorre evidenziare che l'art. 17 indica quali restrizioni possano essere disposte per la libertà di espressione degli utenti, pur non definendone le modalità pratiche di attuazione. Infatti, dalla lettura del par. dell'art. 1 è chiaro che, per beneficiare del regime di esenzione dalla responsabilità per la comunicazione al pubblico di contenuti protetti dal diritto d'autore, i prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* dovrebbero in certi casi rimuovere o disabilitare l'accesso ai contenuti. Perciò, anche se non sono interamente determinate le misure pratiche di implementazione di questi obblighi, gli utenti possono perlomeno prevedere il genere di restrizioni derivanti dall'applicazione dell'art. 17. Nel caso dell'art. 35, non vi è alcuna indicazione nel testo

legislativo di quali restrizioni potrebbero essere imposte.

Queste carenze creano incertezza giuridica e non sembrano conciliabili con il principio della Corte di giustizia secondo cui la normativa che dispone una restrizione di diritti fondamentali deve definire la portata della restrizione stessa.

L'attuale formulazione dell'art. 35 non dà chiarezza sulle sue ricadute applicative e preclude la prevedibilità di eventuali limitazioni alla libertà di espressione per gli utenti. D'altro canto, è attribuita ampia discrezionalità agli intermediari sulla definizione dell'ambito di applicazione dell'art. 35 e, in ultima battuta, alla Commissione che vigila su di essi e può dare chiarimenti sull'applicazione dell'art. 35 nella propria prassi amministrativa. Resta da chiedersi se le carenze del testo legislativo possano essere colmate da quanto sarà previsto nei codici di condotta e negli orientamenti che la Commissione può adottare a norma dell'art. 35, par. 3.

Quanto ai codici di condotta e gli orientamenti della Commissione, si tratta di iniziative volontarie la cui adozione in futuro non è obbligatoria né garantita. Inoltre, non sono

fonti vincolanti e non producono effetti giuridici, con la conseguenza che sarebbero difficilmente qualificabili come “leggi” ai sensi dell’art. 2, par. 1, della Carta.

Per questo motivo, l’attuale assetto regolamentare del DSA per la mitigazione dei rischi sistemici sembrerebbe non pienamente conforme ad almeno una delle condizioni richieste per la restrizione di diritti fondamentali ai sensi della Carta, il principio di legalità.

Inoltre, il DSA fornisce salvaguardie procedurali per assicurare che le restrizioni alla libertà di espressione predisposte dai fornitori di servizi intermediari siano il più possibile proporzionate e non arbitrarie.

In primo luogo, il DSA prevede, all’art. 20, par. 1, l’obbligo per tutti i fornitori di piattaforme *online* di mettere a disposizione degli utenti un sistema interno di gestione dei reclami efficace che consenta di presentare reclami contro le decisioni limitative della loro libertà di espressione. Difatti, un principio consolidato nella giurisprudenza della Corte di giustizia è che i meccanismi di reclamo e ricorso sono salvaguardie procedurali essenziali per assicurare la proporzionalità della moderazione di contenuti⁵⁸.

In secondo luogo, ai sensi dell’art. 21, par. 1, del DSA, tutti gli utenti affetti da queste decisioni hanno diritto a scegliere qualunque organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie certificato a norma del DSA per risolvere le controversie inerenti alle decisioni stesse.

Inoltre, gli utenti hanno sempre il diritto ad adire gli organi giurisdizionali competenti di uno Stato membro per lamentare la violazione dei loro diritti fondamentali.

Il DSA richiama in più punti il rispetto del principio di proporzionalità. Difatti, l’art. 14, par. 4, richiede che gli intermediari, nell’imporre restrizioni in relazione all’uso del loro servizio, inclusa la moderazione dei contenuti, agiscano in modo diligente, obiettivo e proporzionato, nel rispetto dei diritti fondamentali dei destinatari del servizio, ivi inclusa la libertà di espressione, la libertà e il pluralismo dei media. L’obbligo dell’art. 14, par. 4, è limitato all’applicazione dei termini e condizioni dei servizi offerti agli utenti, e quindi introduce degli standard di comportamento che gli intermediari devono rispettare nel loro rapporto con gli utenti, inclusi i casi di attuazione di pratiche di moderazione dei contenuti. Questa disposizione può essere interpretata come generatrice di un obbligo per gli intermediari di rispettare i diritti fondamentali degli utenti, introducendo in sostanza

⁵⁸ CGUE, C-401/19, *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell’Unione europea*, (2022), 94.

un'efficacia orizzontale indiretta di tali diritti che si realizza tramite i termini e condizioni dei servizi offerti dagli intermediari⁵⁹.

Questi articoli riflettono l'approccio legislativo di attribuire responsabilità regolamentari agli intermediari che diventano sempre di più regolatori indipendenti in assetti di co-regolamentazione e dialogo con l'esecutivo⁶⁰. Questo è evidente quando si osserva l'approccio di delega degli artt. 14, par. 4, e 35, par. 1, in combinazione con l'art. 45, secondo cui la Commissione può incoraggiare l'adozione di codici di condotta, in cooperazione con tutte le parti interessate, per definire l'attenuazione dei rischi sistemici individuati a norma dell'art. 34.

In tal modo, l'utente dei servizi verrebbe a conoscenza delle possibili limitazioni cui è soggetto solo tramite un documento contrattuale contenente le condizioni generali, senza la garanzia di poter distinguere tra le restrizioni imposte dalla legge e quelle volontariamente disposte dagli intermediari. Questa impostazione porta, in un certo senso, ad una "contrattualizzazione" della libertà di espressione, e lascia che nei rapporti tra privati venga trovato un equilibrio tra gli interessi e diritti fondamentali in gioco nel contesto della moderazione dei contenuti. Occorre notare, tuttavia, che in tale contesto il potere di negoziazione contrattuale di grandi intermediari, come i VLOPs e VLOSEs, verso gli utenti può essere prevaricante^{61 62}, se non assoluto⁶³.

Ciò porta al rischio che siano imposte più restrizioni sui contenuti di quanto sia necessario (c.d. "overblocking"). Il rischio di *overblocking* è stato evidenziato da più autori con riferimento alla moderazione dei contenuti in attuazione dell'art. 17 della Direttiva DSM^{64 65}, che presenta un simile approccio sulla delega agli intermediari della responsabilità di assicurare il rispetto di diritti fondamentali. Nello specifico caso della

⁵⁹ J. Quintais – N. Appelmann – R. Ó Fathaigh – *Using Terms and Conditions to apply Fundamental Rights to Content Moderation* – *German Law Journal*, 24(5), 2023, 881 ss., 895 ss.

⁶⁰ T. Mylly, *The New Constitutional Architecture of Intellectual Property*, in J. Griffiths – T. Mylly, *Global Intellectual Property Protection and New Constitutionalism – Hedging Exclusive Rights*, Oxford, 2021, 50

⁶¹ P. Zumbansen, *The Law of Society: Governance Through Contract*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 14(1), 2007

⁶² W. Hartzog – A. Melber – E. Salinger, *Fighting Facebook: A Campaign for a People's Terms of Service Center*, in cyberlaw.stanford.edu, 2013

⁶³ G. De Gregorio, *Digital Constitutionalism in Europe: Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge, 2022, 110 ss.

⁶⁴ M. Senftleben – J. P. Quintais – A. Meiring, *Outsourcing human rights obligations and concealing human rights deficits: the example of monetization under the CDSMD and the DSA*, 2023, 9

⁶⁵ M. Perel – N. Elkin-Koren, *Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement*, in *Stanford Technology Law Review* 19, 473, 2016, 490 ss.

disinformazione, gli intermediari agiranno su notifica degli utenti o di *fact-checkers*, anche sulla base degli impegni assunti con il Codice di buone pratiche sulla disinformazione del 2022, e dovranno prepararsi a tecniche di manipolazione del *web* potenzialmente rapide e sofisticate, come l'utilizzo di applicazioni di intelligenza artificiale generativa^{66 67 68}.

Il trasferimento dal legislatore agli intermediari di responsabilità per definire come rispettare i diritti fondamentali degli utenti nel caso concreto è un modello che potrebbe non funzionare nella pratica. La critica sollevata riguarda il fatto che gli intermediari potrebbero adottare una propria interpretazione di concetti aperti come “diligenza” e “proporzionalità” nella loro applicazione concreta, per allinearli il più possibile ai propri interessi commerciali piuttosto che al bisogno di tutelare i diritti fondamentali degli utenti⁶⁹. Questa è una conseguenza della circostanza che gli intermediari, i cui interessi non sono in linea, se non talvolta in conflitto, con quelli degli utenti, sono diventati per certi aspetti dei regolatori indipendenti.

È probabile che gli intermediari prediligano considerazioni di costi ed efficienza nello strutturare i propri processi interni per la moderazione e cura dei contenuti.

Pertanto, occorre valutare se i sistemi di controllo a tutela degli utenti, ovvero i meccanismi di ricorso giudiziale o stragiudiziale da un lato, e la vigilanza della Commissione dall'altro, possano offrire rimedio ai rischi insiti nell'esternalizzazione di funzioni regolamentari agli intermediari.

CAPITOLO II

I DIRITTI DEGLI EDITORI NELL'ERA DIGITALE

1. Il diritto d'autore nell'era digitale

⁶⁶ J. A. Goldstein – G. Sastry – M. Musser – R. DiResta – M. Gentzel – K. Sedova, *Generative Language Models and Automated Influence Operations: Emerging Threats and Potential Mitigations*, 2023

⁶⁷ Z. Akhtar – *Deepfakes Generation and Detection: A Short Survey*, *Journal of Imaging*, 2023

⁶⁸ A. Patel – J. Sattler, *Creatively malicious prompt engineering*, 2023

⁶⁹ Palumbo – Piemonte, *Delega di funzioni regolamentari e lotta ai rischi sistematici causati dalla disinformazione nel Digital Services Act: quali rischi per la libertà di espressione?*

Vi è nella libera circolazione dei contenuti, in qualunque campo, il fondamento di una società democratica nel quale si promuove lo sviluppo della personalità dei singoli (anche grazie alla conoscenza e alla possibilità di formarsi una opinione su contenuti plurali) favorendo così la crescita dell'intera comunità⁷⁰.

Da qui l'esigenza di promuovere un bilanciamento tra l'interesse dell'autore, alla visibilità della propria opera nel rispetto dei propri diritti morali ed economici sulla stessa, di coloro che acquisiscono i diritti di sfruttamento dell'opera stessa, a veder remunerare il proprio investimento, e della comunità, a poter fruire in modo plurale di contenuti prodotti da altri.

Nelle società digitali si sono aggiunti poi gli intermediari, nel loro ruolo di aggregatori di contenuti, capaci di selezionare, catalogare e indicizzare quanto presente in Rete, agevolando la ricerca e, come appare evidente, indirizzandola sovente verso specifici risultati⁷¹.

I primi importanti atti internazionali in materia di diritto d'autore risalgono alla seconda metà del XIX secolo (il riferimento è alla Convenzione di Berna del 1886 e a quelle che nel tempo si sono succedute).

A livello nazionale, la legge ancora oggi vigente è la legge 22 aprile 1941, n. 6333, più volte modificata e integrata, in ragione dei cambiamenti intervenuti nel campo delle arti creative, non solo con riferimento alle forme espressive ma anche agli strumenti di diffusione delle stesse. In particolare, per la parte che qui rileva con l'avvento del digitale, la legge del 1941 ha conosciuto diversi interventi, in sede di recepimento di direttive europee. Ad oggi l'Unione europea è intervenuta in materia di diritto d'autore con oltre dieci direttive e due regolamenti. Si tratta di un intervento significativo, nel quale appare evidente l'esigenza, e allo stesso tempo la difficoltà, di contemperare diritti individuali, pluralismo culturale e delle opinioni.

Da qui l'approvazione 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, che va letta, in alcuni suoi punti, in combinato disposto con il recente Regolamento europeo in materia di servizi digitali (Digital service act - DSA).

⁷⁰A. Papa, *Democrazia della comunicazione e formazione dell'opinione pubblica*, in Federalismi.it, 2017

⁷¹A. Papa, *La tutela del diritto d'autore: quali prospettive alla luce del rinnovato quadro normativo europeo e nazionale*, nella Rivista *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2023

Anche in questo nuovo intervento in materia di diritto d'autore, l'Unione ha scelto la strada dell'armonizzazione "a bassa intensità" e non è quindi intervenuta sull'intera materia, ma solo su quelle materie tra esse ritenute centrali per gli obiettivi alla base dell'intervento.

L'Italia ha recepito la direttiva con il D. Lgs. 8 novembre 2021, n. 1777, intervenendo su aspetti già presenti nel rapporto tra opere creative e tecnologie digitali.

La legislazione dell'Unione europea in materia di diritto d'autore, fino all'avvento della Direttiva Copyright, poggiava essenzialmente sulla c.d. "Direttiva *Infosoc*" (direttiva 2001/29/CE), adottata a valle di una serie di atti precedenti con l'obiettivo di una migliore conformazione agli obblighi stabiliti da trattati internazionali. La Direttiva *Infosoc* è nata con l'obiettivo di stabilire alcune misure a tutela del diritto d'autore con particolare riferimento alla società dell'informazione. La stessa direttiva regola diritti ed eccezioni, istituendo, da un lato, i diritti esclusivi di riproduzione e di comunicazione e messa a disposizione al pubblico (oltre che di distribuzione) in capo agli autori e prevedendo, dall'altro, possibili limitazioni a predetti diritti al ricorrere di circostanze particolari. La Direttiva *Infosoc*, adottata in sostanziale contiguità temporale con la Direttiva *E-Commerce*, rifletteva la consapevolezza circa la possibilità di utilizzo dei servizi degli intermediari per attività illecite da parte di terzi. Per questa ragione, ha investito i titolari dei diritti della possibilità di chiedere un provvedimento inibitorio contro gli intermediari che consentano violazioni in rete contro opere o materiali protetti. Una possibilità, questa, prevista dall'art. 8, par. 3, della Direttiva *Infosoc* e sostanzialmente rimessa, nella sua attuazione, agli Stati membri. Dopo una lunga ricerca di un compromesso, l'Unione europea ha inteso agire nell'intento di mantenere l'ecosistema digitale un campo aperto tendenzialmente favorevole alla circolazione dei contenuti, favorendo al contempo una più razionale allocazione delle risorse per evitare un inaridimento delle fonti di finanziamento degli editori. Se queste soluzioni possono essere salutate con un certo favore, apparendo come passi in avanti utili alle istanze che hanno determinato il legislatore a intervenire, gli esiti che il processo di trasposizione di queste norme ha prodotto in Italia non paiono immuni da alcune riserve. Il rischio è che il processo di armonizzazione fortemente voluto dal legislatore dell'Unione venga nei fatti a essere ostacolato e che l'Italia finisca per collocarsi in una posizione se non di isolamento, quantomeno di visibile contraddittorietà rispetto agli iniziali propositi.

2. Il recepimento della Direttiva 790/2019 in Italia⁷²

Il recepimento della Direttiva in Italia è avvenuto con l'emanazione, l'8 novembre 2021, del d.lgs. n. 177/2021, sulla scorta della legge delega (L. 53/2021). Come in Francia, anche in Italia si è scelto di collocare la nuova disciplina derivante dalla Direttiva direttamente all'interno della legge sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n. 633, *infra* l.a.), al fine di conferire completezza, fluidità e logicità al complesso normativo.

Il d.lgs. n. 177/2021 inserisce nella l.a. gli artt. 43 *bis* (recepimento dell'art. 15 della Direttiva) e 70 *quinquies* (recepimento dell'art. 16 della Direttiva).

A livello sistematico, il legislatore ha ritenuto di inserire la disciplina del nuovo diritto connesso degli editori all'interno del Capo IV della l.a. ("*Norme particolari ai diritti di utilizzazione economica di talune categorie di opere*"), Sezione II ("*Opere collettive, riviste e giornali*").

Il comma 1 dell'art. 43 *bis* l.a. attua l'art. 15 della Direttiva, paragrafo 1, per quanto concerne l'individuazione della natura del diritto riconosciuto agli editori: la norma in questione per la verità non parla espressamente di diritto connesso, tuttavia attribuisce agli editori delle pubblicazioni di carattere giornalistico (il cui significato è delineato nei due commi successivi) "*i diritti esclusivi di riproduzione e comunicazione di cui agli artt. 13 e 16*" l.a.

Il richiamo per esteso all'art. 16 l.a. potrebbe in realtà rivelarsi non in linea con il testo della Direttiva: l'art. 15 della Direttiva, nel definire i confini del diritto connesso, limita lo stesso ai soli diritti di riproduzione e messa a disposizione del pubblico, con esclusione pertanto del diritto di comunicazione al pubblico (concetto più esteso, di cui la messa a disposizione del pubblico rappresenta una specie). L'art. 16 l.a., espressamente richiamato dall'art. 43 *bis* l.a., ha invece ad oggetto sia la messa a disposizione che, più in generale, la comunicazione al pubblico. Sarà quindi opportuno quantomeno in sede interpretativa definire la nozione di cui all'art. 43 *bis* in senso limitativo (e quindi non riferita alla comunicazione al pubblico *tout court*, ma alla messa a disposizione).

⁷² G. Rapaccini, *Il nuovo diritto connesso degli editori online (artt. 15 e 16)*, in "Il diritto d'autore nel mercato unico digitale" di S. Lavagnini

Ancora nel comma 1 è chiarito che i soggetti tenuti a richiedere l'autorizzazione degli editori per l'utilizzo *online* di pubblicazioni di carattere giornalistico, e dunque coloro nei confronti dei quali gli editori possono esercitare i propri diritti connessi, sono i "*prestatori di servizi della società dell'informazione*", per la cui nozione la norma rinvia espressamente all'art. 1, d.lgs. n. 233/2017. È indicato nella normativa di recepimento che anche le imprese di *media monitoring* e le rassegne stampa sono da considerarsi quali prestatori di servizi.

Il comma 2 contiene la definizione di pubblicazione di carattere giornalistico, in linea con quanto previsto in proposito dal Considerando 56 della Direttiva. È stabilito in particolare che la pubblicazione di carattere giornalistico possa comprendere - e conseguentemente il diritto connesso possa estendersi a - non solo opere giornalistiche in senso stretto (l'articolo di giornale) ma anche altre tipologie di opere e materiali protetti, quali fotografie e videogrammi, alla condizione - questa non espressamente indicata nel Considerando della Direttiva - che le varie componenti "*costituiscano un singolo elemento, recante un titolo unico*". Il comma 1 si preoccupa inoltre di dettagliare il significato di pubblicazione giornalistica rispetto a quanto indicato nel citato Considerando 56, prevedendo che per essere di rilievo ai fini della nuova normativa essa debba essere funzionale ad informare il pubblico su notizie o altri argomenti.

La normativa di recepimento contiene anche un elenco esemplificativo e di massima di cosa in concreto possa intendersi per pubblicazione giornalistica, facendo espresso riferimento a quotidiani o riviste di interesse generale o specifico.

Il comma 2 non include nell'elenco i siti *web* di informazione - indicati invece nell'elenco esemplificativo del Considerando 56 della Direttiva - anche se la loro riconducibilità nel concetto di pubblicazione di carattere giornalistico non sembra messa in discussione dalla normativa di recepimento la quale, infatti, prevede espressamente che per essere considerata tale è sufficiente che il contributo giornalistico sia "*pubblicato su qualsiasi mezzo di comunicazione*", dunque evidentemente anche telematico.

Il comma 3 chiarisce cosa debba intendersi per editori di una pubblicazione di carattere giornalistico, definendoli come quei soggetti che "*sia in forma singola che associata che consorziata, nell'esercizio di un'attività economica, editano le pubblicazioni di cui al comma 2*". Il comma in questione specifica altresì che per godere del nuovo diritto connesso gli editori devono essere stabiliti, se non in Italia, almeno all'interno di uno Stato membro.

Il comma 4 dell'art. 43 *bis* l.a. riprende il testo del paragrafo 2, primo periodo, dell'art. 15 della Direttiva. Esso precisa che il nuovo diritto connesso degli editori non pregiudica ("*sono fatti salvi in ogni caso*") i diritti che la legge sul diritto d'autore riconosce agli autori e ai titolari di altri diritti connessi sulle opere incluse nella pubblicazione. In particolare, è escluso che l'editore possa privare tali soggetti del diritto di sfruttare le proprie opere e altri materiali in modo indipendente dalla pubblicazione di carattere giornalistico in cui sono inclusi.

La norma deve essere coordinata con altri articoli della stessa legge sul diritto d'autore rilevanti, fra cui in particolare l'art. 38 l.a., il quale prevede che in un'opera collettiva (quali i giornali e le riviste) il relativo diritto di utilizzazione economica spetta al suo editore, salvo patto contrario. La stessa norma, al comma 2, prevede anch'essa che ai singoli collaboratori dell'opera collettiva (dunque, riferendoci alla pubblicazione giornalistica, gli autori dei singoli articoli) è comunque riservato il diritto di utilizzare la propria opera separatamente.

È senza variazioni rispetto al testo della Direttiva (art. 15, paragrafo 2, secondo e terzo periodo) il comma 5 dell'art. 43 *bis* l.a., il quale esclude che gli editori possano invocare il diritto connesso per impedire l'utilizzo di opere, che sono incluse in pubblicazioni giornalistiche sulla base di una licenza non esclusiva, da parte di altri terzi autorizzati, così come resta immutata rispetto al testo della Direttiva la previsione dell'impossibilità per l'editore di sfruttare il diritto connesso per impedire l'utilizzo da parte di terzi di opere la cui protezione autorale sia scaduta.

Per quanto concerne l'individuazione delle eccezioni al diritto connesso, il comma 6 riprende pressoché letteralmente il testo dell'art. 15 della Direttiva nella parte in cui prescrive che il diritto connesso non si applica agli utilizzi privati o non commerciali. Lo stesso vale per l'esclusione dall'ambito di applicazione della normativa dei collegamenti ipertestuali e delle singole parole.

È invece presente un'importante precisazione in relazione all'esclusione degli estratti molto brevi. In questo caso il legislatore ha ritenuto di dover definire direttamente nel testo normativo (comma 7 art. 43 *bis* l.a.) quando un estratto possa considerarsi breve e dunque sia estraneo all'ambito di applicazione del nuovo diritto connesso. In tal senso si è preferito (sulla scia di quanto già accaduto in Francia) non ricorrere ad un criterio basato sul numero dei caratteri o delle parole, privilegiando un approccio più sostanziale, che nella specie identifica gli estratti molto brevi esclusivamente in quelli che non assolvono

ad una funzione sostitutiva della pubblicazione originale e non dispensano il lettore "*dalla necessità di consultazione dell'articolo giornalistico nella sua integrità*". La conseguenza che ne deriva è che la riproduzione o messa a disposizione al pubblico anche di un semplice estratto, per quanto numericamente breve, dovrebbe comunque richiedere la preventiva autorizzazione dell'editore laddove si possa presumere che il lettore comprenda il contenuto dell'articolo dalla semplice lettura dell'estratto. Si tratta evidentemente di una soluzione che rende la normativa meno rigida di come sarebbe stata adottando un criterio numerico, ma che tuttavia lascia ampi margini di discrezionalità in capo a chi deve interpretare ed applicare la norma, con il conseguente rischio di pervenire nel tempo a soluzioni eterogenee e poco uniformi.

I commi da 8 a 12 dell'art. 43 *bis* l.a. apportano alla disciplina di recepimento nazionale importanti novità, laddove introducono un obbligo in capo ai prestatori di servizi di corresponsione di un "equo compenso". Come sostenuto da alcuni commentatori⁷³, la normativa in commento potrebbe sollevare alcuni dubbi circa la sua conformità con la Direttiva e, sul piano nazionale, con la legge delega che ha incaricato il Governo alla redazione della normativa di recepimento.

Partendo dalla disamina del testo dei commi in commento, il comma 8 come detto introduce in capo ai prestatori di servizi un vero e proprio obbligo di corresponsione di un equo compenso per l'utilizzo *online* delle pubblicazioni giornalistiche ("*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*").

Il medesimo comma prevede altresì che entro il breve termine di 60 giorni dall'entrata in vigore della normativa di recepimento, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ("AGCOM") adotti un regolamento che individui i criteri da seguire per la determinazione del compenso, precisando in ogni caso che tra tali criteri debbano figurare parametri quali il numero di consultazioni *online* dell'articolo, gli anni di attività degli editori, la loro rilevanza sul mercato, il numero di giornalisti impiegati, i costi sostenuti per investimenti tecnologici e infrastrutturali, i benefici economici derivanti dalla pubblicazione in termini di visibilità e ricavi pubblicitari.

Il comma 9 sancisce un obbligo di buona fede in capo ai prestatori di servizi, imponendo loro tra l'altro di non limitare, in sede di negoziazione con gli editori, "*la visibilità dei*

⁷³ G. Colangelo, *Copyright, news, digitale: decreto da ripensare*, 4 agosto 2021

contenuti degli editori nei risultati di ricerca", precisando anche che il mancato rispetto di tale obbligo può essere valutato quale violazione dell'art. 1337 c.c., che in tema di contratti prevede che nello svolgimento delle trattative le parti devono comportarsi secondo buona fede. Il fine primario di tale previsione è evidentemente quello di evitare condotte potenzialmente non corrette da parte dei prestatori di servizi, secondo l'esempio francese per quanto concerne il contenzioso tra

Google e le associazioni rappresentative degli editori francesi.

Appare rispondere ad analoghe istanze quanto previsto al comma 12 dell'art. 43 *bis* la, il quale pone a carico dei prestatori di servizi stringenti obblighi di trasparenza: i prestatori di servizi sono infatti *"obbligati a mettere a disposizione, su richiesta della parte interessata o dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, ogni dato idoneo a determinare la misura dell'equo compenso"*, fermo l'obbligo di riservatezza da parte di chi tali informazioni riceve.

Il comma in questione prevede anche pesanti sanzioni in capo ai prestatori che violano l'obbligo di trasparenza e dunque non condividono - o condividono solo parzialmente - le informazioni dovute: in particolare è riconosciuto all'AGCOM il potere di irrogare sanzioni che possono spingersi sino all'1% del fatturato realizzato dal prestatore di servizi nell'ultimo esercizio.

I commi 10 e 11 si occupano di come tutelare le parti (in particolare quella ritenuta dotata di minore potere negoziale, ovvero gli editori) qualora nel corso della negoziazione non sia raggiunto un accordo sul compenso. In particolare, è previsto al comma 10 che se un simile accordo non è raggiunto entro 30 giorni dall'invio della richiesta di avvio del negoziato, ciascuna delle parti può rivolgersi all'AGCOM la quale, in ultima istanza, è autorizzata a determinare d'ufficio l'esatto importo del compenso.

Qualora, a seguito della individuazione del compenso, non sia comunque possibile giungere ad un accordo tra le parti coinvolte, il comma 11 dispone che queste possano ottenere tutela giurisdizionale di fronte alla competente sezione in materia di impresa dell'autorità giudiziaria.

Il comma 13 dell'art. 43 *bis* l.a. implementa quanto previsto al paragrafo 5 dell'art. 15 della Direttiva in relazione al diritto degli autori delle opere incluse nelle pubblicazioni di carattere giornalistico a percepire dagli editori una "quota adeguata" del compenso loro riconosciuto dai prestatori di servizi della società dell'informazione per effetto dell'esercizio del nuovo diritto connesso. Quel che la normativa di recepimento aggiunge

rispetto alla Direttiva è la determinazione, direttamente nel testo normativo, di tale quota adeguata. Si prevede infatti che essa non sia inferiore al 2% e non ecceda il 5% del compenso percepito dagli editori che siano giunti ad un accordo economico con i prestatori di servizi della società dell'informazione. Il comma contiene inoltre ulteriori specificazioni su come determinare l'esatto ammontare della quota spettante agli autori, precisando che essa sarà stabilita su base convenzionale per i lavoratori autonomi e ricorrendo alla contrattazione collettiva per quanto concerne i lavoratori con rapporto di lavoro subordinato.

I commi 14 e 15 dell'art. 43 *bis* l.a. trascrivono in modo pressoché letterale il paragrafo 5 dell'art. 15 della Direttiva con riferimento alla durata del diritto connesso (due anni), al *dies a quo* per il calcolo di tale termine (1° gennaio dell'anno successivo alla data di pubblicazione di tale pubblicazione di carattere giornalistico) e per l'identificazione della data (1° gennaio 2019) a decorrere dalla quale le pubblicazioni oggetto della nuova normativa devono essere state rese note, affinché la normativa sia loro applicabile.

Il comma 16, invece, dando attuazione al paragrafo 3 dell'art. 15 della Direttiva, conferma l'applicabilità al nuovo diritto connesso delle eccezioni e delle limitazioni di cui al Capo V del Titolo I della legge sul diritto d'autore e dunque di quanto previsto agli artt. da 65 a 71 *decies* l.a. in materia, tra l'altro, di reprografia (art. 65 l.a.), riassunto, citazione o riproduzione a fini di critica (art. 70 l.a.), ecc.

Il medesimo comma 16 infine estende al diritto connesso degli editori quanto previsto dal Titolo II ter l.a. (artt. 102 *quater* e 102 *quinques*) in materia di misure tecnologiche di protezione, dal Capo III del Titolo III l.a. (artt. 156-174 *quinques*) concernente difese e sanzioni giudiziarie, e dall'art. 2 della legge n. 167/2017 in relazione al potere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ("AGCOM") di ordinare in via cautelare ai prestatori di servizi della società dell'informazione di porre fine alle violazioni del diritto d'autore e dei diritti connessi che appaiano manifeste sulla base di un giudizio sommario, e sempre che sussista la minaccia di un pregiudizio imminente.

L'art. 70 *quinques* l.a. dà attuazione all'art. 16 della Direttiva. In particolare, al comma 1 si conferma che l'editore che abbia ottenuto a titolo definitivo (cessione) o provvisorio (licenza) un diritto da parte dell'autore dell'opera giornalistica, ha a sua volta diritto ad una quota del compenso che suddetto autore abbia ricevuto in virtù di una qualsiasi eccezione o limitazione al diritto trasferito o concesso in licenza.

Viene così sciolto il dubbio che era sorto leggendo l'art. 16 della Direttiva, nel quale come visto l'introduzione di tale disciplina era indicata solo come facoltativa ("*Gli Stati Membri possono prevedere che ...*") e non come un obbligo a carico degli Stati membri.

Il comma 1 dell'articolo in questione va tuttavia oltre. Pur non essendo richiesto espressamente dalla Direttiva, il legislatore nazionale ha infatti ritenuto opportuno precisare un parametro per la determinazione della quota del compenso in favore dell'editore, escludendo che essa possa eccedere il 50% del compenso che è stato riconosciuto all'autore in virtù dell'eccezione o della limitazione. La ragione di ciò evidentemente è di bilanciare per quanto possibile lo squilibrio in termini di potere economico e negoziale che solitamente esiste nel rapporto tra editore e singolo autore. Non solo: ad ulteriore specificazione, il comma 1 dell'art. 70 *quinquies* l.a. prevede altresì che la quota del compenso possa (ma non debba) essere determinata sulla base di accordi collettivi tra le parti. Anche questa precisazione, che risponde alla medesima *ratio* di cui sopra, non risulta a ben vedere presente né espressamente richiesta dalla Direttiva.

Il comma 8 dell'art. 43 *bis* l.a., come introdotto dal decreto di attuazione, prevede dunque un obbligo per i prestatori di servizi di corrispondere un "equo compenso" in favore degli editori, per l'utilizzazione *online* dei contributi giornalistici ad essi riconducibili. La normativa prescrive in aggiunta ulteriori e stringenti precauzioni, tra cui in ultima istanza la possibilità per l'AGCOM di determinare d'ufficio l'esatto ammontare dell'equo compenso, qualora questo non sia individuato dalle parti interessate nel corso della negoziazione.

Questo riferimento ad un equo compenso ha sollevato alcuni dubbi circa la compatibilità della normativa di recepimento con la Direttiva. Secondo alcuni autori, infatti, ciò potrebbe portare a ritenere che - anziché di fronte ad un diritto connesso esclusivo - si sia di fronte ad un diritto a compenso, benché sembrino assenti, nel testo della Direttiva, così come nei suoi Considerando, previsioni dalle quali si possa chiaramente desumere che fosse intenzione del legislatore comunitario lasciare ai legislatori nazionali spazio di adottare, in sede di attuazione, una simile soluzione, che potrebbe limitare gli spazi di negoziazione fra le parti.

Il sistema emerso dalla normativa di recepimento sembra dunque escludere la c.d. "terza via", ossia la possibilità che gli editori - nell'esercizio del proprio diritto connesso - reputino "equo" o comunque altrimenti conveniente autorizzare i prestatori di servizi a riprodurre le pubblicazioni giornalistiche gratuitamente attraverso il rilascio di licenze

gratuite. Il che, secondo alcuni, potrebbe in ultima istanza rivelarsi dannoso soprattutto per gli editori c.d. non generalisti, locali, ecc., per i quali la semplice visibilità riconosciuta loro dalla pubblicazione da parte dei prestatori di servizi potrebbe rappresentare un vantaggio in sé, a prescindere dalla ricezione di ulteriori compensi da parte dei prestatori di servizi.

A ben vedere l'intenzione del legislatore comunitario, nell'adottare la Direttiva, sembrava andare proprio in quest'ultima direzione, ossia di riconoscere agli editori un diritto connesso - sinora sconosciuto - quale strumento per favorire (ma non obbligare a) la concessione di licenze e garantire al contempo alle parti una certa flessibilità.

Sulla base di tali considerazioni non è mancato chi ha affermato di non poter escludere che la configurazione attuale dell'art. 43 *bis* l.a. possa attirare le attenzioni della Commissione UE, eventualmente tramite l'avvio di una procedura di infrazione⁷⁴.

Sempre l'orientamento interpretativo sopra citato ha anche segnalato che potrebbe essere sollevata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 43 *bis* l.a. per eccesso di delega. Nell'art. 9 della legge delega mancherebbero infatti riferimenti alla previsione di un equo compenso in favore degli editori (la lett. "l" dell'art. 9, nel quale si parla di "quota adeguata", si riferisce alla sola implementazione dell'art. 15/5 della Direttiva, e dunque alla quota dei proventi percepiti dall'editore che deve essere riconosciuta agli autori dei contributi giornalistici; la lett. "m", che parla di "equo compenso", riguarda invece il compenso di cui all'art. 16 della Direttiva e dunque quello che l'autore deve riconoscere all'editore in relazione a quanto ricevuto per l'utilizzo dell'opera di cui è titolare in virtù di eccezioni o limitazioni).

3. Critiche e punti di dubbio della Direttiva Copyright: un caso di *gold plating*?

Uno dei problemi di maggiore importanza al quale la Direttiva Copyright ambisce a dare soluzione è quello del c.d. *value gap*, ossia l'inequiva distribuzione del valore generato dallo sfruttamento in ambito digitale di opere e contenuti protetti tra i vari soggetti che partecipano alla filiera, in particolare tra gli autori e i prestatori di servizi che offrono “gli spazi” per la veicolazione dei contenuti generati dai primi. Le nuove modalità di divulgazione di contenuti, pur dischiudendo opportunità inedite e conducendo a un

⁷⁴ G. Colangelo, *Copyright, news, digitale: decreto da ripensare*, cit.

complessivo ampliamento della platea di destinatari, presentano dei rischi connessi a un possibile sfruttamento non autorizzato dei contenuti protetti dal diritto d'autore⁷⁵.

È discusso se l'assunto di partenza su cui la Direttiva *E-Commerce* volle stabilire, per un verso, l'esenzione da una responsabilità per contenuti illeciti (in assenza di una conoscenza effettiva e di una conseguente pronta rimozione) e, per altro, l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza – ossia la natura di meri intermediari dei prestatori di servizi (requisito da ritenersi integrato in presenza di un servizio di natura meramente tecnica, automatica e passiva) – conservi perdurante validità⁷⁶. Si è opinato che questo peculiare statuto giuridico sarebbe ormai obsoleto e impedirebbe un coinvolgimento più diretto dei prestatori di servizi, che vantano un margine di guadagno sullo sfruttamento di contenuti, rispetto alle violazioni del diritto d'autore perpetrate *online*.

In termini più concreti, le scelte compiute dal legislatore in sede di recepimento costituiscono un esercizio abbastanza singolare e disallineato rispetto a quanto fatto nella maggioranza degli Stati membri: un *unicum* che potrebbe configurare un'effrazione rispetto al diritto sovranazionale, una situazione di fronte alla quale non può essere esclusa una declaratoria di incostituzionalità ma nemmeno una pronuncia della Corte di giustizia che accerti l'incompatibilità con il diritto dell'Unione.

Due sono i vizi che paiono affliggere le norme che hanno trovato ora spazio nella Legge sul diritto d'autore (l. 22 aprile 1941, n. 633).

Per un verso, l'attuazione dell'art. 15 sembra presentare profili di illegittimità costituzionale rispetto al possibile eccesso di delega in cui il legislatore delegato sarebbe incorso in sede di adozione di un testo che presenta differenze visibilmente marcate rispetto alla norma europea.

Per altro verso, il recepimento dell'art. 17, ancorché linguisticamente fedele alla versione italiana della direttiva, sembrerebbe allontanare la scelta del legislatore domestico dalla *ratio* propria della riforma europea, con un possibile impatto sui diritti fondamentali degli utenti (in particolare, sulla libertà di espressione) e sulla libertà di iniziativa economica degli operatori di piattaforme di condivisione video.

⁷⁵ Finocchiaro – Pollicino, *Il recepimento della Direttiva Copyright. Il caso italiano in una prospettiva comparata ed europea*, Media Laws

⁷⁶ Montagnani M.L., *Internet, contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*, Milano, 2018

Il fatto stesso che la circolazione dei contenuti giornalistici consenta di acquisire valore ai prestatori di servizi è una circostanza “innovativa” rispetto a un quadro normativo che li aveva immaginati come semplici “vettori”, privi di qualsiasi controllo e “sensibilità” sui contenuti. È indubbio invece, anche astraendosi dal dibattito sulla persistente neutralità degli intermediari, che oggi questi soggetti possono generare e ricavare valore dalla disponibilità di contenuti sul *web*, quale che sia il loro ruolo come motori di ricerca o fornitori di servizi di *hosting* (e quale che sia la posizione rispetto al dibattito sulla qualificazione in senso “attivo” ovvero meramente “passivo” dei *provider*).

La soluzione immaginata dal legislatore europeo è quella del diritto connesso, riconosciuto in capo agli editori di giornali stabiliti nell’Unione per l’utilizzo online delle loro pubblicazioni di carattere giornalistico da parte dei prestatori di servizi della società dell’informazione. Tale diritto, come specificato dall’art. 15 della Direttiva Copyright, non si applica agli utilizzi privati o non commerciali da parte dei singoli utilizzatori delle pubblicazioni giornalistiche.

Né si applica al mero *linking*, ossia ai collegamenti ipertestuali: non si tratta di un esito scontato, stante la lunga discussione che ha preceduto l’approvazione del testo finale, nella quale si era affacciata in più occasioni l’ipotesi di una “*link tax*”.

In un primo momento i collegamenti ipertestuali (gli “*hyperlink*”) sembravano soggetti al diritto degli autori, ed in relazione a ciò la parte avversa alla direttiva ha coniato il termine “*link-tax*” per indicare l’art. 15. Fortunatamente, la versione finale della direttiva ha escluso che di per sé gli *hyperlink* possano essere tecnicamente “tassati”, ma ha lasciato delle zone d’ombra che ne rendono problematica l’applicazione. La norma, infatti, non chiarisce come trattare gli *hyperlink* quando (cioè quasi sempre) essi siano strettamente combinati con parole e testi estratti dall’articolo a cui rimandano: in genere si tratta del titolo dell’articolo, che viene richiamato nell’*URL* o al di fuori di esso.

Da ultimo, l’art. 15 esclude parimenti il conferimento di un diritto connesso nel caso di utilizzo di singole parole o di estratti molto brevi di pubblicazioni di carattere giornalistico: è questo il caso dello *snippet*, ossia dell’estratto di un’opera aggiunta al titolo delle notizie riportate nelle pagine *web*. Anche questo versante è stato interessato da importanti discussioni, tese soprattutto a identificare una soluzione di compromesso che, da un lato, non risultasse del tutto preclusiva della possibilità di anticipare il contenuto di una pubblicazione giornalistica e, dall’altro, non risultasse eccessivamente penalizzante per gli editori, dispensando i lettori/utenti dall’accesso ai siti oggetto di

indicizzazione per effetto di estratti sufficientemente corposi ad appagare il desiderio informativo. Il diritto connesso stabilito dall'art. 15 si estingue dopo due anni dalla pubblicazione dell'opera giornalistica, e il termine è calcolato a decorrere dal 1° gennaio dell'anno successivo alla data di pubblicazione. La norma si premura altresì di tutelare gli autori delle opere incluse in pubblicazioni di carattere giornalistico, prevedendo l'obbligo per gli Stati membri di provvedere affinché sia loro riservata una quota adeguata dei proventi percepiti dagli editori per l'utilizzo delle pubblicazioni di carattere giornalistico da parte dei prestatori di servizi della società dell'informazione.

Il legislatore pare essere incorso in *gold plating*, "approfittando" dell'occasione di dare attuazione alle norme della Direttiva Copyright per introdurre previsioni che paiono aliene dal suo impianto.

a) Vincolo o incentivo alla negoziazione?

Anzitutto, è stato evidenziato in dottrina^{77 78} che l'art. 43 *bis*, a causa della formulazione adottata, potrebbe, se interpretato in un certo modo, costituire un vincolo a negoziare in capo ai prestatori di servizi della società dell'informazione e agli editori di pubblicazioni a carattere giornalistico. Invero, la norma europea sembrerebbe obbedire a una *ratio* diversa: non quella di vincolare ma quella di promuovere e facilitare una negoziazione, a fronte del diritto riconosciuto in capo agli editori.

Sebbene l'art. 43 *bis* non parli letteralmente di un obbligo, l'analisi del testo sembrerebbe condurre a un esito interpretativo opposto.

La direttiva non obbliga le parti ad addivenire ad un accordo, ma le lascia libere di fissare tariffe e condizioni per la licenza degli editori. Durante i lavori legislativi presso la UE fu abbandonata l'idea di una licenza obbligatoria, in quanto avrebbe potuto condurre le negoziazioni ad epiloghi simili al caso spagnolo dove Google, di fronte all'obbligo di concludere un contratto di licenza, ha preferito chiudere il servizio Google News.

Il rischio di addivenire ad una situazione di stallo tra le parti, come avvenuto in Germania e Francia, è quindi molto alto ed è inserito nel dettato della direttiva. Il problema non sta

⁷⁷ G. Colangelo, *L'Italia stravolge la Direttiva Copyright. Secondo il prof. Colangelo, sarà un grosso problema*, intervista di G. Rutelli, in *Formiche*, 31 luglio 2021

⁷⁸ M. Scialdone, *Il governo dà l'ok al decreto sulla Direttiva Copyright. Cosa non funziona secondo Scialdone (UER)*, intervista di G. Rutelli, in *Formiche*, 5 agosto 2021

nella licenza in sé, ma nell'ammontare da corrispondere agli editori. In mancanza di un accordo sugli aspetti economici, la direttiva non costringe Google e le altre piattaforme a concludere un contratto di licenza. Qualsiasi tentativo degli editori di forzare la negoziazione sarebbe facilmente respinto dai più grandi, in particolare da Google che ha già in varie occasioni dichiarato di preferire la deindicizzazione degli editori e la chiusura del business dell'aggregazione delle *news*. È questo il motivo per cui istituti come la negoziazione obbligatoria o l'imposizione di tariffe d'imperio (comunque non previsti dalla direttiva) sarebbero strumenti velleitari, perché la direttiva non prevede l'obbligo per gli aggregatori di notizie di operare a qualsiasi costo.

La situazione non potrebbe certo migliorare cercando di superare lo stallo attraverso la previsione dell'intervento di un'autorità di regolazione o arbitrale. Anche tale autorità sarebbe soggetta agli stessi limiti della direttiva che non prevede né la licenza obbligatoria, né l'obbligo di svolgere il servizio di *news aggregation* contro la volontà della piattaforma.

È dubbio se si possa delegare a un'autorità terza il compito di fissare le tariffe. Se anche così fosse, tale autorità non potrebbe però imporre tali tariffe a quegli operatori che preferiscono dismettere il servizio e l'indicizzazione delle notizie. Un intervento tecnico di tal genere sarebbe peraltro rischioso per gli editori, perché le valutazioni economiche di un'autorità di regolazione dovrebbero essere, per l'appunto, tecniche e non politiche. Un'analisi tecnico-economica del diritto degli editori potrebbe finire con rivelare l'incoerenza economica della direttiva, evidenziando come il valore economico estratto da Google dall'indicizzazione delle notizie sia poca cosa o addirittura negativo (al netto del traffico Internet consegnato agli editori)⁷⁹.

Limitandosi a ricordare l'uso di una terminologia, la quale tuttavia può essere destinata ad assumere significato specifico diverso nei diversi contesti, basta ricordare, in via generale, che nel nostro ordinamento l'“*obbligo di negoziare*” è ormai entrato anche nel codice dei contratti pubblici. Infatti, l'art. 9 D. Lgs n. 36/2023 prevede il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, da cui deriva – appunto – l'obbligo di contrarre e l'implementazione nei contratti pubblici delle clausole di rinegoziazione⁸⁰.

⁷⁹ I. Genna, *Direttiva copyright: tutti i rischi di una legge nazionale precipitosa*, 21 maggio 2020, in *Agenda Digitale*

⁸⁰ R. Carleo, *Il regolamento AGCOM sull'“equo compenso”*: un modello di co-regolazione in cerca di efficienza, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, n. 2 del 2024

b) Maggiori poteri all'AGCOM

Il comma 8 stabilisce, anzitutto, che per l'utilizzo *online* delle pubblicazioni di carattere giornalistico sia riconosciuto agli editori un "equo compenso" (invero, trattasi più propriamente di remunerazione) da parte dei servizi della società dell'informazione. A questo fine, la norma attribuisce all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) il potere di adottare un regolamento per l'individuazione dei criteri di riferimento per la determinazione dell'equo compenso, tenendo conto di una serie di fattori quali: il numero di consultazioni online dell'articolo, gli anni di attività e la rilevanza sul mercato degli editori, il numero di giornalisti impiegati, i costi sostenuti per investimenti tecnologici e infrastrutturali da entrambe le parti e i benefici economici derivanti alle parti dalla pubblicazione in termini di visibilità e ricavi pubblicitari.

Il comma 10, quindi, prevede che qualora entro trenta giorni dalla richiesta di avviare un negoziato da una delle parti interessate non sia raggiunto un accordo sull'ammontare del compenso, ciascuna parte potrà rivolgersi ad AGCOM per la sua determinazione, esplicitando la propria proposta economica in sede di richiesta. Entro sessanta giorni, AGCOM indica, sulla base dei criteri stabiliti con proprio regolamento, quale proposta economica formulata è conforme oppure determina d'ufficio l'importo dell'equo compenso se ritiene che nessuna delle proposte sia adeguata. Sembra farsi luogo, pertanto, all'investitura in capo ad AGCOM di un potere di arbitraggio, novità di cui però non si ravvisano fondamenta all'interno della Direttiva Copyright.

Un secondo profilo evidenzia come il legislatore italiano abbia percorso una strada che potrebbe divergere dal diritto dell'Unione europea. Il comma 12 dell'art. 43 *bis* stabilisce che i prestatori di servizi della società dell'informazione sono obbligati a mettere a disposizione, a richiesta della parte interessata o di AGCOM, i dati necessari a determinare l'importo dell'equo compenso. La norma prevede che, in ipotesi di mancata comunicazione entro trenta giorni dalla richiesta, AGCOM possa dare corso all'applicazione di una sanzione amministrativa fino all'1% del fatturato realizzato nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notifica della contestazione.

c) "Estratti molto brevi"

Un terzo elemento di disomogeneità appare riconducibile, da ultimo, alla scelta di “attuare” la nozione di “estratti molto brevi”. Il legislatore italiano ha infatti avvertito la necessità di offrire una definizione di questo concetto ai sensi del comma 7 dell’art.43 *bis*, onde precisare (o cercare di precisare) quali tipologie di utilizzo non ricadono nella protezione del diritto connesso conferito agli editori di opere a carattere giornalistico. Si è opinato sulla possibilità di adottare essenzialmente due criteri tra di loro alternativi: un criterio meramente quantitativo, fondato sulla determinazione di un numero di parole corrispondenti a un estratto molto breve (vicino alla soluzione proposta dalla Corte di giustizia nel caso *Infopaq*) e un criterio qualitativo, fondato non già su una quantificazione presuntiva e preventiva quanto su caratteristiche intrinseche dell’informazione dedotta in estratto. Il comma 7 propende per un criterio qualitativo, specificando che per estratto molto breve si intende «*qualsiasi porzione di pubblicazione che non dispensi dalla necessità di consultazione dell’articolo giornalistico nella sua integrità*». Si è scelto di valorizzare un criterio che guarda alla sostanziale alternatività tra la consultazione dell’estratto e quella dell’articolo integrale: in altri termini, non deve esservi una succedaneità tra estratto e notizia, in quanto l’estratto non deve essere sufficiente ad appagare il bisogno informativo al punto da rendere non più necessaria la lettura dell’articolo il cui contenuto è “meramente anticipato” tramite lo *snippet*. Per quanto si tratti di una scelta che obbedisce a una discrezionalità legislativa, non si può non osservare come tale criterio risulti insoddisfacente, lasciando aperto un fronte assai rilevante di incertezza legato alla definizione “caso per caso” di situazioni che andranno valutate con un apprezzamento che nemmeno si presenta agevole, dipendendo tra l’altro la capacità di uno *snippet* di soddisfare il desiderio informativo da circostanze non meramente oggettive, che potrebbero derivare da condizioni soggettive proprie del lettore.

Non si tratta di dettagli banali, perché la soluzione legislativa scelta per lo *snippet* avrebbe l’effetto di “disegnare” il modo con cui gli operatori Internet riportano le pubblicazioni giornalistiche (o almeno per quanto riguarda coloro che non intendano essere soggetti al diritto degli editori). Una soluzione troppo rigida, ad esempio il criterio di massimo 3 parole come proposto dagli editori tedeschi, potrebbe essere sostenibile per Google, che avendo già una piattaforma conosciuta potrebbe permettersi un “*restyling*” al ribasso del servizio senza perdere utenti, mentre per piattaforme più piccole, meno conosciute ed ancora in crescita, questa soluzione sarebbe più problematica. L’art. 15 della direttiva non

riconosce una regola *de minimis* per le start-up (differenza dell'art. 17 sul *video-sharing*) e quindi non vi è alcuna esenzione per i “piccoli” al pagamento verso gli editori. Alle start-up quindi converrebbe pagare, ma con ciò si perderebbe lo scopo “politico” della direttiva, che era quello di costringere al pagamento i giganti di Internet, e non certo i piccoli.

Tutto questo, ovviamente, senza tenere conto dell'evoluzione della tecnologia. Infatti, molte piattaforme stanno già sviluppando tecniche di NLP – *Natural Language Processing*, vale a dire l'elaborazione di linguaggio tramite il processo di trattamento automatico mediante un calcolatore elettronico delle informazioni scritte o parlate in una lingua naturale. In altre parole, in un futuro imminente dei semplici algoritmi potrebbero creare degli estratti del tutto originali rispetto alla pubblicazione a cui si riferiscono, rendendo del tutto obsoleta la discussione sui limiti quantitativi degli *snippet*⁸¹.

Da un lato, vi è da domandarsi se una siffatta attuazione sia conforme all'art. 15, valutazione che non può che essere affidata all'organo giurisdizionale che dispone del monopolio interpretativo del diritto dell'Unione e che può restituire a contrario la “misura della conformità” delle norme nazionali di recepimento: la Corte di giustizia. La possibilità che in sede di contenzioso (un contenzioso tutt'altro che difficile da immaginare, visto che la stessa norma lascia aperta tale via) sia proposta e quindi sollevata una questione pregiudiziale sull'esatta interpretazione dell'art. 15 della Direttiva Copyright è pressoché scontata. Dall'altro lato, però, vi sono rimedi interni che sembrano senz'altro applicabili al caso di specie: su tutti, una questione di legittimità costituzionale che investa l'art. 43 *bis* in relazione al preteso eccesso di delega in cui sarebbe incorso il legislatore italiano in sede di recepimento della Direttiva Copyright, e dell'art. 15 in particolare.

Inoltre, l'art. 17 stabilisce che i prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* effettuano un atto di comunicazione al pubblico ovvero di messa a disposizione del pubblico quando concedono l'accesso al pubblico a opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai relativi utenti.

Si tratta di un'innovazione importante, che chiarisce un punto controverso nella giurisprudenza della Corte di

⁸¹ I. Genna, *Direttiva copyright: tutti i rischi di una legge nazionale precipitosa*, 21 maggio 2020, p.3, in *Agenda Digitale*

giustizia. Infatti, fino all'approvazione della Direttiva Copyright, è stato assai dibattuto se la messa a disposizione e la gestione di una piattaforma *online* per la condivisione di contenuti protetti potesse costituire una violazione di diritti di esclusiva.

Il legislatore ha ritenuto di compiere un passo in avanti, cristallizzando *ope legis* questa qualificazione e prevedendo, per l'effetto, che il prestatore di servizi di condivisione di video necessita di una autorizzazione, che potrà derivare per esempio dalla conclusione di un accordo di licenza.

Nondimeno, questa previsione è accompagnata da un secondo pilastro, che si riferisce all'ipotesi, tutt'altro che irrealistica, in cui non sussista accordo tra i prestatori di servizi e i titolari dei diritti. In questo scenario, entrano in gioco delle disposizioni che scorporano un regime di responsabilità speciale rispetto a quello dettato dalla Direttiva *E-Commerce*.

d) Il nodo della clausola di “*best efforts*”

L'art. 17, par. 4, condiziona l'accesso alle limitazioni di responsabilità sancite dalla Direttiva *E-Commerce* a tre presupposti cumulativi: il fornitore, in particolare, deve a) aver compiuto i *best efforts* (nella traduzione italiana dell'art. 17, “massimi sforzi”) per ottenere un'autorizzazione, b) aver compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i *best efforts* per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali abbia ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti; e in ogni caso, c) aver agito prontamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o per rimuovere dai rispettivi siti *web* le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto i *best efforts* per impedirne il caricamento in futuro conformemente alla lettera b).

Le piattaforme vengono in tal modo, da un lato, limitate nel loro predominio negoziale e, dall'altro, responsabilizzate con la previsione di precisi obblighi di riduzione ad equità dei proventi ricavabili attraverso lo sviluppo del rapporto tra autori e fruitori di servizi. Ma detto meccanismo non riguarda tutti i fornitori di servizi della società dell'informazione; coloro, infatti, che non soddisfano uno o più criteri restano assoggettati

al regime generale di responsabilità previsto all'articolo 14 della direttiva 2000/31, a titolo di servizio di «*hosting*» e, se del caso, a quello previsto all'articolo 3 della direttiva 2001/29, conformemente all'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 2019/790.

Come si può constatare la Direttiva Copyright crea un doppio binario di responsabilità, uno per il fornitore di servizi di condivisione di contenuti *online*, e un altro per quelli che non forniscono tali servizi, i quali rimangono assoggettati alla disciplina precedente. L'art. 17, infatti, crea una nuova figura di prestatore della società dell'informazione: il prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online*, i cui servizi devono avere come scopo principale quello di memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere o di altri materiali protetti dal diritto d'autore, che vengono caricate dagli utenti (non dal prestatore) allo scopo di trarne profitto. La disposizione in questione rappresenta una forma di eccezione all'art. 14 della Direttiva (UE) 2000/31, che prevedeva una esenzione di responsabilità per il prestatore intermediario (*hosting provider*), che si fosse limitato a svolgere un ruolo di intermediazione tecnica.

Inoltre, la Direttiva Copyright ha previsto che cooperazione tra prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* e titolari dei diritti non possa avere quale effetto di impedire la disponibilità di opere o altri materiali caricati dagli utenti che non violano il diritto d'autore e i diritti connessi, anche qualora tali opere o altri materiali siano oggetto di un'eccezione o limitazione. Si tratta di una declinazione giuridica di quell'argomento ben noto agli studiosi di libertà di espressione che è noto come *collateral censorship*⁸² o anche come *overblocking*. Questo effetto ricorre quando i meccanismi e le "leve" di responsabilizzazione dei soggetti che rivestono un ruolo di intermediari per la circolazione di contenuti finiscono con il creare degli incentivi alla rimozione e alla disabilitazione nell'ambito delle dinamiche di moderazione e di *content policing*.

In secondo luogo, si prevede che l'applicazione dei nuovi meccanismi stabiliti dall'art. 17 non dovrebbe condurre al superamento dell'assenza di un obbligo generale di sorveglianza, che rimane uno dei pilastri fondanti della disciplina applicabile agli intermediari *online* e che nemmeno la recente proposta di regolamento nota come Digital Services Act sembra intenta a rivisitare, esprimendo del resto un principio coerente con la ravvisata assenza di un ruolo editoriale in capo ai prestatori di servizi.

⁸² J. Balkin, *Free Speech and Hostile Environments*, in *Columbia Law Review*, 99, 1999, 2295 ss.

Infine, merita osservare che nel determinare se il prestatore di servizi abbia ottemperato ai propri obblighi, la Direttiva Copyright enfatizza il ruolo del principio di proporzionalità. Precisamente, si riferisce espressamente a un catalogo aperto di elementi quali a) il tipo, il pubblico e la dimensione del servizio e il tipo di opere o altro materiale caricato dagli utenti del servizio; e b) la disponibilità di mezzi adeguati ed efficaci e il relativo costo per i fornitori di servizi.

Va anzitutto rilevato che, come notato da alcuni studiosi⁸³, il significato della clausola “*best efforts*” deve essere adeguatamente contestualizzato alla luce del nuovo paradigma sancito dalla Direttiva Copyright, in base al quale i prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* effettuano un atto di comunicazione al pubblico quando danno accesso al pubblico a opere protette dal diritto d’autore.

La terminologia “*best efforts*” conosce ampia diffusione soprattutto nel linguaggio giuridico adoperato nei sistemi di *common law*. Essa è generalmente utilizzata per descrivere uno standard di condotta che una parte, ad esempio la parte di un contratto, è tenuta a soddisfare, ancorché il suo genuino significato sia aperto, a seconda delle diverse aspettative giuridiche che potrebbero rilevare.

Questa sostanziale convergenza semantica indurrebbe ad attribuire alla nozione in questione il significato proprio di quelle clausole che richiedono a un soggetto di agire in buona fede e secondo diligenza. Questa conclusione pare corroborata dal commento all’art. 5.1.4. dei principi UNIDROIT⁸⁴, che stabilisce un collegamento tra lo standard dei “*best efforts*” e la natura dell’obbligo, affermando che: «*Sometimes a party is bound only by a duty of best efforts. That party must then exert the efforts that a reasonable person of the same kind would exert in the same circumstances, but does not guarantee the achievement of a specific result*».

Del resto, la rilevanza e l’utilità pratica di questo standard si collegano a uno scenario ben preciso: quello in cui il prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online* non abbia ottenuto un’autorizzazione e si debba pertanto valutare se gli sforzi compiuti siano sufficienti a esimerlo da responsabilità per le violazioni del diritto d’autore occorse mediante i suoi servizi.

⁸³ M. Scialdone, *Il governo dà l’ok al decreto sulla Direttiva Copyright. Cosa non funziona secondo Scialdone (UER)*, intervista di G. Rutelli, in *Formiche*, 5 agosto 2021

⁸⁴ M. Bassini - G. De Gregorio, *The implementation of the Copyright Directive in Italy and the proper understanding of the “best efforts” clause*, in *Medialaws.eu*, 29 marzo 2021

Lo stesso legislatore europeo pare essersi premurato di dettare delle precauzioni, richiedendo ai prestatori di evitare che tali sforzi si traducano nell'impedire il caricamento di contenuti lecitamente immessi in rete dagli utenti.

L'art. 17 non menziona in maniera esplicita l'utilizzo dei filtri. La norma prevede che piattaforme e detentori dei diritti debbano provare a stringere dei contratti di licenza. Solo in mancanza di questi, e permesso che la piattaforma abbia fatto del suo meglio per concluderli, scatta l'obbligo di mettere in atto delle misure che rendano "indisponibili" tali contenuti, cioè di impedirne la pubblicazione.

Non esistono tecnologie efficaci diverse dai filtri per assicurare un tale effetto. Tuttavia, poiché la norma non menziona esplicitamente il termine "filtro" e fa comunque riferimento ad un obbligo di "*best efforts*", c'è da chiedersi se si possa addivenire a soluzioni tecniche diverse.

È utile notare che il governo francese, uno dei maggiori promotori della direttiva, ha dichiarato, già il giorno successivo all'approvazione della stessa da parte del Parlamento europeo, di voler lanciare una larga cooperazione per lo sviluppo di tecniche di filtraggio, in quanto "essenziali" per il buon funzionamento dell'art. 17.

Tale dichiarazione può apparire sorprendente visto che il fronte pro-direttiva aveva sempre escluso, nel dibattito precedente all'approvazione della direttiva, che l'art. 17 implicasse l'uso di filtri. Ad ogni modo, la dichiarazione del governo francese è significativa anche per altri aspetti: l'industria europea non dispone di sofisticate tecnologie di filtraggio, a differenza delle piattaforme americane che vi hanno già investito al fine di applicare dei filtri volontari (ad esempio: Content ID di Youtube).

Pertanto, se l'utilizzo di filtri diventasse uno standard imposto per legge, si creerebbe un mercato delle tecnologie di filtraggio dominato, al momento, dagli americani ed in particolare dalle stesse aziende contro le quali la direttiva è stata adottata (Google e Facebook).

L'utilizzo di filtri avrebbe anche un risvolto anticompetitivo, e cioè un maggiore costo per le piattaforme più piccole, spesso europee. Queste ultime potrebbero eludere l'obbligo di filtraggio rimanendo sotto la soglia di fatturato di 10 milioni, il limite che la direttiva fissa per esentare le imprese dall'applicazione dell'art. 17. Ma così facendo si autocondannerebbero ad un permanente nanismo, lasciando definitivo spazio libero ai giganti americani. Non sorprende quindi che lo stesso governo francese, in prima linea nella lotta della difesa dei contenuti europei contro Google, Facebook ecc., stia ora

cercando di trovare delle soluzioni al meccanismo perverso creato dai filtri, non previsti ma impliciti, di cui alla direttiva stessa⁸⁵.

Agire in ottemperanza ai *best efforts* non presuppone una condotta specifica e suscettibile di una definizione univoca. Significa, al contrario, ottemperare a un criterio di diligenza e ragionevolezza, ponendo in essere gli sforzi utili a qualificare la condotta del prestatore di servizi come non meramente inerte e passiva al cospetto di violazioni del diritto d'autore. Significa, in altri termini, promuovere una condotta improntata all'implementazione delle misure utili allo scopo di contrastare le violazioni del diritto d'autore che ricorrono in rete.

Si presuppone, così, un ambito di applicazione mutevole e variegato, dove inevitabilmente la nozione di *best efforts* assume un significato flessibile a seconda del soggetto che è destinatario di un obbligo in tal senso.

In definitiva, i prestatori di servizi dovranno astenersi dal mettere in atto forme di censura privata, che sono inevitabilmente facilitate dalla “minaccia” di sanzioni e di condizioni di facile responsabilizzazione correlata a comportamenti di soggetti terzi sui quali il potere di controllo di questi operatori è limitato.

La disomogeneità che sembra registrarsi tra gli ordinamenti pone peraltro le basi affinché possa determinarsi, in futuro, un'eventuale questione preliminare di interpretazione davanti alla Corte di giustizia, a fronte della elevata incertezza (e delle conseguenti, ampie divergenze) che la varietà di traduzioni offerte all'espressione *best efforts* sembra aver ingenerato. Sulla base delle considerazioni esposte, sembra ragionevole presumere che, in un siffatto scenario, la Corte di giustizia potrebbe molto più probabilmente propendere per un'impostazione fedele alla *ratio* della clausola di *best efforts* come impositiva di un obbligo di mezzi, prettamente qualitativo, lontano da logiche “quantitative”: è questo, del resto, l'unico modo di interpretare questo standard compatibilmente con la tutela della libertà di espressione degli utenti, con il principio di proporzionalità e in linea con l'esigenza – normativamente dettata, ma da realizzare nelle sue condizioni sostanziali – di evitare effetti di *overblocking* che appaiono assai difficili da prevenire nel caso di un'interpretazione che spinga alla iper-responsabilizzazione dei prestatori di servizi di condivisione di video.

⁸⁵ I. Genna, *Copyright, tutti i nodi della direttiva per il recepimento in Italia e gli impatti prevedibili*, in *Agenda Digitale*, 1° aprile 2019, p. 2 ss.

Ciò che invece pare poter destare maggiori difficoltà è un giudizio della Corte costituzionale, che potrebbe ravvedere nelle scelte adottate dal legislatore italiano un sovvertimento radicale delle opzioni di politica legislativa racchiuse nella Direttiva Copyright e dunque un inadempimento agli obblighi di fonte europea. Questi vizi potrebbero trovare declinazione sia nell'inottemperanza predetta ai vincoli derivanti dal diritto dell'Unione, con violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. in relazione a una non esatta attuazione delle previsioni contenute nella Direttiva, sia nella lesione di libertà costituzionalmente tutelate come la libertà di espressione e la libertà di iniziativa economica, che potrebbero risultare pesantemente condizionate dalle scelte compiute dal legislatore domestico.

Quella dell'incostituzionalità è però una via estremamente più invasiva a livello ordinamentale, che finirebbe per produrre effetti di complessivo detrimento per tutti i soggetti che partecipano a questo mercato. Occorre, pertanto, riportare a coerenza con gli intenti del legislatore europeo il quadro normativo interno.

4. La tutela della libertà dell'informazione: un obiettivo plurale e democratico

Al fine di analizzare i rapporti tra pluralismo informativo e l'informazione *online* e tramite i *social network*, un necessario punto di partenza è comprendere come questa, al giorno d'oggi, rappresenti una scelta operata da un numero sempre maggiore di individui, che prediligono infatti le fonti di informazione *online* rispetto a quelle tradizionali, che si può dire siano oggettivamente in crisi⁸⁶.

Al fine di realizzazione di tale attività gioca un ruolo centrale l'acquisizione, da parte di tali *provider*, dell'enorme mole di dati e informazioni relative agli utenti che costituiscono i cosiddetti *big data*⁸⁷. Infatti, una volta che i dispositivi e le applicazioni personali si collegano alla rete, nel corso della navigazione i motori di ricerca e i *social* acquisiscono, tramite algoritmi, tali dati di navigazione dei singoli utenti, ricavandone un profilo individuale estremamente accurato⁸⁸.

⁸⁶ M. Fasan, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, in *Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 110.

⁸⁷ A. Papa, *"Democrazia della comunicazione" e formazione dell'opinione pubblica*, in P. Bilancia (a cura di), *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Torino, 2018, 317 ss.

⁸⁸ C. Casonato, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, numero speciale, maggio 2019, 106.

Il che comporta, come osservato da Pitruzzella⁸⁹, che l'utente dei *social network* sia spesso un «*consumatore preterintenzionale*» dell'informazione online, che non viene da questi ricercata ma che anzi riceve passivamente sulla base di quanto offerto in maniera automatizzata dagli algoritmi.

Andando ad esaminare gli effetti della profilazione e della selezione dell'offerta informativa sul pluralismo delle fonti di informazione, una prima conseguenza di tali fenomeni è rappresentato dalla creazione di una cosiddetta *filter bubble* attorno all'utente⁹⁰.

Questi vive cioè in una bolla informativa, dove può vedere solamente (o quasi) ciò che passa attraverso il filtro creato dai suoi stessi dati, elaborati dall'algoritmo perché le informazioni e le opinioni visibili, o comunque messe in primo piano, siano quelle che maggiormente rispecchiano il suo profilo personale⁹¹. Il che determina una forte limitazione della possibilità di accedere a fonti di informazione, a pareri o opinioni discordanti⁹².

Infatti, come osservato da Giacomini⁹³, la distorsione dell'accesso alle informazioni priva indubbiamente il singolo della possibilità di esporsi ad una pluralità di fonti e pareri, in particolare quelli discordanti, ma lo spinge altresì a ricercare conferma delle proprie opinioni iniziali, rafforzate da tali alterati meccanismi informativi, in altri gruppi di persone che le condividano. Ciò porta ad un ulteriore e più grave diminuzione delle occasioni di esposizione al dissenso e di formazione di un'opinione consapevole, elementi necessari e fondamentali di ogni società democratica, dato che il gruppo, come e più dell'individuo, tende naturalmente a confermare e rafforzare le opinioni al suo interno⁹⁴.

In questi gruppi, dove le idee e le opinioni dei singoli membri vengono confermate, rafforzate e amplificate dagli interventi di ognuno, si viene a creare una *echo chamber*,

⁸⁹ G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, 1, 2018, 25.

⁹⁰ A. D'Aloia, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza artificiale*, in *Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 22 ss.

⁹¹ A. Perruzzi – F. Zollo – A. L. Schmidt – W. Quattrociochi, *From Confirmation Bias to Echo-Chambers: a data-driven approach*, in *Sociologia e Politiche Sociali*, 3, 2018, 54

⁹² J. M. Reyes, *Social network, polarizzazione e democrazia: dall'entusiasmo al disincanto*, in E. Vitale – F. Cattaneo (a cura di), *Web e società democratica. Un matrimonio difficile*, Torino, 2018, 19

⁹³ G. Giacomini, *Potere digitale. Come Internet sta cambiando la sfera pubblica e la democrazia*, Milano, 2018, 32

⁹⁴ G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, 1, 2018, 25

una camera di risonanza⁹⁵ o, utilizzando la definizione di Riva⁹⁶, un «*silos sociale*», un'espressione particolarmente efficace per sottolineare il rapporto tra le meccaniche di *marketing* con quelle dell'informazione e della formazione del consenso.

I *social*, infatti, hanno interesse a che gli utenti vengano inseriti in gruppi omogenei, appunto dei *silos* contenenti derrate dello stesso genere, che non possano mescolarsi o essere contaminate da visioni alternative, e possano così essere più facilmente bersaglio di inserzioni o, appunto, delle alterazioni del sistema informativo derivanti da tali meccanismi.

La rete, pur permettendo teoricamente il più ampio accesso all'informazione, e dunque il pluralismo informativo, si presenta infatti al contrario come un contesto che non consente l'effettiva realizzazione di tali condizioni, in particolare nel caso dei *social network*⁹⁷.

In assenza di tali condizioni, come sottolineato da consolidata giurisprudenza costituzionale⁹⁸ e dalla dottrina⁹⁹, viene minato uno dei principi fondanti del corretto funzionamento della società democratica, che necessita del pluralismo informativo e dell'accesso alla più ampia varietà di opinioni e pareri, che non possono appunto realizzarsi nell'attuale contesto della rete, dove il cittadino/utente è facilmente isolato nella sua personale bolla informativa, e si impedisce il corretto dibattito tra consenso e dissenso. Dibattito che rappresenta, secondo Sartori¹⁰⁰, il vero centro del pluralismo, vale a dire la «*la dialettica del dissentire*».

Si è in conclusione determinato un mutamento profondo nella società democratica, che tende a confondere il cittadino ed il consumatore (e le rispettive sovranità¹⁰¹), e ad «*uberizzare*» la politica¹⁰², divenuta in tale contesto un mero strumento per l'individuo per ottenere «quello che voglio io, come lo voglio io, quando lo voglio io»¹⁰³, in modo analogo a quanto avviene nel commercio *online*. Politica che pertanto, vista la disintermediazione dei media, che consente a chiunque di produrre informazione¹⁰⁴,

⁹⁵ G. Pitruzzella, *op. cit.*, 30 ss.

⁹⁶ G. Riva, *Fake news*, Bologna, 2018, 113

⁹⁷ R. Montaldo, *La tutela del pluralismo informativo nelle piattaforme online*, in *MediaLaws*, n.1/2020

⁹⁸ Sentenza Corte costituzionale n. 84 del 17 aprile 1969

⁹⁹ F.R. De Martino, *L'attualità del principio pluralista come problema*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, 572

¹⁰⁰ G. Sartori, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei*, Milano, 2000, 32

¹⁰¹ C.R. Sunstein, *#republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, Bologna, 2017, 13 ss.

¹⁰² Y. Mény, *Popolo ma non troppo. Il malinteso democratico*, Bologna, 2019, 143

¹⁰³ E. Assante, *Cosa ci può insegnare il caso Cambridge Analytica*, in *federalismi.it*, 25 aprile 2018, 6

¹⁰⁴ M. Fasan, *op. cit.*, 110

senza il necessario filtro del giornalista¹⁰⁵, si concretizza sempre più come una politica «immediata»¹⁰⁶, che sfrutta i meccanismi dell'informazione *online* per una comunicazione politica efficace ai fini di ottenere il consenso.

Si pone quindi come necessaria l'introduzione di adeguati meccanismi di controllo, anche autoritativi, dei contenuti presenti in rete e sui *social network*, nonché di chiare regole di comportamento dei *service provider*, che garantiscano in particolare la pari visibilità dei soggetti politici¹⁰⁷, imponendo altresì che gli algoritmi da questi utilizzati siano programmati in modo da realizzare tale risultato, tramutandosi in strumenti per la realizzazione del pluralismo¹⁰⁸.

Altresì doverosa è poi l'introduzione di politiche attive e di lungo corso che garantiscano, da un lato, la maggiore circolazione e visibilità all'informazione di alto livello e di buona qualità¹⁰⁹, e, dall'altro, una maggiore educazione all'uso della rete e sulle sue dinamiche¹¹⁰, quali ulteriori mezzi di contrasto alla disinformazione e di garanzia del pluralismo informativo.

In Italia, come è noto, il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero trova disciplina e tutela nell'art. 21 Cost., che rappresenta una delle più qualificanti disposizioni contenute nella Carta. In esso, infatti, si dà in primo luogo piena attuazione al modello personalistico delineato dall'art. 2 Cost. e nel contempo si conferisce centralità alla libertà di espressione sin da subito concordemente considerata, come sottolineato dalla Corte costituzionale sin dalle sue prime sentenze, “*pietra angolare dell'ordine democratico*”¹¹¹. La disciplina costituzionale, contenuta nell'art. 21, risente dell'influenza, seppure non paritaria, di due diverse concezioni in tema di diritti e tutela tra tre diverse situazioni giuridiche soggettive: di manifestare il proprio pensiero, di informare e, seppure in modo implicito, di essere informati¹¹².

La seconda declinazione del diritto di manifestazione del pensiero, che qui rileva in modo particolare, si sostanzia nella libertà di informare, intesa come “libertà di dare e divulgare

¹⁰⁵ G. Giacomini, *op. cit.*, 22

¹⁰⁶ I. Diamanti – M. Lazar, *Popolocrazia. La metamorfosi delle nostre democrazie*, Bari, 2018, 137

¹⁰⁷ B. Caravita, *Social network, formazione del consenso, istituzioni politiche: quale regolamentazione possibile?*, in *federalismi.it*, 23 gennaio 2019, 5

¹⁰⁸ M. Delmastro – A. Nicita, *Big Data – Come stanno cambiando il nostro mondo*, Bologna, 2019, 133-134

¹⁰⁹ B. Caravita, *Il consenso ai tempi dei social*, in *federalismi.it*, 20 giugno 2018, 3

¹¹⁰ A. D'Atena, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, 596

¹¹¹ Corte costituzionale, sentenza n.84 del 1969

¹¹² S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957

notizie, opinioni, commenti”¹¹³ ad un numero possibilmente elevato e comunque indeterminato di destinatari del messaggio. Essa rappresenta una specificazione della più generale libertà di espressione e può essere esercitata da chiunque voglia finalizzare la propria esternazione alla condivisione delle proprie conoscenze e del proprio sapere, realizzando così la dimensione partecipativa della libertà di espressione.

La libertà di informare si muove lungo due diverse direttrici: la prima si incanala nell'alveo definito dell'informazione professionale, alla quale la Costituzione dedica tre commi dell'art. 21 e che si caratterizza per l'essere soggetta a specifiche regole bilanciate da particolari garanzie.

L'altra è rappresentata, invece, dall'informazione non professionale e trova il proprio fondamento nella riconduzione di questa situazione giuridica soggettiva nell'alveo della libertà del singolo di raccontare avvenimenti, fatti e vicende. Fino alla fine del XX secolo, questo secondo ambito di esercizio del diritto di informare si presentava sostanzialmente limitato all'utilizzo della parola, essendo pochi gli spazi nei *mass media* destinati ai "lettori". Con l'avvento della Rete, invece, e l'affermarsi in particolare di quello che viene definito "giornalismo partecipativo", l'informazione non professionale ha assunto una crescente rilevanza.

Al riguardo è tuttavia necessario sottolineare che il *citizen journalism* non è soggetto alle regole del giornalismo in senso proprio; pertanto, l'esercizio di questo diritto, proprio perché collegato alla realizzazione della personalità dell'individuo e finalizzato alla volontà di estrinsecare le proprie idee, la percezione di fatti accaduti e la propria conoscenza, non è subordinato al rispetto dei requisiti dell'obiettività, imparzialità e completezza.

Ne deriva che questa forma della libertà di informazione non presenta differenze, sul piano dei limiti e delle garanzie, rispetto alla generale libertà di manifestazione del pensiero. Da qui ad esempio, l'impossibilità, in base alla vigente normativa, di individuare forme di responsabilità per coloro che elaborano e diffondono quelle che oggi vengono definite "*fake news*" e che taluni definiscono "verità alternative".

In sintesi, può dirsi quindi che l'esercizio in forma non professionale della libertà di informazione non richiede l'osservanza di particolari obblighi e regole ma non beneficia neppure di peculiari garanzie (con la conseguenza, ad esempio, che il sito che ospita un

¹¹³ Corte costituzionale, sentenza n.105 del 1972

blog o un *forum* può essere “sequestrato” nel senso del suo oscuramento o della mancata reindirizzazione, su richiesta dell’Autorità giudiziaria). L’informazione professionale, invece, da un lato beneficia delle particolari garanzie che la Costituzione ha disposto e, dall’altro, è assoggettata a principi e responsabilità che la legge sulla stampa, approvata dalla stessa Assemblea costituente nel 1948, e la successiva giurisprudenza costituzionale e di legittimità hanno definito.

In Italia, l’informazione professionale è disciplinata da una pluralità di fonti. Alla legge sulla stampa cartacea (legge n. 47/1948) si è affiancata la normativa in materia di informazione televisiva (legge n. 103/1975) e di stampa *online* (legge n. 62/2001 e d.lgs. n. 70/2003). Le tre normative sono molto diverse tra loro. Ad esempio, per i giornali online (con un fatturato inferiore ad una soglia stabilita per legge) non è previsto l’obbligo di registrazione, ma solo la facoltà qualora gli editori vogliano accedere alle provvidenze sulla stampa.

Da qui la configurazione, in quest’ultimo caso, di una autonoma situazione giuridica soggettiva, espressamente prevista dall’art. 21 Cost., riservata dalla legge a quei soggetti, in primo luogo i giornalisti, che fanno “informazione” e che sono per questo assoggettati ad una serie di regole, anche deontologiche, ma sono nel contempo garantiti da una incisiva tutela costituzionale e legislativa dal momento che svolgono una attività che presenta la peculiarità di essere non solo esercizio di un diritto costituzionalmente garantito ma anche strumento di democraticità di un sistema. I giornalisti sono chiamati a rispettare il c.d. “decalogo”, elaborato dalla Corte di cassazione con riferimento al diritto di cronaca; hanno diritto al segreto professionale che consente loro di proteggere le proprie fonti ma anche di rivelarle al fine di dimostrare l’attendibilità della notizia.

La giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione ha prodotto in Italia un “diritto dell’informazione” quale strumento della democrazia, al punto che la giurisprudenza della Corte costituzionale ha progressivamente attenuato la visione dell’art. 21 Cost. quale diritto individuale e lo ha progressivamente “funzionalizzato” alla garanzia della democraticità della forma di Stato¹¹⁴.

E proprio in questa prospettiva, la Costituzione chiede al legislatore di tutelare anche l’informazione nel suo complesso, al fine di garantire che quest’ultima, nella molteplicità

¹¹⁴ E. Cheli, *La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana in materia di media*, in www.cortecostituzionale.it, giugno 2013

delle sue fonti di informazione e dei punti di vista, rispetti i parametri fondamentali della *correttezza*, dell'*imparzialità* e del *pluralismo*, in modo tale da consentire un corretto ed equilibrato processo di formazione della pubblica opinione.

Ne deriva che i tre parametri su cui necessariamente si fonda il diritto di essere informati non devono essere ricercati nel singolo atto di informazione, bensì nel pluralismo dei mezzi (c.d. pluralismo esterno) e dei punti di vista garantiti (c.d. pluralismo interno), i quali, integrandosi tra loro, consentono una visione della realtà quanto più possibile complessa e diversificata.

Questa esigenza è stata sottolineata in modo costante dalla Corte costituzionale che, nella convinzione che la libertà di manifestazione del pensiero nella sua accezione di libertà di informazione costituisca un pilastro

del vivere democratico, ha ribadito che la sua essenza implica “*pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime e assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee*”¹¹⁵.

L'esigenza democratica di una informazione corretta, imparziale e plurale costituisce la conseguenza del riconoscimento, in sede giurisprudenziale, dell'esistenza di una terza situazione giuridica soggettiva, ricavabile dall'art. 21 Cost., che si sostanzia nel “diritto ad essere informati”.

Come appare evidente, fonte di questo diritto non è la disposizione costituzionale di tutela della manifestazione del pensiero, *lato sensu* intesa, dal momento che quest'ultima non appare suscettibile di produrre alcuna pretesa in chi legge o ascolta tale esternazione, stante la sua natura squisitamente individuale. Al contrario, pur non essendo configurabile un obbligo di informare, è altrettanto vero – come più volte ricordato dalla Corte costituzionale – che qualora si decida di esercitare tale diritto occorre farlo nel rispetto di chi viene informato. Il giornalista deve quindi impegnarsi a produrre un'informazione, come indicato prima, corretta ed imparziale, mentre è compito dell'ordinamento giuridico garantire che la stessa sia anche “plurale”.

Seguendo tale impostazione la libertà di informazione svela un duplice angolo visuale a seconda del punto da cui muove la tutela, articolandosi in un diritto ad informare ed in un corrispettivo diritto ad essere informati.

¹¹⁵ Corte costituzionale sentenza n.105 del 1972, ripresa anche nella sentenza n.94 del 1977

Il riconoscimento di questa duplicità assume un rilievo fondamentale ai fini dell'identificazione dell'essenza stessa dell'art. 21 Cost. e del valore del disposto costituzionale in relazione all'evoluzione in senso democratico della società. Tale diritto nella sua poliedricità diviene infatti coesistente alla forma democratica fissata dalla Carta costituzionale sulla base della convinzione che “*i principi fondanti del nostro Stato esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale*”¹¹⁶.

Le due situazioni giuridiche soggettive (informare, essere informati) non sono tuttavia perfettamente speculari.

In altri termini, il diritto di informare rappresenta una situazione giuridica autonoma e distinta dal diritto ad essere informati e la sua singola realizzazione non è direttamente correlata e soprattutto non vincolata alle esigenze della seconda. Tuttavia, una volta attivata, la libertà di informazione trova nel diritto ad essere informati il proprio limite.

Con riferimento all'evoluzione giurisprudenziale del diritto ad essere informati, in una prima fase la Corte costituzionale si era limitata a stabilire l'indubbia sussistenza di una tutela implicita e soprattutto indiretta, ex art. 21 Cost., destinata non ad un diritto bensì ad un “*interesse generale della collettività all'informazione*”¹¹⁷, che richiedeva pluralità di fonti di informazioni, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee e l'esclusione di interventi dei pubblici poteri suscettibili di tradursi, anche indirettamente, e contro le intenzioni, in forme di pressione per indirizzare la stampa verso obiettivi predeterminati a preferenza di altri”¹¹⁸.

In un momento successivo la Corte, inaugurando una giurisprudenza ormai consolidata che collega in modo stringente *democrazia, informazione e formazione dell'opinione pubblica*, riconosce il diritto ad essere informati come situazione giuridica soggettiva costituzionale inviolabile e ricavabile dagli artt. 2 e 21 Cost. e ne definisce le garanzie democraticamente necessarie.

La diversa rilevanza dei *mass media* nell'ecosistema informativo dipende, inoltre, dalla diversa regolamentazione ai quali gli stessi sono assoggettati.

¹¹⁶ Corte costituzionale, sentenza n.112 del 1993

¹¹⁷ Corte costituzionale, sentenza n.94 del 1977

¹¹⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 105 del 1972

Il ruolo della stampa e della televisione nella formazione dell'opinione pubblica è stato infatti più o meno tempestivamente intuito dal legislatore che lo ha disciplinato, non senza difficoltà con riferimento alla televisione, al fine di garantire il pluralismo. La Rete, invece, non ha conosciuto al momento alcun intervento legislativo al riguardo, sebbene appaia ormai indiscutibile il ruolo che essa ha assunto negli ultimi due decenni nel cambiamento dei processi di formazione dell'opinione pubblica, rivitalizzando, seppure in modo virtuale, la comunicazione e l'informazione bi/pluridirezionale che la stampa, ma soprattutto la televisione, entrambi *mass media* di natura unidirezionale, avevano marginalizzato.

La Rete ha quindi certamente consentito un recupero, almeno potenziale, della centralità della manifestazione del pensiero nella sfera pubblica come libertà individuale attiva, con la conseguente valorizzazione del contributo di ciascun individuo al dibattito. Inoltre, l'ampliamento dei soggetti che manifestano il pensiero e degli spazi (siti, *social network*, *forum*, *blog*) in cui essi possono farlo ha contribuito ad allargare il novero dei temi dibattuti, non circoscrivendolo solo a quelli politici e/o di più stretta attualità, bensì ricomprendendo tutti quelli sui quali una società pluralista sia in grado o voglia manifestare interesse.

Come rilevato dalla Autorità italiana per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) nella sua relazione su *Il consumo di informazione e la comunicazione politica in campagna elettorale* del 2016 con dati relativi al 2015, il mezzo ancora oggi più utilizzato dagli utenti è la televisione, ma l'utilizzo del *web* è passato dal 38% del 2010 al 54% del 2015, superando i quotidiani cartacei che hanno visto negli ultimi anni una progressiva diminuzione dei propri lettori.

Lo scopo degli aggregatori di notizie è, a prima lettura, di svolgere un servizio paragonabile ad una rassegna stampa delle notizie che circolano in rete. Tuttavia, ad una analisi più attenta, emerge come questa finalità assecondi e, al tempo stesso, influenzi, il modo di informarsi soprattutto della generazione più giovane, quella dei nativi digitali, che evidenzia la tendenza a concentrare la propria attenzione solo su specifiche tematiche o su parole chiave rispetto agli infiniti contributi presenti in Rete. In altri termini sempre più utenti sembrano orientati a bypassare lo spoglio dell'intero giornale, seppure digitale, e a concentrare la propria lettura sugli articoli che hanno ad oggetto specifici oggetti o personaggi. Basandosi su questo, e forse contribuendo a determinare questo fenomeno, gli aggregatori di notizie, anche a valle di un processo di profilazione, forniscono ai propri

utenti le *news* corrispondenti ai loro temi di interesse, tralasciando quanto, pur utile a comprendere il contesto internazionale, nazionale e di riferimento, non rientri in modo diretto negli interessi del singolo.

Può quindi dirsi che gli aggregatori di notizie producono “giornali” personalizzati per ciascun utente, attingendo alle notizie prodotte dai siti di informazione e selezionandole *ad hoc*.

I media tradizionali *online* rappresentano quindi la fonte di queste “rassegne” e ne hanno, seppure non immediatamente, percepito l’importanza, cercando di adattare i propri modelli di business a questo fenomeno.

Inizialmente hanno quindi accettato che i loro contenuti fossero selezionati gratuitamente, al fine di penetrare in un mercato nuovo, poi hanno iniziato a chiedere una remunerazione per gli articoli disponibili sulle piattaforme stesse o visualizzabili mediante ricerca sugli aggregatori.

In Italia un primo accordo tra Facebook e gli editori è stato raggiunto nell’ottobre 2017 e ha previsto che gli utenti delle piattaforme possano accedere gratuitamente, ogni mese, ad un numero di articoli predeterminato, superato il quale debbono abbonarsi alla testata giornalistica se desiderano leggere ulteriori articoli.

La Direttiva Copyright, all’art. 15, impone oggi ai “prestatori di servizi della società dell’informazione” (come, ad esempio, Google) di pagare agli editori una remunerazione equa e proporzionata per l’utilizzo delle loro “pubblicazioni di carattere giornalistico”. La previsione contenuta nel par. 1 si presenta potenzialmente di ampia applicazione e per questo i paragrafi successivi la specificano, al fine di chiarire che oggetto della tutela non sono singole parole di una pubblicazione ma il pensiero compiuto presente in una notizia edita su un giornale e ripubblicata da un aggregatore.

Seppure di grande importanza, l’approvazione della direttiva non ha posto un punto fermo al dibattito che si è sviluppato in questi ultimi anni in materia di tutela degli editori e dei giornalisti nell’ecosistema digitale. Cruciali, per le prospettive della disciplina in materia, sono infatti le scelte che i singoli Stati hanno posto in essere in sede di recepimento della direttiva.

In particolare, un compito importante spetta al legislatore italiano, in considerazione della peculiare conformazione del settore dell’informazione professionale in Italia, dei vincoli ai quali la stessa è assoggettata, anche in ragione del fatto che il pluralismo informativo vive da decenni un delicato “non equilibrio” che rischia di essere ulteriormente

compromesso dalla riduzione delle testate giornalistiche. Questo settore aspetta da tempo di essere riformato, ma come le caselle di un domino ogni cambiamento è destinato a riverberarsi sugli altri tasselli che compongono il delicato assetto della democrazia della comunicazione in Italia¹¹⁹.

Spetta quindi al legislatore nazionale cogliere l'impulso che viene oggi dall'approvazione della direttiva 2019/790 per riflettere sull'opportunità di un intervento di più ampio respiro, interrogandosi su quale debba essere il futuro prossimo dell'informazione nei singoli Stati e nell'intera Unione e quale il modello di pluralismo (*nei media e dei media*) al quale tendere, acquisendo consapevolezza del mutamento (irreversibile) del quadro di riferimento e, nel contempo, dell'immutato fondamentale ruolo che tutti i *media* svolgono nel processo di selezione dei contenuti, nell'esercizio del diritto di cronaca e critica, nella circolazione delle idee e, quindi, nella formazione dell'opinione pubblica.

a) Lo scontro tra diritti fondamentali

Il diritto d'autore, più di altri diritti di proprietà intellettuale si connota tipicamente quale peculiare espressione della personalità dell'autore e quale libera manifestazione del pensiero; d'altro canto, anche l'accesso ad Internet e la comunicazione e circolazione di materiali possono considerarsi sotto il profilo della libera manifestazione del pensiero e della partecipazione al dibattito culturale valori di rilievo costituzionale sanciti anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹²⁰.

La remunerazione degli editori viene indicata dalla stessa Direttiva Copyright quale condizione economica per garantire l'effettività della libertà di stampa e la pluralità delle fonti; ma di rilievo costituzionale è anche la libertà di iniziativa economica, in particolare degli *Internet Service Providers*, che potrebbe subire un pregiudizio significativo in presenza di oneri di controllo eccessivi. D'altro canto, i controlli, visti da una diversa prospettiva, potrebbero configurarsi (come sostenuto dai detrattori della direttiva) quale limitazione alla circolazione delle idee e quindi, ancora una volta, alla libera

¹¹⁹ A. PAPA, *La tutela del pluralismo informativo in Rete. Il ruolo e le prospettive della direttiva europea 2019/790*, in AA. VV., *Il diritto d'autore nell'era digitale*, a cura di A. Papa, Torino, 2023, 2019, p. 13 ss.

¹²⁰ Zancan, *La nuova direttiva sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale*

manifestazione del pensiero, nonostante le salvaguardie e limitazioni per gli utenti non commerciali e i meccanismi di reclamo previsti dalla Direttiva Copyright.

Inoltre, il diritto d'autore si connota quale diritto di proprietà – immateriale – rammentandosi però che sempre più spesso le opere o “creazioni” protette sono frutto dell'attività e contributo di molti, quale espressione di un'attività lavorativa particolarmente qualificata e di ingenti investimenti; il cui rilievo, quindi, trascende la prospettiva del singolo operatore, autore, impresa, ma che risponde anche all'esigenza della promozione

dell'arte e della cultura, anch'esse libere.

In tale rilevante e complesso quadro, le rappresentanze dei diversi operatori hanno fatto sentire la loro voce, evidenziando a tratti una contrapposizione fra aree geografiche, oltreoceano le piattaforme, e l'Europa a difendere autori ed editori; ma anche inedite alleanze, fra gli interessi dei predetti gestori di piattaforme (multinazionali planetarie) ad escludere oneri di controllo e il pensiero politico che guarda al diritto d'autore come a un limite alla libertà piena di immettere, diffondere ed utilizzare tutti i contenuti, anche quelli protetti, richiamandosi, *inter alia*, al diritto di libera manifestazione del pensiero.

La Direttiva Copyright vorrebbe rappresentare un punto di sintesi e di equilibrio fra le varie istanze coinvolte e interessi talvolta contrapposti: autori e artisti, editori e produttori, utenti e utilizzatori, enti di ricerca e valorizzazione del patrimonio culturale, prestatori di servizi della società dell'informazione, nella prospettiva di una più ampia valorizzazione del patrimonio e della produzione culturale europea anche in ambito digitale, e della loro circolazione transfrontaliera.

La Corte di Giustizia Europea, con la sentenza del 26 aprile 2022, ha rigettato il ricorso presentato dalla Repubblica di Polonia per l'annullamento dell'articolo 17 della Direttiva UE 2019/790, per presunta violazione dei principi di libertà di espressione e d'informazione garantiti dall'articolo 11 della Carta dei diritti fondamentali.

L'articolo 17, in particolare, è stato oggetto di contestazioni e dibattiti in quanto introduce espressamente una deroga al ridotto regime di responsabilità del *provider* sancito dall'art.14 della Direttiva 2000/31 *E-commerce* e, dunque, una responsabilità diretta ed oggettiva dei prestatori di servizi di condivisione di materiali protetti *online*.

Tale previsione è frutto delle pressioni esercitate dalle grandi imprese che in questi anni hanno subito ingenti perdite di guadagno a causa dell'incontrollato caricamento su

piattaforme di condivisione di opere dell'ingegno protette dal diritto d'autore (cd. *value gap*)¹²¹.

La norma in questione, rubricata "*utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti online*", sancisce la responsabilità dei prestatori di servizi per l'illegittimo caricamento di contenuti protetti dal diritto d'autore da parte dei loro utenti, fatti salvi specifici casi di esonero di responsabilità.

La tutela dei diritti d'autore sancita dall'articolo 17 della Carta, infatti, non è garantita in modo assoluto, ma va bilanciata con gli altri diritti fondamentali, tra cui la libertà di impresa e il diritto di informazione degli utenti¹²².

Il regime di responsabilità appena delineato ha indotto la Repubblica di Polonia a presentare un ricorso alla Corte di Giustizia ai sensi dell'articolo 263 del TFUE contro il Parlamento Europeo ed il Consiglio dell'Unione

Europea, sostenuti da Spagna, Francia, Portogallo e dalla Commissione Europea. Lo Stato ricorrente ha chiesto l'annullamento dell'articolo 17 paragrafo 4 lettera b) e lettera c) nella parte che include le parole: "*e aver*

compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro conformemente alla lettera b)" con condanna del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea alle spese di giustizia. In subordine, qualora

la Corte di giustizia avesse ritenuto che le disposizioni impugnate non potessero essere separate dalle altre disposizioni contemplate nell'articolo 17 senza alterarne la sostanza della disciplina, lo Stato ricorrente ha richiesto l'annullamento integrale dell'articolo 17.

Il ricorso si fonda sull'asserita violazione del diritto alla libertà di espressione e di informazione garantito dall'articolo 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea secondo cui ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. I diritti garantiti dall'articolo 11 hanno significato e portata identici a quelli di cui all'articolo 10 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'articolo 10 riguarda non soltanto il contenuto delle informazioni, ma anche i mezzi della diffusione delle

¹²¹ F. Tozzi, *Value gap e diritti d'autore, in Il diritto d'autore nell'era digitale*, a cura di A. Papa, Torino, 2019

¹²² CGUE, 24.11.2011, C-70/2010 *Scarlet ext. SA c. Sabam*

stesse, pertanto qualsiasi limitazione apportata a tali mezzi incide sul diritto di ricevere e comunicare informazioni¹²³.

Secondo la ricorrente i prestatori di servizi di condivisione per poter adempiere agli obblighi previsti dall'articolo 17 sarebbero costretti ad un controllo preventivo dei contenuti caricati dagli utenti, possibile solo attraverso l'utilizzo di sistemi di filtraggio automatici. Tale controllo determinerebbe, da un lato, un'ingerenza nel diritto alla libertà di espressione ed informazione degli utenti e, dall'altro, che l'utilizzo di algoritmi possa bloccare automaticamente anche contenuti leciti che perderebbero di valore informativo e interesse prima ancora della loro diffusione.

La formulazione della norma contestata, inoltre, non conterrebbe, sempre a tenore della ricostruzione operata dallo Stato ricorrente, garanzie atte ad assicurare il rispetto del diritto alla libertà di espressione ed informazione e del principio di proporzionalità. Dunque, l'articolo 17 non fornirebbe regole chiare e precise a cui i prestatori di servizi dovrebbero conformarsi, lasciando di fatto libertà nel predisporre meccanismi di controllo e filtraggio preliminare.

La Corte ribadisce, in conformità al proprio orientamento, l'importanza di Internet come strumento di attuazione del diritto di libertà di espressione e informazione *ex* articolo 11 della Carta¹²⁴ e precisa che, in ragione delle modifiche del funzionamento del mercato di contenuti *online*, dell'aumento della complessità dei sistemi informatici e della primaria importanza acquisita dalle grandi piattaforme, sarebbe necessario un adeguamento dei principi di responsabilità dei fornitori di servizi, già sanciti dalle precedenti direttive 2001/29 (articolo 3) e 2000/31 (articolo 14).

La Corte ha tuttavia ritenuto la nuova disposizione conforme al principio di proporzionalità di cui all'articolo 52 della Carta, abbracciando la tesi delle parti resistenti. Sebbene detta norma introduca un nuovo regime di responsabilità, contempla di contro una serie di garanzie volte a bilanciare tutti gli interessi coinvolti.

Dal punto di vista soggettivo la previsione di cui all'articolo 17 è stata circoscritta ai prestatori di servizi come definiti dall'articolo 2 (paragrafo 2). Per i soggetti non rientranti in tale categoria, con particolare

¹²³ CEDU, 1.12.2015, *Cengiz c. Turchia* CE:ECHR:2015:1201JUD 004822610

¹²⁴ CGEU, 22.6.2021, *You Tube c. Cyando*

riferimento ai cd. *hosting providers*, permane il regime di responsabilità di cui all'articolo 14 Dir. 2000/31 che prevede che *“il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore:*
*a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, o b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso”*¹²⁵.

Proprio l'ampiezza del dettato normativo (*“aver compiuto i massimi sforzi secondo elevati standard di diligenza professionale”*) garantirebbe che gli obblighi imposti possano meglio adeguarsi alle singole fattispecie, alle diverse risorse e capacità dei vari fornitori e all'evoluzione delle prassi di settore. Infatti, tra i diritti coinvolti vi è anche la libertà di impresa dei detti fornitori.

L'operatività del regime di responsabilità è condizionata alla sussistenza dei requisiti di cui al paragrafo 4 dell'articolo 17, i cui punti sub b) e c) prevedono che i titolari dei diritti interessati abbiano fornito le informazioni pertinenti e necessarie in relazione ai contenuti non autorizzati.

I prestatori di servizi, pertanto, in mancanza di tali informazioni, non saranno tenuti a rimuovere o rendere inaccessibili i materiali protetti caricati dagli utenti.

L'articolo 17, inoltre, non imponendo alcun obbligo generale di controllo sulla liceità dei contenuti, non obbliga i fornitori a prevenire il caricamento da parte degli utenti. Diversamente, vi sarebbe un'autonoma valutazione del contenuto sulla sola base delle informazioni pervenute dai titolari dei diritti e di eventuali eccezioni e limitazioni al diritto d'autore e diritti connessi.

Il legislatore europeo ha altresì previsto espressamente l'esclusione di sistemi di filtraggio automatico che possano bloccare anche contenuti leciti. In diverse pronunce la Corte ha ritenuto che i sistemi di filtraggio che non distinguono adeguatamente tra contenuti leciti e contenuti illeciti siano incompatibili con il corretto bilanciamento tra la libertà di espressione e informazione e il diritto di proprietà intellettuale¹²⁶.

¹²⁵ CGUE, 12.7.11, *L'Oreal SA e altri c. E-Bay*, C-324/09

¹²⁶ CGUE, 16.2.2012

Sono infatti molteplici le circostanze, peraltro mutevoli da paese a paese, che potrebbero determinare la liceità o meno del caricamento di un contenuto.

I diritti di proprietà intellettuale, anche se sanciti dall'articolo 17 della Direttiva, non godono di tutela assoluta e devono essere oggetto di bilanciamento con gli altri diritti.

La Corte ha quindi rigettato il ricorso della Repubblica di Polonia, motivando la sentenza sulla base dell'analisi dell'articolo 17 effettuata dalle parti resistenti.

b) Asimmetrie contrattuali tra i due protagonisti

L'obiettivo, quindi, è la creazione delle condizioni nell'ecosistema dell'informazione digitale idonee a sostenere non solo il pluralismo dei mezzi di comunicazione, ma anche i meccanismi transazionali che consentano a tutti gli operatori di trarre le risorse dal mercato necessarie al loro sostentamento, evitando che i grandi operatori del settore, ossia motori di ricerca e *social network*, drenino, così come avviene oggi, gran parte delle risorse, ponendosi in posizione centrale tra i produttori di contenuti e i fruitori degli stessi. Il decreto legislativo ha, quindi, operato una scelta netta individuando nell'attualità della pubblicazione giornalistica l'oggetto meritevole di tutela economica e, conseguenzialmente, escludendo dal perimetro dell'applicazione della legge i contenuti privi di questo carattere al fine di favorire, comunque, la circolazione dei contenuti.

Il presupposto giuridico, comunque, per rientrare nell'ambito delle maggiori tutele relative al diritto d'autore per i contenuti giornalistici è l'esercizio di un'attività economica. Quindi, si ravvede la necessità di una correlazione tra l'oggetto, ossia il prodotto, ed il soggetto, l'impresa editoriale. Non è sufficiente, quindi, la pubblicazione di prodotti di carattere giornalistico o la qualificazione formale di impresa editoriale. In questa prospettiva, non potranno accedere alle garanzie previste dall'articolo 43 bis della legge 22 aprile 1941, n. 633 i soggetti che pur producendo contenuti di carattere giornalistico non esercitano attività economica (l'esercizio dell'attività può essere attestato attraverso una serie di elementi, quali il possesso della partita iva, l'iscrizione al Registro delle imprese o al Registro degli operatori della comunicazione); e, parallelamente, il possesso del requisito soggettivo non è di per sé sufficiente a rientrare nell'alveo della nuova normativa. Tra l'altro, il legislatore ha esplicitamente escluso dalle prestazioni di carattere giornalistico le pubblicazioni scientifiche. La scelta rientra sicuramente nella logica generale del provvedimento che se, da un lato, introduce tutele

a favore degli autori e degli editori per il corretto utilizzo delle loro opere, dall'altro punta a creare un ecosistema digitale in grado di spingere verso l'economia della conoscenza, sostenendo in materia esplicita la condivisione dei contenuti.

In questa prospettiva, vanno viste le diverse norme introdotte dal decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 177

che introducono importanti deroghe alla disciplina generale a favore degli istituti di tutela del patrimonio culturale, degli enti di ricerca e dei soggetti che svolgono attività didattiche.

È opportuno sottolineare che il legislatore ha previsto un elemento molto importante vietando la possibilità per i prestatori di servizio di limitare nel corso della negoziazione la visibilità dei contenuti nei risultati di ricerca. Infatti, la norma prevede che l'eventuale violazione di tale obbligo, comunque realizzata, crea i presupposti per la verifica del rispetto dell'obbligo di buona fede prevista dall'articolo 1337 del Codice civile. Il principio sicuramente ha una funzione centrale nel corso della negoziazione tra i soggetti, ma include nella sua stessa prescrizione un rischio sostanziale per gli editori nel corso del procedimento di valutazione del compenso da corrispondere da parte delle piattaforme. Infatti, entra in gioco il difficile equilibrio tra soggetti con interessi divergenti e con un potere di mercato del tutto asimmetrico. In altri termini, i contenuti sui quali determinare la quota di ripartizione a favore dei singoli editori, esistono solo se i motori di ricerca e i *social network* decidono di dargli una visibilità. Ma non solo; è la stessa graduazione della visibilità, l'indicizzazione, a decidere sulla sorte di un contenuto.

I famosi algoritmi posti a presidio dell'intero sistema di indicizzazione dei contenuti possono apparire criteri oggettivi che rispondono a premialità tecniche e statistiche. Ma così non è in quanto gli algoritmi sono scritti e definiti da soggetti privati che hanno come prima finalità l'utile delle proprie attività e, pertanto, rispondono a logiche ben precise.

L'esplicito riferimento all'abuso di dipendenza economica contenuto nel comma 11 dell'articolo 43 bis della legge 22 aprile 1941, n. 633 è sintomatico della consapevolezza dell'asimmetria della capacità contrattuali delle parti nella definizione dell'accordo. Appare evidente, infatti, che la contrattazione avviene tra soggetti che operano con la consapevolezza di avere condizioni diverse.

Gli editori, in particolare quelli di dimensioni minori, producono contenuti che, semplicemente, non esistono in formato digitale se esclusi dalle politiche di indicizzazione e di promozione dei prestatori dei servizi della società dell'informazione.

Il sito proprietario, infatti, è sempre più una modalità residua dei contenuti digitali, tenendo conto anche dell'evoluzione nella fruizione dei contenuti sempre più orientata sui dispositivi mobili e con modalità interattive.

Infatti, la crisi dell'editoria, sicuramente in parte imputabile alle modifiche nelle abitudini di consumo dell'informazione a livello globale, trova proprie ragioni di essere anche nell'altalenante atteggiamento dei legislatori a livello internazionale. La favola dell'informazione gratuita ripagata con la pubblicità si è ben presto infranta sugli scogli di un mercato che ha favorito la formazione di veri e propri giganti del *web* che sono oggi in grado di condizionare non solo le dinamiche economiche, ma anche i decisori politici per la capacità di condizionare l'opinione pubblica, avendo un patrimonio di dati frutto di profilazioni sofisticatissime non replicabili da altri soggetti.

In questo contesto, l'equo compenso, concetto giuridico vago quanto l'equità, è parola così elegante ma anche potenzialmente vana. Il punto è che le difficoltà del mercato dell'informazione dal lato dell'offerta sono tali e tante da richiedere risposte immediate in un quadro di certezze giuridiche. E il tempo, i mesi e gli anni che possono passare dall'emanazione della legge all'effettiva applicabilità delle relative prescrizioni rischia di essere il fattore che trasforma le imprese editoriali da presidio del pluralismo in fornitori di servizi agli *over the top*. Con l'autonomia di cui dispone chi ha un unico cliente.

D'altronde la recente decisione da parte di Meta di interrompere ogni negoziazione con la Società Italiana Autori ed Editori, rimuovendo dalle sue piattaforme i contenuti musicali con diritti gestiti da autori ed esecutori iscritti alla stessa società è sintomo sia della complessità della materia che del potere negoziale degli *over the top*.

L'approccio europeo è orientato alla regolamentazione, con un'impostazione che porta ad una burocratizzazione dei procedimenti che garantiscono l'attuazione degli strumenti introdotti dal legislatore. In linea con i principi dello Stato di diritto e del governo delle leggi cui sono ispirate tutte le Costituzioni dei Paesi dell'Unione. Ma le piattaforme hanno dimostrato nel corso degli anni di andare oltre le regole, i loro algoritmi riescono ad influenzare l'opinione pubblica in modo tale da compromettere sia sotto il profilo sociale che sotto quello economico i presupposti delle moderne democrazie.

Il legislatore europeo ha provato ad introdurre uno strumento, quello dell'obbligo di riconoscere un equo compenso alle imprese editoriali da parte degli *over the top*, che è sicuramente condivisibile e che, comunque ha trovato il plauso delle principali associazioni di settore. Sarà il tempo a definire la validità di questo strumento, ma

sussistono molti dubbi circa l'efficacia di uno strumento formalmente giuridicamente perfetto rispetto a soggetti che sono stati abituati dall'inerzia della politica a scrivere le regole con degli algoritmi, che scrivono loro¹²⁷.

c) Piattaforme a vantaggio degli editori

Come in Germania, anche in Francia il caso è finito in contenzioso poiché gli editori si sono dichiarati costretti a rilasciare la licenza gratuita per non perdere l'indicizzazione in Google. Gli editori francesi sono riusciti a ottenere una decisione favorevole dall'antitrust, ma solo fino ad un certo punto, poiché l'autorità ha disposto che Google sia obbligato a negoziare e debba offrire una qualche utilità economica maggiore di zero, ma si è ben guardata dall'indicare tariffe o criteri da applicare.

L'atteggiamento di Google può sembrare quello del bullo, ma in verità è basato su una semplice logica commerciale: il gigante californiano nega di arricchirsi con le pubblicazioni *online*, anzi ritiene di essere lui stesso a rendere un servizio agli editori portando loro del traffico Internet, vale a dire le visualizzazioni degli internauti che cliccando sulle pubblicazioni in Google News (o Search) sono poi indirizzati sul sito del quotidiano e leggono l'articolo originale per intero. Gli editori replicano che però non sempre gli internauti cliccano sulla notizia e spesso si limitano a leggere i titoli e gli estratti, facendo così venir meno il traffico Internet verso i loro siti. Inoltre, ritengono che il potenziale arricchimento di Google debba essere comunque loro remunerato.

Il ragionamento di Google è tecnicamente condiviso dalla comunità Internet che, invece, normalmente critica il gigante californiano su altri temi, ad esempio privacy e concorrenza. Sul tema copyright c'è invece un certo allineamento: la comunità Internet, pur riconoscendo i problemi economici dell'editoria, si è normalmente schierata contro la direttiva sostenendo che le difficoltà degli editori deriverebbero soprattutto dal loro antiquato *business model* e dall'incapacità di adeguarsi alla digitalizzazione delle informazioni (analogamente a quanto accaduto nel settore musicale già da anni).

In effetti, numerose testate giornalistiche hanno ormai accettato che occorra cambiare *business model* per adeguarsi alla digitalizzazione del settore ed hanno cominciato a

¹²⁷ V. GHIONNI, *Gli impatti del decreto legislativo sulle imprese editoriali*, p. 57 ss.

migrare verso le offerte a pagamento (*paywall*), in modo da ricostituire il reddito basato sulla vendita dei giornali cartacei. Tuttavia, tale migrazione è talvolta ancora in mezzo al guado oppure non perseguita con abbastanza convinzione: questo è il motivo per cui molti editori continuano a puntare ancora così tanto sulla Direttiva Copyright, e quindi sulla condivisione dei proventi della pubblicità *online*¹²⁸.

Nell'adottare la Direttiva Copyright le istituzioni europee non hanno mai voluto addentrarsi in valutazioni economiche complesse. Su richiesta degli editori, si voleva semplicemente rafforzare il potere negoziale di quest'ultimi nei confronti di Google e delle piattaforme Internet, affinché essi ottenessero una qualche compensazione per l'uso *online* dei propri articoli. In effetti, l'idea sostenuta dagli editori è che avendo le piattaforme *online* beneficiato enormemente dalla digitalizzazione, e avendo gli editori invece perso molto da questo processo, le prime dovrebbero compensare i secondi. Tale ricostruzione, che a volte viene presentata come un vero e proprio "furto" di Internet ai danni dei settori tradizionali, non è però condivisa da tutti. Ad esempio, nel settore musicale il picco delle entrate musicali pre-Internet era dovuto anche a pratiche controverse, come ad esempio quella di obbligare all'acquisto di un intero CD anche quando il consumatore era interessato ad un solo brano. Allo stesso modo il calo nelle entrate dei giornali sarebbe in realtà dovuto, almeno in parte, alla stessa dinamica: mentre prima si comprava un intero quotidiano pur essendo interessati solo a singole rubriche, ora invece si possono scegliere singoli articoli.

La tecnologia non ha operato alcun furto, ma ha semplicemente plasmato le pratiche commerciali a vantaggio dei consumatori.

Ad ogni modo, anche volendo accettare acriticamente la teoria del "furto" di Internet, alla stessa manca però la coerenza economica sottostante. Come già accaduto con la musica, la digitalizzazione non ha semplicemente trasferito valore da un attore all'altro, ma ha agito in modo più complesso: nel breve periodo ha bruciato valore senza crearne di nuovo, e poi ha progressivamente creato nuovo valore del tutto altrove, attraverso nuovi modelli di business. Il crollo delle vendite dei CD non è stato compensato dalla musica digitale, anzi ci sono voluti anni, attraverso lo *streaming*, per risalire la china. Per l'editoria il problema è lo stesso: perdite (pubblicitarie e di vendita) dei giornali tradizionali non

¹²⁸ I. Genna, *Direttiva copyright: tutti i rischi di una legge nazionale precipitosa*, 21 maggio 2020, p.3, in *Agenda Digitale*

possono essere lontanamente compensate dalla pubblicità che Google ricava dall'uso *online* degli articoli dei giornali, tanto che Google, piuttosto che pagare, preferisce chiudere tale tipo di servizio, oppure deindicizzare gli editori che chiedano tale pagamento. In altre parole, il valore che gli editori hanno perso a causa della digitalizzazione non si è spostato verso Google o altri operatori Internet, ma è stato in larga parte distrutto.

La triste verità è che Google non è diventata ricca e potente grazie agli articoli *online*, ma perché più di ogni altro si è avvantaggiata di un nuovo ecosistema basato sulla digitalizzazione di tutte le informazioni, non solo degli articoli giornalistici. Se gli editori ritengono di avere diritto ad una parte della fortuna capitata a Google, la Direttiva Copyright è un'arma spuntata, perché basata sull'idea che una parte significativa di quella torta sia ascrivibile alle loro pubblicazioni giornalistiche. Sebbene tali contenuti abbiano un indubbio valore intrinseco, il loro valore economico è stato quasi azzerato dalla dematerializzazione digitale e dal modello di business basato sulla pubblicità *online*. Al momento, un modo per provare a ricreare del valore editoriale in Internet è il *paywall*, ma anche in tal caso bisognerà aspettare ed avere pazienza. L'esempio della musica *online* resta fondamentale: dopo il 2000, ci sono voluti anni per ricominciare a creare valore attraverso i nuovi servizi a pagamento (*streaming, live, merchandising* ecc.).

L'incoerenza economica sottostante alla Direttiva Copyright emerge palesemente quando gli editori prendono la mira e puntano le loro pretese su qualche soggetto in particolare. L'obiettivo principale è normalmente Google, ritenuto, a torto o ragione, il maggiore beneficiario della circolazione degli articoli giornalistici *online*. Tuttavia, vi sono piattaforme come Facebook e Twitter che dipendono più di Google dalla condivisione degli articoli *online*, ma tuttavia esse non rientrano nella lista degli obiettivi degli editori. Alla fine, l'obiettivo principale degli editori resta Google perché è il soggetto più ricco del mercato digitale e che ha a che fare, in qualche modo, con la circolazione di contenuti giornalistici.

Ma la direttiva non è stata disegnata per costringere al pagamento un operatore dominante come Google. L'art. 15 lascia alle piattaforme la facoltà di "non utilizzare" le pubblicazioni giornalistiche e quindi di non dover niente agli editori. Nel caso degli aggregatori di notizie, questa facoltà si attua attraverso la deindicizzazione degli editori che non hanno concesso un accordo di licenza per le loro pubblicazioni. In un contesto di mercato dovrebbero essere le parti a decidere cosa è meglio sulla base di una semplice

valutazione commerciale. Se però la facoltà di de-indicizzazione viene esercitata da un operatore dominante come Google, agli editori viene a mancare del traffico Internet fondamentale. È questo il motivo per cui Google, a differenza di altri operatori, può imporre le proprie tariffe agli editori, fino alle licenze gratuite. Può sembrare un comportamento brutale ma resta in linea con la Direttiva ed il meccanismo di funzionamento dell'art. 15. Qualcuno potrebbe sostenere che tale comportamento non corrisponda allo "spirito" dell'art. 15 ma, più onestamente, forse bisognerebbe riconoscere che la Direttiva è stata raccontata dai media in un modo differente da come è stata scritta. Si è parlato di una direttiva per "far pagare" i giganti di Internet, ma in verità l'art. 15 è stato scritto in un modo per cui le vere negoziazioni possono avvenire solo con le piccole piattaforme Internet, non con Google.

La direttiva copyright è di fatto poco utile per gli editori perché non è stata redatta tenendo conto della struttura del mercato e della posizione dominante di Google che, ancor prima di trarre qualche beneficio dall'indicizzazione delle notizie, appare fondamentale per il loro business: infatti gli editori dipendono fortemente da detta indicizzazione e non possono farne a meno. Peraltro, il ruolo predominante di Google e delle grandi piattaforme online era stato molto enfatizzato nel dibattito pubblico sull'art. 15, ma poi questo elemento non è stato incorporato nella norma.

Il problema non è Google, che si limita a fare i propri interessi: la questione sta nella norma europea che sancisce un principio di difficile applicazione pratica e dal fondamento economico dubbio.

In Italia non basterà una norma giuridica di principio per consentire alle parti di addivenire ad un accordo soddisfacente, neppure se l'elaborazione dei dettagli fosse demandata ad AGCOM o AGCM. Anche volendo investire le due autorità di tale compito, le loro decisioni sarebbero comunque soggette al controllo giurisdizionale: questo vuol dire che dovrebbero basarsi su norme legislative precise e certe, su analisi economiche incontestabili, non certo su principi vaghi, slogan o richiami all'equità. Senza una norma italiana precisa e dettagliata, i relativi provvedimenti sarebbero facilmente impugnabili.

L'errore fondamentale è stato quello di equiparare la depauperazione dell'editoria, seguita al digitale, al potenziale guadagno percepito dalle piattaforme per l'uso degli articoli *online*. Si tratta di valori del tutto disconnessi. Tutti i tentativi di quantificare il valore economico dell'uso *online* degli articoli, eventualmente per via contenziosa o antitrust, rischiano di svelare questa amara e scomoda verità.

L'idea che i più grandi beneficiari della rivoluzione Internet, vale a dire Google, Facebook e le grandi piattaforme *online* debbano in qualche modo compensare coloro che vi hanno perso, in particolare gli editori, è affascinante, ma non può essere attuata con la Direttiva Copyright, il cui art. 15 non può tecnicamente servire a tale scopo. Se si voleva attuare una sorta di giustizia sociale per risarcire gli editori degli scompensi creati dalla digitalizzazione, e porre i costi a carico di coloro che si sono maggiormente arricchiti, la Direttiva Copyright ed in particolare l'art. 15 avrebbero dovuto essere scritti diversamente.

L'esistenza di un mercato editoriale ricco e competitivo è fondamentale per una moderna società democratica, ma andrebbe protetto con strumenti ed analisi adeguati. La fiducia degli editori italiani verso la Direttiva Copyright sembra purtroppo mal riposta, poiché tale nuova legislazione non può risolvere la crisi dell'editoria tradizionale di fronte alle sfide della tecnologia. Al contrario, l'enfasi per la Direttiva Copyright può persino essere dannosa, perché con la promessa di irrealistici ritorni economici viene ritardata la migrazione dell'editoria verso nuovi e più efficienti modelli di business.

CAPITOLO III

L'EQUO COMPENSO NEL RAPPORTO TRA PIATTAFORME DIGITALI ED EDITORI

1. Il nuovo diritto connesso degli editori *online*

La moltiplicazione esponenziale dell'offerta informativa digitale, se da un lato ha - secondo alcuni interpreti - contribuito a rafforzare il c.d. pluralismo dell'informazione¹²⁹, quale corollario della libertà di manifestazione del pensiero e della libertà ad essere informati espressa agli artt. 10 CEDU, 11 Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE, e 21 Cost.¹³⁰, dall'altro ha segnato il - o comunque ha contribuito al - declino dell'editoria tradizionale.

Diversi studi di settore dimostrano infatti che nell'ultimo ventennio si è assistito ad una progressiva riduzione delle vendite dei giornali cartacei (in Germania pari addirittura al 41% tra il 2001 e il 2014, in Francia al 10% tra il 2001 e il 2011), a fronte di un incremento della fruizione di giornali e riviste *online*, sostanzialmente raddoppiata tra il 2011 e il

¹²⁹ F. Donati, *L'art 21 della Costituzione sessanta anni dopo*, in *Riv. dir. Media*, 1, 2018, p. 7 ss.

¹³⁰ Sentenza n.206/2019 Corte costituzionale

2015. Tuttavia, la diminuzione del numero dei lettori di quotidiani a stampa non è stata interamente compensata dall'incremento della navigazione sui siti internet degli stessi quotidiani¹³¹.

L'ingresso della categoria degli editori all'interno della realtà digitale da una parte ha ampliato notevolmente gli ambiti attraverso i quali è possibile reperire notizie ed informazioni, rafforzando il pluralismo dell'informazione; dall'altra ha favorito la nascita di nuovi soggetti, quali i *social network*, i motori di ricerca e gli aggregatori di notizie (i c.d. "prestatori di servizi della società dell'informazione"), la cui funzione principale è quella di ricercare e catalogare, secondo criteri di rilevanza tematica, le notizie e gli articoli che potrebbero interessare i rispettivi visitatori, e di mostrarle a questi ultimi attraverso il titolo dell'articolo, alcune righe della notizia e talvolta una fotografia in formato ridotto rispetto all'originale¹³²: cliccando sulla notizia, il visitatore è poi reindirizzato alla versione integrale del contributo direttamente sul sito dell'editore.

Questo ingresso, se ha determinato un aumento esponenziale del traffico sulle piattaforme di aggregazione, con effetti benefici sia per il visitatore - in termini di accessibilità alle notizie - che per le stesse piattaforme sotto il profilo degli introiti pubblicitari, allo stesso tempo ha generato un forte scontento negli editori rispetto al c.d. "*value gap*", ovvero all'assenza di un'adeguata valorizzazione della propria attività di produzione di contenuti editoriali *online*. Gli editori, infatti, pur potendo percepire i ricavi della raccolta pubblicitaria realizzata sulle pagine dei propri siti *web*, non si sentono messi in condizione di condividere - come dovrebbero - il valore dei propri prodotti ulteriormente generato dall'attività dei prestatori di servizi della società dell'informazione, attività basata come visto sullo sfruttamento (quantomeno di parti) di opere i cui diritti spettano a soggetti terzi rispetto alle piattaforme che condividono tali contributi¹³³.

Secondo gli editori, in particolare, il divario così generato determinerebbe un disincentivo economico all'attività di produzione di contenuti editoriali telematici, tale da rischiare di

¹³¹ A. Famengo, *Giornali: on line vs carta*, in *Almanacco della Scienza*

¹³² M. Granieri, *Google News: problemi (sempre più) aperti tra proprietà intellettuale e concorrenza*, in *Foro it.*, 2015, p. 406

¹³³ AGCM, *Segnalazione ai sensi dell'art. 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 in merito alla tutela dei contenuti editoriali su internet*, 17 gennaio 2011, p. 2

mettere a repentaglio il funzionamento e prima ancora lo sviluppo di un sistema autosufficiente di produzione e pubblicazione di notizie sul *web*¹³⁴.

In effetti si tratta di una valutazione tecnico/economica delicata e persino insidiosa. Si prenda l'esempio di Google. Gli editori conoscono quanto traffico arriva loro da Google News o Google Search, ma tale traffico misura solo il beneficio che essi ricevono dalla piattaforma californiana (in quanto crea visualizzazioni sui loro siti). Per avere invece idea del beneficio inverso, cioè di quello creato a Google (in termini di introiti pubblicitari) attraverso la pubblicazione *online* degli articoli, bisognerebbe conoscere almeno il numero delle visualizzazioni di detti articoli sulle piattaforme di Google. Si tratta però di cifre che solo il gigante californiano conosce con precisione. Inoltre, bisognerebbe attribuire un valore a tali visualizzazioni, qualora siano rilevanti per il business della pubblicità *online*. La Direttiva Copyright tace sul determinare il criterio in base al quale andrebbe fissato tale valore e, nel silenzio della stessa, viene a mancare un elemento essenziale per la negoziazione tra le parti.

Si potrebbe riconoscere una valorizzazione economica ai dati che Google raccoglie attraverso la profilazione degli utenti, coprendo in questo modo anche il caso degli utenti che si limitano a leggere titoli e *snippet* senza cliccare sugli articoli (e quindi senza farsi indirizzare sul contenuto originale nel sito dell'editore). Ma pure questo è un terreno incerto, perché quei dati non hanno un valore assoluto, ma solo relativo in quanto collegato agli altri dati posseduti da Google (non conosciuti all'esterno). Inoltre, potrebbe essere una soluzione insidiosa per gli editori, il cui *business model* dovrebbe essere quello di creare notizie, non quello di profilare i lettori¹³⁵.

In Italia non sono mancati tentativi di estendere la tutela degli editori *online*, tanto a livello negoziale quanto a livello normativo.

Sotto il primo profilo, è degna di nota l'attività intrapresa dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM") quando, a seguito della segnalazione della Federazione Italiana Editori Giornali ("FIEG"), ha avviato in data 26 agosto 2009 un'apposita istruttoria nei confronti di Google Italia per accertare se la condotta posta in

¹³⁴ F. Di Tano, *Diritto d'autore e aggregatori di notizie online: spunti dal caso federazione Italiana Editori Giornali vs. Google News Italia*, in *Cyberspazio e Diritto*, vol. 12(2), 2011, p. 201

¹³⁵ I. Genna, *Direttiva copyright: tutti i rischi di una legge nazionale precipitosa*, 21 maggio 2020, p.3, in *Agenda Digitale*

essere da quest' ultima avesse dei risvolti di tipo anticoncorrenziale e di abuso di posizione dominante.

Ciò che veniva contestato a Google era in particolare di avere obbligato gli editori a consentire l'inclusione (gratuita) dei propri contributi giornalistici all'interno del servizio di aggregazione Google News oppure, in alternativa, a rinunciare all'inclusione dei suddetti contributi da tutti i servizi facenti capo a Google, ivi compreso il motore di ricerca Google Search¹³⁶. La procedura si è esaurita il 22 dicembre 2010 in un provvedimento con cui l'Autorità, pur senza rilevare infrazioni a carico di Google, ha reso obbligatori per quest'ultima alcuni impegni che essa aveva spontaneamente dato la disponibilità ad assumere nel corso dell'istruttoria, in particolare ingiungendo al gigante di Mountain View di consentire agli editori di opporsi all'utilizzo dei propri contenuti all'interno di Google News, senza al contempo subire sacrifici nell'ambito del servizio di indicizzazione del motore di ricerca¹³⁷.

L'occasione è stata tuttavia sfruttata dall'AGCM per segnalare, in un documento trasmesso in data 17 gennaio 2011 al Presidente del Senato della Repubblica, al Presidente della Camera dei Deputati e al Presidente del Consiglio dei Ministri, *“una generale criticità in ordine alla valorizzazione dell'attività degli operatori che producono contenuti editoriali online, ai quali non è riconosciuta un'adeguata remunerazione per lo sfruttamento economico delle proprie opere da parte di soggetti terzi”*. L'Autorità Garante ha dunque ravvisato l'opportunità che la questione della protezione degli editori a fronte dell'utilizzo dei propri contributi da parte di piattaforme digitali dovesse essere studiata e regolamentata con interventi diretti alla modifica della disciplina del diritto d'autore. In particolare, si legge nel citato documento che *“l'Autorità auspica l'inserimento nell'attuale quadro normativo di una disciplina che definisca un sistema di diritti di proprietà intellettuale idoneo ad incoraggiare su internet forme di cooperazione virtuosa tra i titolari dei diritti di esclusiva sui contenuti editoriali e i fornitori di servizi innovativi che riproducono ed elaborano i contenuti protetti da tale diritto”*¹³⁸.

a) Il contesto normativo sovranazionale: in particolare la direttiva “Infosoc” e l'interpretazione della Corte di giustizia UE

¹³⁶ F. Di Tano, *op. cit.*, p. 199

¹³⁷ F. Di Tano, *op. cit.*, p. 200

¹³⁸ AGCM, AS787 – *Tutela dei contenuti editoriali su internet*, 17 gennaio 2011

La Direttiva Copyright va ad inserirsi e interagire con una serie di disposizioni normative introdotte in materia di diritto d'autore nel contesto comunitario e consolidatesi negli anni anche grazie all'interpretazione che di esse ha fornito la Corte di giustizia dell'Unione europea. Tra queste ricopre un ruolo primario la direttiva 2001/29 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione ("direttiva InfoSoc")¹³⁹. Direttiva più volte richiamata dall'art. 15 della Direttiva Copyright nel definire i confini del nuovo diritto connesso in capo agli editori digitali.

Rileva l'art. 2, lett. "a", della direttiva InfoSoc, che prescrive agli Stati membri di riconoscere agli autori di opere dell'ingegno il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la riproduzione, diretta o indiretta, delle proprie opere.

L'art. 3, paragrafo 1, della medesima direttiva riconosce, ancora agli autori, il diritto esclusivo di comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle proprie opere, ivi compresa la loro messa a disposizione del pubblico in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente.

L'art. 3, paragrafo 2, introduce infine un diritto connesso, in capo ad una serie di soggetti (quali artisti interpreti o esecutori, produttori di fonogrammi, ecc.), con riferimento alla sola messa a disposizione dei propri contributi (e dunque delle fissazioni delle prestazioni artistiche, delle riproduzioni fonografiche, ec.).

La direttiva InfoSoc e in particolare gli articoli appena citati hanno costituito la base normativa utilizzata dalla Corte di giustizia UE per affrontare a livello giurisprudenziale la questione che è stata poi - perlomeno in parte - espressamente disciplinata dall'art. 15 della Direttiva, ovvero quella relativa alla liceità o meno sotto il profilo del diritto d'autore dell'utilizzazione online di (frammenti di) opere protette, in particolare di *link* che rinviano a contributi (fotografie, articoli di giornale, ecc.) protetti da diritto d'autore, da parte di *player* della società dell'informazione.

Nella sentenza del 13 febbraio 2014 (causa *Svensson*, C-466/12) 30, ad esempio, la Corte si è chiesta se l'utilizzo, da parte di un soggetto diverso dal titolare del diritto d'autore su una determinata opera, di collegamenti cliccabili alla stessa opera (*link*), si configuri o meno come un atto di comunicazione al pubblico ai sensi dell'art. 3, par. 1, direttiva

¹³⁹ F. Di Tano, op. cit., p. 215

InfoSoc, rendendo pertanto illecito il suo utilizzo in assenza di un'autorizzazione del titolare.

Al quesito la Corte ha risposto confermando anzitutto che il fatto di fornire collegamenti ipertestuali verso opere tutelate deve essere qualificato in principio come atto di messa a disposizione e, di conseguenza, come atto di comunicazione al pubblico ai sensi della direttiva InfoSoc. La Corte ha tuttavia successivamente osservato che la messa a disposizione del *link* ricade effettivamente nell'ambito del diritto esclusivo previsto dall'art. 3 direttiva InfoSoc nella sola ipotesi in cui il "pubblico" cui è rivolto l'atto di messa a disposizione sia "nuovo", ossia non preso in considerazione dal titolare del diritto d'autore nel momento in cui ha autorizzato la comunicazione iniziale. Ne consegue che, secondo la decisione, nel mondo del *web*, nel quale tutti gli internati hanno potenzialmente possibilità di accedere a qualsiasi sito internet, il pubblico potrebbe considerarsi effettivamente nuovo solo qualora l'accesso al sito in cui si trova l'opera protetta sia protetto da misure tecnologiche idonee a limitarne l'accesso ai soli abbonati, e la fornitura del *link* a tale contenuto consenta all'utente di eludere tali misure di protezione. Al di fuori di questi limiti, l'utilizzo di *link* a opere protette liberamente accessibili, pur essendo un atto di comunicazione, non è diretto ad un pubblico nuovo nel significato della normativa comunitaria, e pertanto non richiede la previa autorizzazione del titolare del diritto.

Con la sentenza dell'8 settembre 2016 (causa *GS Media BV*, C-160/15) la Corte ha in parte ristretto la portata della sentenza *Svensson* precisando che non è sufficiente, affinché sia liberamente utilizzabile il *link* a un contenuto protetto, che questo sia "liberamente accessibile" al pubblico, dovendosi altresì verificare se la libera accessibilità al sito d'origine sia o meno frutto del consenso rilasciato dal titolare dei diritti.

Quel che è certo è che le pronunce appena esaminate, pur avendo certamente fornito un contributo utile per adeguare l'assetto normativo allora vigente alla nuova realtà digitale, hanno affrontato solo parte dei problemi che l'utilizzo e il richiamo in Internet di contenuti protetti pone. Si pensi ad esempio che nei casi sopra citati i soggetti che hanno invocato la tutela ai sensi del diritto d'autore erano gli autori stessi (e non gli editori), direttamente o per il tramite di altri soggetti in virtù di apposita licenza. In secondo luogo, le sentenze di cui sopra si sono concentrate sul tema della utilizzabilità dei *link*, lasciando privo di risposta il quesito che più interessa i portatori di interessi nella presente vicenda, ovvero se la medesima disciplina - ovvero, più in generale, quale disciplina - sia applicabile

anche ai c.d. *snippet*, i quali oltre al *link* includono un breve riassunto del contributo cui il *link* rinvia, nonché spesso volte la fotografia (a bassa risoluzione) utilizzata nell'articolo originale¹⁴⁰.

Dalla lettura dei Considerando della Direttiva n. 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale è possibile comprendere quelle che sono le ragioni economiche che hanno imposto l'intervento normativo in questione, nonché il contenuto, l'estensione ed i limiti del nuovo diritto connesso ivi previsto.

In particolare, al Considerando 54 si prende atto che la sempre maggiore disponibilità di pubblicazioni giornalistiche sul *web* da una parte ha contribuito alla nascita di "*nuovi servizi online, per i quali il riutilizzo di pubblicazioni di carattere giornalistico costituisce una parte importante dei loro modelli di business e una fonte di introiti*", dall'altra ha reso particolarmente complesso, per gli editori di giornali, concedere ai prestatori della società dell'informazione licenze di utilizzo delle loro pubblicazioni e dunque "*recuperare gli investimenti effettuati*".

Il successivo Considerando 55 conferma la necessità di introdurre un sistema armonizzato di tutela per gli utilizzi *online* delle pubblicazioni di carattere giornalistico da parte dei prestatori di servizi della società dell'informazione e anticipa che siffatta tutela non può prescindere "*dall'introduzione nell'ordinamento dell'Unione di diritti connessi a quello d'autore per la riproduzione e la messa a disposizione del pubblico di pubblicazioni di carattere giornalistico*".

Ancora, il Considerando 56 definisce il concetto di pubblicazione di carattere giornalistico ai fini dell'applicazione della Direttiva e ne individua i limiti, mentre i Considerando 57 e 58 accennano ai limiti di estensione del diritto connesso, escludendo che esso possa esercitarsi rispetto all'utilizzo di semplici collegamenti ipertestuali, alle singole parole o estratti "molto brevi" degli articoli protetti, sul presupposto che tali utilizzi da parte dei prestatori di servizi non sono di per sé idonei a "*compromettere necessariamente gli investimenti effettuati dagli editori [...] nella produzione dei contenuti*".

¹⁴⁰ G. Rapaccini, *Il nuovo diritto connesso degli editori online (artt. 15 e 16)*, in "Il diritto d'autore nel mercato unico digitale" di S. Lavagnini

b) L'equo compenso (artt. 15 e 16)

Il paragrafo di apertura dell'art. 15 della Direttiva Copyright dispone che "*gli Stati membri riconoscono agli editori di giornali stabiliti in uno Stato membro i diritti di cui all'articolo 2 e all'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2001/29/CE per l'utilizzo online delle loro pubblicazioni di carattere giornalistico da parte di prestatori di servizi della società dell'informazione*". E dunque dal richiamo agli artt. 2 e 3 della direttiva InfoSoc che si evince la natura di diritto esclusivo della prerogativa introdotta in capo agli editori *online*. Come noto, lo strumento normativo scelto dal legislatore europeo è quello della direttiva, che in quanto tale (salvi casi eccezionali) necessita di un recepimento da parte dei singoli Stati membri all'interno delle rispettive normative nazionali. Il diritto in questione, quando la fase di attuazione sarà esaurita in tutti gli Stati membri, si configurerà dunque non come un diritto europeo unitario bensì un fascio di diritti nazionali armonizzati¹⁴¹.

L'art. 15 della Direttiva si caratterizza per essere mediamente dettagliato nei propri contenuti, così da limitare l'attività di recepimento "creativo" e non uniforme da parte degli Stati membri¹⁴². Se questa è la regola, non mancano le eccezioni, rappresentate dalla presenza (spesso frutto di un necessario compromesso tra le istanze politiche confliggenti in sede di approvazione della Direttiva) di espressioni dal significato molto ampio e flessibile, che non possono prescindere da un necessario intervento integrativo da parte dei legislatori nazionali.

Il riferimento va, su tutti, alla nozione di "estratti molto brevi" delle pubblicazioni giornalistiche, che in ossequio alla Direttiva non sono coperti dal diritto connesso e restano dunque liberamente utilizzabili dai prestatori di servizi della società dell'informazione, a prescindere dal consenso del titolare del diritto. L'espressione in quanto tale non è evidentemente autosufficiente, né pare possibile rinvenire conforto nei Considerando della direttiva, che infatti tacciono sul punto, eccezion fatta per il n. 58, che tuttavia si limita a spiegare che l'esenzione degli estratti ridotti è giustificata dal fatto che il loro utilizzo non mette necessariamente a rischio gli investimenti degli editori¹⁴³. Sarà

¹⁴¹ M. Ricolfi, *op. cit.*, p. 40

¹⁴² I. Genna, *Direttiva copyright: tutti i rischi di una legge nazionale precipitosa*, 21 maggio 2020, p.3, in *Agenda Digitale*

¹⁴³ I. Genna, *Direttiva copyright*, cit., p. 3

dunque decisivo l'intervento dei legislatori nazionali, che da una parte in sede di attuazione dovranno fornire una definizione più specifica, e soprattutto attuabile nella pratica, di "estratto molto breve", senza al contempo dimenticare l'obiettivo primario della Direttiva di garantire una *"tutela giuridica armonizzata per gli utilizzi online delle pubblicazioni di carattere giornalistico"*¹⁴⁴. Si dovrà insomma aver cura di prevenire soluzioni divergenti se non confliggenti con quelle adottate da altri Stati, le quali darebbero vita ad un effetto contrario a quello, auspicato dal legislatore comunitario, di assicurare una *"minimizzazione delle barriere che si frappongono alla creazione ed al mantenimento di un mercato interno anche nel campo delle opere e dei materiali protetti"*¹⁴⁵.

La Direttiva potrebbe apparire lacunosa almeno sotto un ulteriore profilo: manca del tutto l'indicazione dei criteri sulla base dei quali calcolare l'eventuale compenso spettante agli editori in caso di autorizzazione all'uso dei propri contributi da parte delle piattaforme digitali. Si potrebbe trattare di una questione di non poco conto, nel caso di specie, specialmente in considerazione dell'evidente squilibrio in termini di forza negoziale esistente tra i titolari del nuovo diritto connesso (i.e. gli editori) e gli utilizzatori del materiale protetto, principalmente veri e propri giganti dell'economia (due su tutti: Google e Facebook).

Tuttavia, in sede di recepimento della Direttiva alcuni Stati, tra cui l'Italia, hanno tentato di sopperire al silenzio del legislatore europeo introducendo criteri per la determinazione del compenso degli editori¹⁴⁶.

c) I titolari del diritto

Il paragrafo 1 dell'art. 15 della Direttiva specifica chi sono i soggetti titolari del nuovo diritto connesso nella parte in cui si riferisce agli "editori di giornali" che producono "pubblicazioni di carattere giornalistico".

Senonché il legislatore europeo non fornisce elementi ulteriori per comprendere quali siano i requisiti affinché un editore possa considerarsi tale, se non al Considerando 55, in cui precisa che devono rientrare nella nozione di editore le agenzie stampa, *"quando*

¹⁴⁴ Considerando 55 della Direttiva

¹⁴⁵ M. Ricolfi, *op. cit.*, p.42

¹⁴⁶ I. Genna, *Direttiva copyright*, cit., p. 5

pubblicano pubblicazioni di carattere giornalistico ai sensi della presente direttiva". Sembrerebbe dunque che le questioni relative ai criteri di appartenenza delle pubblicazioni oggetto del diritto connesso siano rimesse ai diritti nazionali applicabili¹⁴⁷ e dunque, per quanto concerne il nostro Paese, alla legge sul diritto d'autore e in particolare al combinato disposto degli artt. 7 (secondo cui è considerato autore dell'opera collettiva chi organizza e dirige la creazione dell'opera stessa) e 38 l.a. (a mente del quale salvo patto contrario i diritti di utilizzazione economica dell'opera collettiva spettano all'editore).

Sono invece disponibili maggiori informazioni in merito alla nozione di pubblicazione di carattere giornalistico. L'art. 2(4) della Direttiva, relativo alle definizioni, descrive la pubblicazione di carattere giornalistico come "*un insieme composto principalmente da opere letterarie [...] che può includere anche altre opere o materiali*" quali - come indicato all'interno del Considerando 56 - fotografie e video. Nell'ambito di una cornice così delineata, lo stesso art. 2 subordina la nozione di pubblicazione rilevante ai sensi della Direttiva al ricorrere di tre ulteriori requisiti, e segnatamente richiede che essa: i) faccia parte di una pubblicazione periodica (o regolarmente aggiornata) recante un unico titolo; ii) abbia lo scopo di fornire al pubblico informazioni su notizie o altri argomenti; iii) sia pubblicata su iniziativa, sotto la responsabilità editoriale e dietro il controllo di un prestatore di servizi.

Ancora, il Considerando 56 precisa che costituiscono oggetto del diritto connesso le pubblicazioni, come sopra definite, pubblicate "*con ogni mezzo di comunicazione*", e dunque sia in digitale che su supporto cartaceo.

Nessun dubbio, dunque, che figurino quali pubblicazioni giornalistiche i quotidiani, le riviste settimanali o mensili, i siti *web* di informazione.

Parimenti, restano sicuramente fuori dalla nozione di pubblicazione giornalistica, e non formano dunque oggetto del nuovo diritto connesso, le pubblicazioni periodiche a fini scientifici o accademici, quali le riviste scientifiche. Questo è quanto chiarito dall'ultima parte dell'art. 2(4) (definizione di pubblicazione di carattere giornalistico) oltretutto dal Considerando 56 della Direttiva. Una simile esclusione non deve stupire: le piattaforme digitali di aggregazione hanno infatti un interesse minimo all'utilizzo dei contributi di carattere scientifico in considerazione del (ridotto) traffico che la loro messa a

¹⁴⁷ M. Ricolfi, *op. cit.*, p. 43

disposizione del pubblico può generare, con effetti a cascata sull'attenzione nei loro confronti da parte degli investitori pubblicitari^{148 149}.

È meno chiara, invece, la posizione dei *blog*. Secondo il medesimo Considerando 56 il diritto introdotto con l'art. 15 della Direttiva "*non dovrebbe applicarsi ai siti web, come i blog, che forniscono informazioni nell'ambito di un'attività che non viene svolta sull'iniziativa, la responsabilità editoriale e il controllo di un prestatore di servizi*". L'esclusione dei *blog* dall'ambito di applicazione della Direttiva sembrerebbe dunque strettamente dipendente dall'esistenza o meno, in capo al titolare del *blog*, di obblighi di controllo sui contenuti del *blog* medesimo, dalla cui violazione può derivare una responsabilità editoriale: responsabilità che sembra invero sussistere in alcuni sistemi normativi nazionali. Da ciò consegue che un *blog* potrà essere considerato oggetto del diritto connesso da alcuni Stati e non da altri, a seconda della normativa nazionale in termini di responsabilità editoriale, mettendo dunque a rischio l'obiettivo di armonizzazione perseguito dalla Direttiva.

d) Gli utilizzatori

Una volta chiarito chi, secondo la Direttiva, è il titolare del diritto connesso introdotto con l'art. 15, occorre soffermarsi sul destinatario dell'obbligo di raccogliere l'autorizzazione per l'utilizzo *online* delle pubblicazioni di carattere giornalistico. Il paragrafo 1 dell'art. 15 parla in proposito di "prestatori di servizi della società dell'informazione" che "utilizzino *online*" tali pubblicazioni. La definizione di prestatore di servizi della società dell'informazione è indicata all'art. 2(5) della Direttiva, il quale a sua volta rinvia all'art. 1, paragrafo 1, lett. b), della direttiva (UE) 2015/153544: quest'ultima parla di servizi erogati "*normalmente dietro retribuzione*", "*a distanza*", "*per via elettronica*" e "*a richiesta individuale di un destinatario di servizi*".

Tanto premesso, rientrano certamente nella nozione di prestatore di servizio ai sensi dell'art. 15 gli aggregatori di notizie (quali Google News) e i servizi di monitoraggio dei media (tra i quali anche le rassegne stampa): questi, infatti, sono espressamente

¹⁴⁸ M. Ricolfi, *op. cit.*, p. 45

¹⁴⁹ EU Commission, *Staff Working Document. Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules*, 14 settembre 2016, p. 158

menzionati nella Direttiva, al Considerando 54, tra i soggetti nati in conseguenza dell'aumento di contributi giornalistici disponibili sul *web* e "*per i quali il riutilizzo di pubblicazioni di carattere giornalistico costituisce una parte importante dei loro modelli di business e una fonte di introiti*".

Per quanto non espressamente richiamati, sono da includere nel novero dei prestatori soggetti alla Direttiva anche i *social network* (quali Facebook, Twitter, ecc.) e i motori di ricerca (uno su tutti Google Search), non essendo in dubbio che anche per essi il modello di business presupponga tra l'altro anche l'impiego di pubblicazioni di tipo giornalistico al fine di conseguire quei maggiori compensi pubblicitari la cui "equa redistribuzione" rappresenta la principale istanza degli editori e la *ratio* informatrice della normativa in discussione¹⁵⁰.

Una posizione peculiare e per il momento incerta è quella ricoperta da soggetti quali le enciclopedie *online* (ad esempio Wikipedia) che, nonostante non perseguano di norma fini di lucro, basano parte dei loro servizi proprio sull'utilizzo in rete di contributi di carattere giornalistico. Sul punto è opportuno premettere che non esiste nella Direttiva un'esenzione esplicita per tali soggetti: l'art. 2(6) della Direttiva, che in effetti si rivolge testualmente ai "*prestatori di servizi quali le enciclopedie online senza scopo di lucro*", lo fa per escludere gli stessi dalla nozione di prestatore di servizio "*di condivisione di contenuti online*" e dunque dall'ambito di applicazione dell'art. 17 della Direttiva, e non anche della normativa qui di interesse.

Resta dunque il dubbio che soggetti come Wikipedia possano essere tenuti a raccogliere l'autorizzazione degli editori per l'erogazione di almeno una parte dei propri servizi, quella consistente nell'elencazione di articoli di giornale relativi al personaggio, all'evento o al tema oggetto della pagina consultata¹⁵¹. Vero è che se Wikipedia dovesse proseguire negli usi sin qui consolidatisi, consistenti nella mera riproduzione del *link* al sito del giornale di riferimento, allora essa dovrebbe ritenersi libera di operare senza restrizioni, vista l'espressa esclusione, nell'art. 15 paragrafo 1, dei meri collegamenti ipertestuali dall'ambito di applicazione della normativa.

¹⁵⁰ M. Ricolfi, *op. cit.*, p. 48

¹⁵¹ I. Genna, *Copyright, tutti i nodi della direttiva per il recepimento in Italia e gli impatti prevedibili*, in *Agenda Digitale*, 1° aprile 2019, p. 2 ss.

La lettera del paragrafo 1 dell'art. 15 è chiara nella definizione dell'oggetto del diritto connesso in capo agli editori. La norma riconosce infatti ad essi "*i diritti di cui all'art. 2 e all'art. 3, paragrafo 2, della direttiva 2001/29/CE*" e dunque i diritti di riproduzione (art. 2) e messa a disposizione del pubblico in maniera tale che ognuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente (art. 3, par. 2). Il mancato richiamo al paragrafo 1 dell'art. 3 della direttiva InfoSoc non è casuale: si è infatti voluto, nell'ottica di un necessario bilanciamento degli interessi in gioco, escludere dalla nuova esclusiva la comunicazione al pubblico in quanto tale, genere al cui interno trova spazio per disposizione legislativa la specie della messa a disposizione del pubblico.

Agli editori è dunque riconosciuto il diritto di autorizzare la riproduzione e la messa a disposizione delle proprie pubblicazioni di carattere giornalistico. L'art. 15 precisa, tuttavia, che l'ambito dell'esclusiva non riguarda qualsiasi atto di riproduzione o messa a disposizione, bensì solo quelli finalizzati all'utilizzo *online* di tali pubblicazioni. In proposito è il caso di ricordare che l'espressione "utilizzo *online*" costituisce il punto di approdo di un'accesa discussione in sede di approvazione del testo della Direttiva: inizialmente, infatti, la norma si riferiva agli utilizzi "digitali"¹⁵², espressione dal significato ben più ampio di quella concordata in un secondo momento.

e) Le eccezioni

Venendo alle eccezioni, queste sono disciplinate dal paragrafo 3 dell'art.15, per effetto del quale sono estese al nuovo diritto connesso in capo agli editori, *mutatis mutandis*, gli artt. da 5 a 8 della direttiva Infosoc, la direttiva 2012/28 (in materia di opere orfane) e la direttiva 2017/1564 (a beneficio delle persone non vedenti, con disabilità visive o con altre difficoltà nella lettura di testi a stampa).

Dal rinvio all'art. 5 della direttiva InfoSoc consegue anzitutto che restano valide anche per il nuovo diritto connesso le distinzioni ivi contenute in termini di obbligatorietà o meno, per gli Stati membri, di recepire nel proprio ordinamento interno tali eccezioni.

Se da una parte sarà dunque obbligatorio introdurre un'apposita eccezione al diritto di riproduzione della pubblicazione giornalistica qualora questa sia transitoria, parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico e finalizzata a consentire la

¹⁵² Proposta di Direttiva, art. 11

trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario ovvero un utilizzo legittimo della pubblicazione giornalistica (paragrafo 1 dell'art. 5 della direttiva InfoSoc), è invece rimessa alla scelta dei singoli Stati la previsione di eccezioni nelle ipotesi disciplinate ai paragrafi 2 e 3 dell'art. 5 della suddetta direttiva.

Si tratta di una soluzione che, se da un lato rende più lineare il testo della Direttiva, dall'altro non esclude, e per certi versi anzi alimenta, il rischio che si pervenga a soluzioni nazionali poco eterogenee se non discordanti, in contrasto con lo spirito di armonizzazione che la Direttiva si propone.

Ora, se - con riferimento specifico al diritto d'autore - l'ordinamento italiano ha recepito tali lettere modificando rispettivamente gli artt. 65 e 70 l.a., e analoghe eccezioni sono state introdotte anche rispetto al nuovo diritto connesso, non è possibile garantire che lo stesso avvenga in altri Paesi nei quali tali eccezioni (sempre rispetto al diritto d'autore) non sono state previste. A ciò si aggiunga che dal tenore dell'art. 15 non è chiaro se si possa desumere che chi in passato ha introdotto alcune delle eccezioni previste dalla direttiva InfoSoc rispetto al diritto d'autore sia per ciò solo tenuto a prevedere tali eccezioni anche rispetto al nuovo diritto connesso. Sul punto il Considerando 57 della Direttiva prevede che i nuovi diritti concessi agli editori di giornali *dovrebbero* essere soggetti alle stesse eccezioni previste dalla direttiva InfoSoc, "*tra cui l'eccezione in caso di citazioni, per esempio a fini di critica e di rassegna, di cui all'articolo 5, paragrafo 3, lettera d), di tale direttiva*". Sarà dunque interessante vedere se in sede di recepimento i singoli Stati membri intenderanno il condizionale "dovrebbero" come un vero e proprio obbligo di introduzione di tali eccezioni, oppure interpreteranno alla lettera il carattere facoltativo secondo l'impianto dell'art. 5.

f) Gli utilizzi privati o non commerciali

Il secondo periodo del paragrafo 1 dell'art. 15 introduce un'eccezione *ad hoc* al nuovo diritto connesso escludendo la sua applicazione agli utilizzi privati o non commerciali (per quanto *online*) delle pubblicazioni giornalistiche da parte dei singoli utenti. Si tratta, forse, di una previsione non necessaria, se si considera che l'inapplicabilità del diritto connesso a tali forme d'uso da parte dei privati potrebbe essere desunta già dall'impianto generale della norma, ed in particolare dal fatto che gli utilizzatori interessati dal diritto connesso sono, secondo il paragrafo 1 dell'art. 15, esclusivamente i prestatori di servizi

della società dell'informazione, la cui attività non dovrebbe poter essere mai vista come non-commerciale, essendo di regola erogata dietro retribuzione e comunque nell'ambito di un'attività economica di tipo imprenditoriale.

Ciò detto, la specificazione voluta dal legislatore europeo è comunque opportuna poiché contribuisce a fugare negli interpreti uno dei dubbi che più hanno alimentato lo scetticismo nei confronti della Direttiva, da parte di coloro che definivano la stessa come idonea ad introdurre un "bavaglio" ad Internet ed alla sua fruibilità da parte degli utenti. In termini pratici, con l'eccezione in questione si chiarisce che il nuovo diritto connesso non dovrebbe impattare l'abitudine degli utenti (soggetti appunto privati) di condividere articoli di giornale o altri contributi editoriali. La norma va tuttavia coordinata con l'art. 17 della Direttiva che, con riferimento alla questione dell'utilizzabilità dei contenuti da parte delle piattaforme di condivisione *online*, annovera espressamente tra le forme di comunicazione e messa a disposizione del pubblico quelle aventi ad oggetto i contenuti c.d. *user generated*; e precisa, al paragrafo 7, che in caso di mancata autorizzazione da parte dei titolari dei diritti, le piattaforme di condivisione sono tenute ad impedire la disponibilità di materiali *user generated* "anche nei casi in cui tali opere o altri materiali siano oggetto di un'eccezione o limitazione"¹⁵³.

g) Gli altri casi di esclusione: l'esclusione dei collegamenti ipertestuali, delle singole parole e dei brevi estratti

Con il terzo e il quarto periodo del paragrafo 1 dell'art. 15 si circoscrive ulteriormente l'oggetto del diritto connesso disponendo che le facoltà esclusive di riproduzione e messa a disposizione riconosciute agli editori di giornali non si estendono alle singole parole, ai collegamenti ipertestuali e agli estratti molto brevi.

Partendo dal primo caso, l'esclusione delle singole parole non stupisce, essendo consolidato tanto nella giurisprudenza comunitaria quanto nei singoli ordinamenti interni che la singola parola non disponga di quel carattere creativo necessario per accedere alla tutela autorale; lo stesso vale in relazione ai diritti connessi.

È invece senz'altro significativa l'esclusione dalla protezione dei collegamenti ipertestuali o *hyperlink*. Ciò conferma la giurisprudenza che nel rapporto tra diritto d'autore

¹⁵³ M. Ricolfi, *op. cit.*, p. 50

(primario) e collegamenti ipertestuali esclude che per il loro utilizzo sia necessaria l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore, quando tale utilizzo non possa qualificarsi come atto di comunicazione ad un pubblico nuovo¹⁵⁴¹⁵⁵.

L'esclusione più controversa è sicuramente quella relativa agli estratti molto brevi. In merito all'assenza di indicazioni su cosa, in concreto, debba considerarsi come estratto breve, e sulle implicazioni che possono derivare da una simile omissione, una su tutte il rischio che in sede di recepimento gli Stati membri pervengano a soluzioni eterogenee e non armonizzate.

Potrebbe ipotizzarsi il ricorso a criteri qualitativi, come accennato in un documento pubblicato dalla Commissione UE il 22 giugno 2018, nel quale si chiariva che l'estratto è da intendersi come molto breve (e il suo impiego conseguentemente lecito) se non può essere considerato un'opera a sé stante o per lo meno una frase intellegibile¹⁵⁶: soluzione, quest'ultima, che anche ove adottata non potrebbe comunque prescindere da un necessario contributo interpretativo della giurisprudenza volto a comprendere cosa in concreto abbia o non abbia una sua propria autonomia.

In alternativa, o in via complementare, è plausibile anche il ricorso a criteri di ordine quantitativo, basati su un numero massimo di parole oltre il quale l'estratto non è più breve e il suo utilizzo *online* presuppone l'autorizzazione del titolare del nuovo diritto connesso. Certamente quest'ultima soluzione pone meno problemi di ordine interpretativo, essendo ancorata a parametri più facilmente controllabili: non è tuttavia in grado di eliminare, ed anzi probabilmente alimenta, il rischio che una soluzione normativa così orientata riveli in breve tempo i propri limiti in termini di rigidità: come prospettato da alcuni autori¹⁵⁷, le soglie quantitative possono produrre un impatto diverso a seconda della lingua in cui è scritta la pubblicazione. Gli idiomi nordeuropei (ad esempio il tedesco o l'olandese) si caratterizzano ad esempio per il frequente ricorso a parole composte, con la conseguenza che dalla combinazione anche di poche parole può derivare una frase (*rectius*, un estratto) di senso compiuto e perfettamente intellegibile; al contrario, negli idiomi di origine latina le parole composte sono quasi sconosciute e non potrebbe quindi essere escluso che anche la combinazione di numerosi vocaboli dia luogo

¹⁵⁴ Sentenza della CGUE nella causa *Svensson*, C-466/12

¹⁵⁵ EU COMMISSION, *Staff Working Document. Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules*, cit., p. 162

¹⁵⁶ M. Ricolfi, *op. cit.*, p. 52

¹⁵⁷ I. Genna, *Direttiva copyright*, cit., p. 4

ad un estratto non "breve" in senso quantitativo ma ciononostante incomprensibile e dunque non rilevante nella prospettiva della Direttiva in esame¹⁵⁸.

h) Gli aspetti economici: la determinazione del compenso spettante all'editore; la rinunciabilità

Il fine dichiarato dell'art. 15 della Direttiva è quello di rafforzare la posizione negoziale degli editori di giornali rispetto ai prestatori di servizi della società dell'informazione in modo tale da consentire ai primi di recuperare parte del valore generato dall'utilizzo *online* dei propri contributi mediante la stipulazione di contratti di licenza che garantiscano ai titolari del nuovo diritto connesso un'equa retribuzione economica.

Il tema delle possibili implicazioni economiche dell'esercizio del nuovo diritto connesso appare dunque di rilevanza centrale per rendere la nuova normativa non solo giuridicamente adeguata ma anche efficace nella pratica. E infatti indubbio che si darebbe luogo a un risultato contrario allo spirito della Direttiva - segnando un primo insuccesso dell'intervento normativo in questione - qualora l'applicazione della Direttiva, e dunque l'esercizio del diritto connesso da parte degli autori, portasse sì alla stipulazione di accordi di licenza che prevedono la corresponsione da parte dei prestatori di servizi di un corrispettivo economico, ma per un importo irrisorio o comunque inadeguato a garantire la compensazione di quel "*value gap*" che alcuni studi di settore hanno dimostrato essersi generato proprio in conseguenza delle attività di riutilizzo *online* delle pubblicazioni giornalistiche.

Non va infatti dimenticato che i destinatari del nuovo diritto connesso, e dunque coloro che dovranno auspicabilmente sedere al tavolo negoziale con gli editori o i loro rappresentanti, sono vere e proprie potenze economiche, il cui business riguarda solo in parte il riutilizzo di contributi giornalistici. Si pensi ad esempio a Google, che oltre al servizio di aggregazione Google News dispone tra l'altro anche di un motore di ricerca (Google Search) essenziale per gli operatori in rete quali gli editori *online*, in quanto la visibilità dei loro contenuti dipende in buona parte dalla loro indicizzazione all'interno del motore di ricerca. La disparità in partenza tra le posizioni negoziali delle due parti potrebbe in sostanza condizionare la libera determinazione degli editori e spingere questi

¹⁵⁸ M. Ricolfi, *op. cit.*, p. 52

ad accettare condizioni poco remunerative pur di non perdere gli indubbi benefici che derivano dalla fruizione degli ulteriori servizi promossi dai prestatori di servizi.

Per le ragioni appena esposte potrebbe stupire la mancata indicazione, nella Direttiva (tanto negli articoli quanto nei Considerando), delle modalità che gli Stati membri dovrebbero seguire in sede di recepimento per rendere efficace l'esercizio del nuovo diritto e al contempo evitare soluzioni eccessivamente eterogenee da Stato a Stato¹⁵⁹.

Ciò a maggior ragione se si considera che l'art. 15 della Direttiva dovrebbe essere interpretato come norma che consente la rinuncia da parte del titolare, quanto meno al compenso. La rinunciabilità è desumibile da due argomenti: il primo, a contrario, deriva dal fatto che la non rinunciabilità del diritto non è espressamente prevista (a differenza di quanto avvenuto in Spagna, quando nel 2014 è stato introdotto il diritto all'equo compenso, dichiarato espressamente non rinunciabile); il secondo perché il Considerando 82 della Direttiva prevede che "*nessuna disposizione della presente direttiva dovrebbe essere interpretata in modo da impedire ai titolari di diritti esclusivi ai sensi del diritto dell'Unione in materia di diritto d'autore di autorizzare l'uso a titolo gratuito delle loro opere o altri materiali, tra l'altro per mezzo di licenze non esclusive gratuite a vantaggio di tutti gli utilizzatori*". Ora, la rinunciabilità non rappresenta un problema in sé, rientrando anzi nel normale meccanismo di disponibilità dei diritti di utilizzazione economica: quel che desta perplessità e potrebbe rivelarsi dannoso per gli editori (ovvero la categoria che si è inteso tutelare con l'art. 15) è l'assenza di indicazioni uniformi che dettino agli operatori le linee guida essenziali per condurre la negoziazione tra editori e piattaforme *online*, che come detto potrebbe portare i primi a concedere licenze gratuite (rinunciando a qualsivoglia contributo economico) pur di non perdere i benefici che derivano dai diversi servizi offerti dai prestatori di servizi¹⁶⁰.

In ultima battuta è opportuno esaminare quanto previsto al paragrafo 5 dell'art. 15 ed al successivo art. 16: il primo introduce un obbligo in capo agli Stati membri di provvedere affinché gli autori dei contributi inclusi in una pubblicazione di carattere giornalistico ricevano dai titolari del diritto connesso (*i.e.* gli editori di giornali) una quota adeguata di quanto gli editori percepiscono dalle piattaforme *online* per l'utilizzo dei loro contributi;

¹⁵⁹ I. Genna, *Direttiva copyright*, cit., p. 5

¹⁶⁰ E. Rosati, *DSM Directive Series #2: is the press publishers' right waivable?*, in *IPKat*, 1° Aprile 2019

il secondo rende facoltativo per gli Stati membri di prevedere che ai titolari del diritto connesso sia riconosciuta una quota (in questo caso manca nella norma l'aggettivo "adeguata") dei compensi previsti in favore degli autori che abbiano trasferito o concesso in licenza un proprio diritto in favore dell'editore, per quanto concerne gli eventuali utilizzi dell'opera effettuati in virtù di un'eccezione o limitazione. Si tratta, come ipotizzato da alcuni autori¹⁶¹, di due discipline allo stesso tempo speculari e divergenti, dove la specularità risiede nel fatto di riconoscere ad entrambi i soggetti coinvolti (titolari del diritto connesso e titolari del diritto d'autore) una porzione del compenso in linea di principio spettante all'altro. Quanto agli aspetti divergenti, spicca il carattere obbligatorio del riconoscimento della quota in favore degli autori ("*gli Stati Membri provvedono affinché ...*") a fronte del carattere facoltativo del compenso di cui all'art. 16 ("*gli Stati Membri possono prevedere che ...*").

Il testo normativo si esaurisce qui: non sono indicati, ad esempio, quali sono i parametri da prendere in considerazione per la determinazione della quota, onere che dunque ricade interamente sugli Stati membri in sede di attuazione.

2. Il Regolamento dell'AGCOM¹⁶²

Con il Regolamento adottato nel dicembre 2013 ed entrato in vigore il 31 marzo dell'anno successivo l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha inteso perseguire due scopi principali: offrire ai titolari dei diritti uno strumento di tutela agile ed efficiente e nel contempo promuovere un uso corretto e responsabile della rete.

Per quanto concerne le violazioni commesse *online*, il fondamento normativo dell'intervento dell'Autorità è rappresentato dal d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, ossia dall'atto di recepimento della direttiva europea sul commercio elettronico (2000/31/CE). La direttiva ha offerto agli Stati membri l'opportunità di prevedere, in aggiunta a quella giurisdizionale, anche una tutela di carattere amministrativo: opportunità che l'AGCOM ha il vanto di aver colto per prima in Europa. Riproducendo fedelmente le norme europee, il d.lgs. n. 70 ha così attribuito sia all'autorità giudiziaria, sia all'autorità amministrativa, avente funzioni di vigilanza, il potere di adottare, anche in via di urgenza, provvedimenti

¹⁶¹ M. Ricolfi, *op. cit.*, p. 60

¹⁶² F. Posteraro, *La tutela amministrativa del diritto d'autore online*, in *Il diritto d'autore nell'era digitale* di A. Papa

inibitori atti a reprimere le violazioni. Di tali provvedimenti sono destinatari, ai sensi degli artt. 14, 15 e 16 d.lgs., gli *internet service provider* (ISP) che esercitano, rispettivamente, attività di *mere conduit*, di *caching* o di *hosting*, ossia che trasportano, memorizzano temporaneamente oppure ospitano contenuti. Considerato che, a norma dell'art. 182-*bis* della legge n. 633/1941, l'AGCOM è l'autorità amministrativa cui spettano le funzioni di vigilanza in materia di diritto d'autore, il Regolamento da essa emanato è dunque lo strumento volto a disciplinare le modalità procedurali di esercizio di un potere espressamente previsto da disposizioni di rango legislativo.

Sebbene saldamente ancorato a norme di legge, l'intervento dell'AGCOM ha dato luogo, in una prima fase, a vivaci contestazioni. Il percorso che avrebbe portato all'adozione del Regolamento è stato infatti accompagnato da reazioni che oscillavano sovente fra la dichiarata ostilità e il malcelato scetticismo. Gli oppositori hanno fatto leva su una distorta concezione della libertà della rete, intesa come rifiuto di ogni regola e come licenza di violare impunemente i diritti di proprietà intellettuale, avvalendosi magari della copertura dell'anonimato. Due ricorsi giurisdizionali, presentati subito dopo l'entrata in vigore del Regolamento, hanno avanzato svariate censure di illegittimità intese a ottenerne l'annullamento.

I verdetti giudiziari finora intervenuti hanno fatto giustizia di queste censure, spazzando via ogni dubbio sulla piena legittimità dell'iniziativa dell'AGCOM. Le voci critiche tacciono da tempo. Il Regolamento è ormai divenuto, per comune ammissione, una *best practice* anche a livello internazionale.

Alla base dell'intervento dell'AGCOM sta la consapevolezza che, per contrastare efficacemente la pirateria, è necessario non solo disporre di adeguati strumenti repressivi, ma anche creare condizioni che favoriscano la fruizione legale delle opere digitali. Il Regolamento ha previsto, a questo fine, l'istituzione di un'istanza permanente, un Comitato di cui fanno parte rappresentanti di tutte le categorie interessate e delle istituzioni dotate di competenza nella materia. Tra i compiti del Comitato vi è innanzi tutto quello di incentivare, attraverso il costante confronto fra gli *stakeholders*, lo sviluppo dell'offerta legale, onde far sì che i contenuti possano essere accessibili in rete a prezzi ragionevoli, tali da scoraggiare il ricorso ai siti pirata. Il Comitato è chiamato inoltre a promuovere l'adozione, da parte dei *provider*, di strumenti di contrasto, come il c.d. *follow the money*, fondati sull'analisi delle transazioni economiche e dei modelli di

business che caratterizzano l'offerta *online* di contenuti in violazione del diritto d'autore.

3. La tutela amministrativa del diritto d'autore e i nuovi poteri dell'AGCOM¹⁶³

Il procedimento di *enforcement* mira a coniugare efficienza e garanzia, fornendo una tutela celere ed efficace ai titolari dei diritti e nel contempo assicurando a tutti i soggetti interessati la possibilità di far valere le proprie ragioni. La procedura è completamente gratuita e non richiede l'assistenza di un difensore. Essa ha carattere alternativo, e non sostitutivo, rispetto ai procedimenti giudiziari: il che vale a dimostrare la totale infondatezza dell'asserzione critica, contenuta nei ricorsi di cui s'è parlato, secondo cui le previsioni del Regolamento integrerebbero una violazione della riserva di giurisdizione. Non è infatti possibile adire l'AGCOM se è pendente dinanzi all'autorità giudiziaria un procedimento avente il medesimo oggetto. Qualora l'autorità giudiziaria venga invece adita quando è già in corso un procedimento dinanzi all'AGCOM, gli atti di quest'ultimo sono archiviati e trasmessi al magistrato procedente.

L'AGCOM si attiva esclusivamente a seguito di un'istanza presentata da un soggetto legittimato: il titolare del diritto d'autore o di un diritto connesso o un licenziatario oppure un'associazione di gestione collettiva o di categoria cui sia stato conferito mandato dal titolare o da un licenziatario.

Non può mai esservi pertanto procedibilità *ex officio*, per cui non si dà luogo ad alcuna forma di monitoraggio preventivo della rete, diversamente da quanto paventato a suo tempo dai sedicenti paladini della libertà del *web*.

Gli uffici dell'Autorità dispongono l'archiviazione delle istanze in via amministrativa, oltre che nel caso di ritiro, qualora le stesse siano irricevibili per difetto di informazioni essenziali, improcedibili a causa della pendenza di un procedimento giudiziario o per intervenuta cessazione della violazione denunciata, inammissibili in quanto non riconducibili all'ambito di applicazione del Regolamento ovvero manifestamente infondate. In ogni altro caso, gli uffici danno avvio al procedimento, inviando la relativa comunicazione, al presentatore dell'istanza e al soggetto destinatario, degli eventuali

¹⁶³ F. Posteraro, *La tutela amministrativa del diritto d'autore online*, in *Il diritto d'autore nell'era digitale* di A. Papa

provvedimenti inibitori da adottare nel caso di accertamento della violazione: il fornitore di servizi di media, per le violazioni commesse nell'ambito di questi ultimi; relativamente a quelle commesse *online*, l'*internet service provider* stabilito in Italia che svolge attività di *hosting*, per i siti ubicati nel territorio nazionale, ovvero di *mere conduit*, per i siti esteri. La procedura ha termini ragionevolmente brevi, in considerazione della rapidità con la quale si propagano nella rete gli effetti pregiudizievoli delle violazioni. Il procedimento deve infatti concludersi entro trentacinque giorni lavorativi dalla ricezione dell'istanza, che si riducono a dodici in presenza di un'ipotesi di violazione di carattere massivo ovvero di una fattispecie di grave lesione dei diritti di sfruttamento economico dell'opera digitale. I tempi brevi, peraltro, non pregiudicano in alcun modo le esigenze di partecipazione alla procedura dei soggetti interessati, che per quanto concerne le violazioni commesse *online* non si identificano solo negli ISP e ai quali tutti l'Autorità ha inteso assicurare la più ampia tutela. La comunicazione di avvio del procedimento è pertanto inviata anche all'*uploader*, ai gestori della pagina e del sito internet, nonché al soggetto che ha registrato il nome di dominio, i quali possono intervenire presentando controdeduzioni oppure possono adeguarsi spontaneamente alla richiesta del soggetto istante. Ciò può avvenire rimuovendo il contenuto protetto da diritto d'autore oppure disabilitando l'accesso al sito che ospita tale contenuto, nel caso di violazioni commesse *online*.

L'adeguamento spontaneo dà luogo all'archiviazione del procedimento in via amministrativa.

Acquisite le eventuali controdeduzioni dei soggetti interessati, gli uffici trasmettono gli atti alla Commissione servizi e prodotti dell'Autorità (formata dal Presidente e da due commissari e competente nella materia ai sensi della legge 31 luglio 1997, n. 249, istitutiva dell'AGCOM), formulando proposta di archiviazione o di adozione di un provvedimento inibitorio.

La Commissione servizi e prodotti, esaminati gli atti, ne dispone l'archiviazione se non ritiene sussistente la violazione denunciata.

Riguardo alle violazioni commesse *online*, perché possa procedersi all'irrogazione delle misure inibitorie occorre che le stesse rispondano ai criteri di gradualità, di proporzionalità e di adeguatezza sanciti dalla normativa europea ed espressamente richiamati dal Regolamento. Qualora così non sia, la Commissione archivia gli atti e da notizia della violazione accertata alla polizia giudiziaria, ai sensi dell'art. 182-ter della legge n. 633/1941. Se si ritiene che le misure rispettino i suddetti criteri, e se il sito su cui

si è verificata la violazione è ospitato su un *server* ubicato nel territorio nazionale, l'Autorità può adottare, nei confronti degli *hosting provider* italiani, un ordine di rimozione selettiva dei contenuti caricati in violazione del diritto d'autore. In presenza di violazioni di carattere massivo, l'ordine ha invece per oggetto la disabilitazione dell'accesso al sito mediante il blocco del nome a dominio (DNS). Se il sito fosse ospitato su un *server* ubicato all'estero, la rimozione comporterebbe l'impiego di tecniche che la Corte di giustizia ritiene contrastanti con il diritto europeo, per cui è giocoforza ricorrere in ogni caso all'ordine di disabilitazione dell'accesso, rivolto al *provider* italiano che esercita attività di *mere conduit*.

Gli ordini impartiti dall'AGCOM ai fornitori di servizi di media non lineari e agli *internet service provider* devono essere eseguiti entro tre giorni dalla notifica. In caso di inottemperanza sono previste sanzioni pecuniarie fino a 258 mila euro. Avverso i provvedimenti dell'Autorità è ovviamente possibile proporre ricorso dinanzi al giudice amministrativo.

L'intervento dell'Autorità è riuscito a conseguire un primo esito positivo appena pochi giorni dopo l'entrata in vigore del Regolamento, in virtù della quale gli USA hanno espunto l'Italia dalla *watch list*, aggiornata annualmente, degli Stati che non tutelano in maniera adeguata la proprietà intellettuale. Il comunicato ufficiale dell'Amministrazione americana ha attribuito espressamente ed esclusivamente al provvedimento dell'AGCOM questa decisione, che ha rimosso, dopo ben venticinque anni, un ostacolo di non poco conto alla capacità del nostro Paese di attrarre investimenti esteri.

In termini quantitativi, i dati relativi all'attività dell'AGCOM in materia di tutela del diritto d'autore, pubblicati periodicamente sul sito www.agcom.it, indicano che con l'attuazione del Regolamento sono stati bloccati milioni di file illegali.

Un altro elemento molto significativo messo in evidenza dagli stessi dati è l'alto numero di procedimenti, pari circa al trenta per cento del totale, conclusi per adeguamento spontaneo alla richiesta di rimozione dei contenuti illegalmente immessi nel *web*. Ciò vale a dimostrare che, al di fuori delle ipotesi in cui ci si trova in presenza della criminalità informatica, il Regolamento dell'AGCOM svolge un'utile funzione di *moral suasion*, a cui la rete sta dando una risposta largamente positiva. I soggetti che in essa operano hanno dimostrato di essere disponibili a farsi carico delle esigenze di tutela della legalità, smentendo le apocalittiche previsioni dei profeti di sciagure che avevano annunciato,

quale inevitabile reazione all'entrata in vigore del Regolamento, una generalizzata protesta del c.d. popolo di internet.

a) Il potere cautelare dell'AGCOM¹⁶⁴

In ogni caso il Regolamento dell'Autorità rappresenta una felice testimonianza di intervento in via amministrativa in materia. Intervento che tanti interrogativi ha suscitato. In ciò appare chiarissimo il dettato normativo: il d.lgs. n. 70/2003 prevede che siano ammissibili misure adottate in sede giurisdizionale oppure dai competenti organismi amministrativi. Vige, dunque, una sorta di clausola di salvaguardia, la quale "*lascia impregiudicata la possibilità per gli Stati membri di attribuire all'autorità giudiziaria o a quella amministrativa poteri inibitori, da esercitarsi anche in via d'urgenza, nei confronti dei medesimi prestatori di servizi, al fine di impedire o porre fine a violazioni di diritti di terzi*".

È, quindi, possibile affermare che si è consolidato un doppio binario; esso consente la coesistenza di interventi di natura diversa, che hanno presupposti diversi e che non si sconfiggono a vicenda. Anzi, sono la risposta complessiva dell'ordinamento a un tema così delicato, che l'evoluzione tecnologica ha imposto di ripensare.

L'introduzione dell'art. 9-*bis* al Regolamento di cui alla delibera n. 680/13/CONS, avvenuto ad opera della delibera n. 490/18/CONS, rappresenta una delle principali novità, in quanto segna il passaggio per l'Autorità verso una nuova capacità di intervento, rimarcando la possibilità di emanare provvedimenti cautelari nei confronti degli *Internet Service Providers*.

Non è il primo caso in cui l'Autorità può emanare misure cautelari, si pensi ad esempio a quanto prevede l'art. 12 del *Codice delle comunicazioni elettroniche*, il quale espressamente prevede tale possibilità ove sia ritenuto sussistere motivi di urgenza per salvaguardare la concorrenza e tutelare gli interessi degli utenti. Tuttavia, prima di questo Regolamento (e della legge da cui promana) non era possibile per l'Autorità emanare provvedimenti cautelari a tutela del diritto d'autore.

¹⁶⁴ P. Del Vecchio, *Le peculiarità del Regolamento AGCOM*, in *Il diritto d'autore nell'era digitale* di A. Papa

La legittimazione in tal senso dell'Autorità deriva espressamente dall'art. 2 della legge europea 2017 (legge n. 167/2017). Si è, dunque, in una nuova fase, in quanto il potere dell'Autorità in materia è ora espressamente menzionato e attribuito.

Il procedimento si articola nel seguente modo. Ricevuta una istanza con richiesta di immediato intervento, l'AGCOM può dunque ordinare in via cautelare ai prestatori di servizi di porre fine immediatamente alle violazioni del diritto d'autore e dei diritti connessi. Ciò sulla base di un sommario apprezzamento dei fatti, della fondatezza delle relative ragioni di carattere giuridico e in presenza di una minaccia di un pregiudizio imminente e irreparabile per i titolari dei diritti. Vengono presi in considerazione, dunque, i due presupposti di una qualunque misura cautelare, ovvero il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*, fermo restando il rispetto dei principi di gradualità, proporzionalità ed adeguatezza cui tutte le decisioni dell'Autorità debbono improntarsi.

È stato invertito il consueto *iter* provvedimento, che normalmente consta di un previo contraddittorio, cui segue un ordine cautelare nei confronti dei prestatori di servizi: ciò consente all'Autorità di agire in modo molto più spedito e, dunque, maggiormente efficace.

La Struttura competente (trattasi della Direzione contenuti audiovisivi) ha tre giorni per adottare il provvedimento cautelare e va ricordato che l'ordine va poi eseguito nel termine di due giorni: in appena cinque giorni dal ricevimento dell'istanza, dunque, si può dare una prima tutela ed evitare che le violazioni perpetrate arrechino ulteriori danni.

È inoltre previsto che, nel caso di inottemperanza ai provvedimenti della Direzione o dell'Organo collegiale, si applichino le consuete sanzioni pecuniarie previste dalla legge n. 249/1997.

In primis, potrebbe eccepirsi a tale procedimento una compressione eccessiva del diritto al contraddittorio, in relazione a coloro cui la misura cautelare è indirizzata. Tuttavia, il potere attribuito all'Autorità di emanare un provvedimento *inaudita altera parte* risulta bilanciato dalla possibilità, per i soggetti interessati, di far valere adeguatamente le proprie ragioni - attraverso la proposizione del reclamo all'Organo collegiale entro cinque giorni dalla notifica dell'ordine stesso.

Come si comprende facilmente, per ragioni di efficacia della misura adottata e di tutela del soggetto che ha presentato l'istanza, il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento: nonostante questa circostanza fosse desumibile dalle regole generali del procedimento amministrativo - e, *in primis*, dagli artt. 21-bis e 21-quater legge n.

241/1990 - l'Autorità ha ritenuto opportuno precisarlo espressamente insieme alla circostanza che qualora non sia presentato suddetto reclamo, la misura diventa definitiva. Il Collegio adotta la decisione definitiva entro sette giorni dalla proposizione del reclamo; anche in questo caso si tratta di termini molto brevi, che consentono di risolvere speditamente la controversia, salvo poi ovviamente eventuali ricorsi in sede giurisdizionale.

A livello regolatorio e, dunque, nell'esercizio dei suoi poteri specifici, AGCOM rappresenta un potere indipendente e come tale capace di anticipare le dinamiche dei delicati settori cui è preposto. Un compito non facile, perché la corsa informatica è molto più veloce della risposta data dalle regole. Ma è proprio qui che risiede la sfida, che si pone all'attenzione di tutti coloro che operano nel settore.

b) La responsabilità editoriale delle piattaforme¹⁶⁵

La principale questione irrisolta è quella della responsabilità editoriale. Da essa sono in linea di principio esenti le piattaforme digitali in virtù del regime di *safe harbour* previsto dalla direttiva sul commercio elettronico. Un regime risalente al 2000, e quindi a un'epoca ormai remota in termini di sviluppo tecnologico e di evoluzione dei modelli di business. Un regime di esenzione che non tiene conto di come le grandi piattaforme - attraverso funzioni di ricerca basate su algoritmi da esse stesse elaborati in funzione dei loro profitti - esercitino sulle scelte e sugli orientamenti del pubblico un'influenza certo non inferiore a quella attribuibile ai mezzi di comunicazione tradizionali. Le piattaforme si battono strenuamente, in Europa, perché sia mantenuto questo regime. Il che peraltro non ha impedito al difensore di Facebook, in un procedimento giudiziario celebratosi in California nel luglio 2018, di sostenere che il suo cliente ha il diritto di decidere cosa pubblicare, perché è un *publisher*, un editore.

Con la comunicazione del maggio del 2015 sulla strategia per il *Digital Single Market* e poi con quella del maggio del 2016 sulle piattaforme, la Commissione europea ha riconosciuto che queste ultime hanno ormai acquisito un ruolo incomparabilmente più ampio di quello che avevano al tempo dell'emanazione della direttiva sul commercio

¹⁶⁵ F. Posteraro, *La tutela amministrativa del diritto d'autore online*, in *Il diritto d'autore nell'era digitale* di A. Papa

elettronico. La Commissione ha opportunamente sottolineato, a sostegno di questa affermazione, che le piattaforme digitali accumulano un enorme volume di dati sui clienti, hanno un assoluto controllo dell'accesso ai mercati *online* e influiscono sulla remunerazione degli altri operatori ai quali fanno concorrenza.

Concludendo in maniera dissonante rispetto a queste premesse, la Commissione ha tuttavia deciso di non intervenire sul regime di responsabilità, da un lato facendo presente di volersi attenere a un approccio settoriale - di cui non possono tacersi le possibili implicazioni negative per la certezza del diritto - e d'altro lato confidando sull'autoregolamentazione, a dispetto degli scarsissimi risultati finora conseguiti attraverso questo strumento.

In attuazione dell'annunciato approccio settoriale, un'attenuazione dell'esonero da responsabilità delle piattaforme è stata prevista nell'ambito della Direttiva Copyright, approvata definitivamente nel marzo 2019, quasi al termine della legislatura europea. L'*iter* che ha portato all'adozione della direttiva è stato, per usare un eufemismo, quanto mai travagliato. In occasione dell'esame del testo da parte del Parlamento europeo è stata messa in atto un'attività di lobbying di un'ampiezza e di un'aggressività senza precedenti, accompagnata e sostenuta da interpretazioni scorrette delle norme, quando non da vere e proprie *fake news*. Si è parlato del tutto impropriamente di *link tax* con riferimento a una disposizione che si limita a riconoscere agli editori un diritto connesso per lo sfruttamento in rete di opere da essi prodotte. Si è cercato di far passare addirittura per un bavaglio imposto alla libertà del *web* l'obbligo per le piattaforme di concludere accordi di licenza con i titolari dei diritti oppure, in mancanza di tali accordi, di collaborare attivamente con i titolari medesimi per evitare la diffusione in rete di opere protette da copyright. Wikipedia ha chiuso per protesta le sue pagine in Italia e in altri Paesi dell'Unione europea, nonostante l'esclusione esplicita delle enciclopedie gratuite *online* dall'ambito di applicazione della Direttiva. Youtube ha mobilitato gli *influencer* per indurre gli utenti più giovani a credere che la Direttiva avrebbe causato la chiusura della piattaforma.

Anche alla luce di queste vicende, appare ormai ineludibile una approfondita riflessione sul ruolo attualmente svolto dalle grandi piattaforme digitali, non solo nell'ottica della tutela della proprietà intellettuale.

Non soggetti a responsabilità editoriale, se non in limitati ambiti e comunque in forma attenuata, questi operatori hanno tra l'altro dimostrato di essere estremamente restii a riconoscere una remunerazione men che simbolica a coloro che producono i contenuti di

cui si appropriano traendone ingenti ricavi. Stabiliti in Stati dell'UE con regimi fiscali quanto mai favorevoli, grazie al principio del Paese d'origine essi sono, nella sostanza, quasi del tutto immuni da obblighi tributari e contrastano nondimeno con energia anche l'ipotesi di una *web tax* contenuta nella modesta quota del tre per cento. Soprattutto, dispongono di una quantità smisurata di dati personali, acquisiti attraverso ogni singolo passaggio in rete di ciascun utente. Ciò consente alle piattaforme di profilare uno per uno tutti i milioni di individui che si connettono ad Internet, il che ha tra l'altro indotto una riconsiderazione della tradizionale nozione di dati sensibili ai fini della tutela della riservatezza. Con tale mole di dati - che rappresentano il petrolio della nuova economia - le piattaforme ricavano enormi profitti, facendone un uso non sempre trasparente e, talora, neppure troppo corretto.

I mercati digitali hanno ormai acquisito un assetto rigidamente oligopolistico. Ed è in corso un rapido processo di digitalizzazione, che investe, in prospettiva, non solo l'intero settore terziario. Le piattaforme, insomma, detengono un potere economico senza uguali, che si traduce per ciò stesso in potere politico e che rischia di incidere perfino sui meccanismi di formazione del consenso, come recenti vicende lasciano fondatamente supporre.

Il tema della tutela del diritto d'autore si iscrive, dunque, nel più vasto quadro della necessità di dettare regole adeguate a disciplinare la rete e l'attività dei soggetti che in essa operano. Internet deve divenire uno spazio dove regna la forza del diritto, e non il diritto della forza. Sono in questione diritti fondamentali della persona e, non da ultimo, le stesse basi su cui poggiano i nostri sistemi democratici.

c) Un mutamento di prospettiva nella sentenza SIAE

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha avviato un procedimento contro Meta per abuso di dipendenza economica nei confronti di SIAE. Nelle more della conclusione del procedimento, il 31 dicembre 2024, il Garante ha imposto misure cautelari, impugnate da Meta di fronte al TAR Lazio¹⁶⁶ e poi al Consiglio di Stato.

¹⁶⁶ TAR Lazio, 30.10.2023, n. 16069/2023 Reg.Prov.Coll., n. 08974/2023 Reg.Ric., n. 08975/2023 Reg.Ric.

Il TAR ha respinto il ricorso intentato da Meta per domandare l'annullamento della delibera con cui l'AGCM le aveva intimato di “*ripristinare immediatamente le trattative - con la Siae - mantenendo un comportamento ispirato ai canoni di buona fede e correttezza, provvedendo altresì a fornire tutte le sole informazioni necessarie per ristabilire un equilibrio nell'intero rapporto commerciale e ripristinare tempestivamente, in modo pieno, la disponibilità dei contenuti musicali tutelati da Siae sulle proprietà di Meta per tutto il periodo necessario alla conclusione del negoziato*”.

In questa vicenda, che aveva visto il pubblico dei fruitori dei *social network* di Meta (i.e. Facebook) privato dei contenuti musicali a causa del mancato accordo di Meta con la SIAE per l'equo compenso del diritto d'autore spettante per la riproduzione dei brani, il TAR ha tenuto conto della pluralità degli interessi sottesi: ha infatti mostrato una significativa attenzione al quadro d'insieme, che gli ha consentito di tenere conto che il *social network* della piattaforma dominante nel nuovo mercato digitale è uno spazio in cui necessariamente gli autori dei contenuti e i fruitori debbono essere garantiti, nel pubblico interesse¹⁶⁷.

La sentenza ha costituito l'occasione per analizzare, attraverso una interessante ed approfondita indagine, come debbano essere considerati i requisiti adoperati dall'art. 9 l.192/1998, evitando un approccio semplicistico e dovendo tener conto di tutte le circostanze esterne che derivano dal contesto esterno¹⁶⁸.

Qui il TAR sceglie di proteggere la posizione non solo della SIAE ma anche dell'AGCM: ciò a differenza di quanto accaduto alla AGCOM nella sentenza del TAR Lazio 12 dicembre 2023, n. 18790, in cui il TAR ha - per converso - reputato contrario alla libera concorrenza il meccanismo dell'equo compenso (peraltro richiamando a sostegno un parere conforme della stessa AGCM).

A pagina 11 di questa sentenza - tenendo bene in considerazione lo “*strapotere delle piattaforme*” (pag. 13) e il loro ruolo “*infungibile*” per gli autori e per il pubblico dei fruitori - si legge che “*9.9. A fronte di tali numeri, l'eventuale impedimento all'accesso alla piattaforma costituisce un vulnus gravissimo per gli artisti: d'altronde, come efficacemente rappresentato dalla difesa di Siae (che cita all'uopo letteratura*

¹⁶⁷ R. Carleo, *Il regolamento AGCOM sull'“equo compenso”*: un modello di co-regolazione in cerca di efficienza, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, n. 2 del 2024

¹⁶⁸ C. Meo, *Dipendenza economica tra società di gestione collettiva e social network: spunti alla luce del caso Meta c. SLAE*, in *AIDA, Annali Italiani del Diritto d'Autore*, 2023

specialistica), la «scoperta» del contenuto musicale avviene tendenzialmente sui social network, costituendo ciò la premessa della successiva «fruizione», vuoi sulle piattaforme musicali dedicate, vuoi attraverso i canali tradizionali. Appare manifesto, quindi, il ruolo fondamentale delle piattaforme della società ricorrente nella diffusione dei contenuti musicali. 9.10. Viepiù, va rilevato come la possibilità che i prodotti tutelati da Siae possano essere fruiti digitalmente in altro modo non costituisce alternativa soddisfacente, atteso che la chiusura dei canali digitali di Meta non appare surrogabile con altri strumenti: semplificando, la circostanza che Facebook o Instagram abbiano dei concorrenti nel mercato dei social network (in particolare Tik Tok) non implica automaticamente che il servizio offerto da quest'ultima impresa possa considerarsi un'alternativa soddisfacente. Ogni social network, infatti, si caratterizza per delle peculiarità differenziali che lo rendono spesso infungibile per il pubblico. Ciò è tanto più vero nel caso all'odierno esame dove una delle reti sociali di Meta (ossia Facebook, quella notoriamente più «generalista») da sola gestisce un numero di account quasi doppio rispetto a quelli del principale concorrente”.

Tuttavia, successivamente il Consiglio di Stato si è pronunciato a favore di Meta, annullando la decisione del TAR e nel farlo ha espresso considerazioni assai esplicite sulla portata della nuova disciplina¹⁶⁹.

La controversia trae origine dalla negoziazione del rinnovo della licenza per la condivisione di contenuti musicali protetti da SIAE in una *Audio Library* a disposizione degli utenti per l'utilizzo come sottofondo sonoro per le c.d. *stories* e i c.d. *reels*. Meta dichiarava, infatti, la propria disponibilità al rinnovo della licenza incrementando la precedente remunerazione del 40% mentre SIAE proponeva un aumento di circa il 310%. In considerazione di tale distanza siderale tra gli importi proposti dalle parti e tenuto conto del diniego opposto da SIAE a una proroga della licenza precedente, a marzo 2023 Meta ha rimosso il repertorio di SIAE dall'*Audio Library*, anche al fine di evitare di essere considerata responsabile di utilizzo non autorizzato di contenuti protetti da diritto d'autore. A seguito di questo, SIAE apriva una segnalazione presso l'AGCM che a sua volta avviava un procedimento contro Meta per abuso di dipendenza economica, concluso con l'adozione di misure cautelari, ravvisando un danno irreparabile. Tali misure cautelari

¹⁶⁹ G. Portonera, *La nuova disciplina dell'abuso di dipendenza economica: una presunzione di troppo?*, Istituto Bruno Leoni, *Focus*, 2024, n. 367

obbligavano Meta a ripristinare il catalogo SIAE nella *Audio Library* a fronte di un'autorizzazione della stessa SIAE, a riaprire le negoziazioni in buona fede con SIAE e a fornire tutte le informazioni necessarie «*onde consentire a SIAE di ristabilire un equilibrio nell'intero rapporto commerciale con Meta*». La decisione era stata poi confermata dal TAR Lazio, con sentenza appellata da Meta. La recentissima sentenza del Consiglio di Stato n. 5727/2024, pubblicata lo scorso 2 luglio, annullando la pronuncia del TAR Lazio, offre soprattutto l'opportunità di riflettere sulla nuova disciplina dell'abuso di dipendenza economica, le sue implicazioni e i suoi limiti.

La sentenza ha riconosciuto la fondatezza delle ragioni di Meta sotto diversi e significativi profili sui quali ci si soffermerà nel seguito. L'Autorità aveva, infatti, assunto la sussistenza *prima facie* di uno stato di dipendenza economica di SIAE nei confronti di Meta ai sensi dell'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192, ed è soltanto su questa delibazione sommaria che il Consiglio di Stato si è espresso, in attesa della conclusione definitiva del procedimento presso l'AGCM.

Infatti, dal momento che viene riconosciuta la sussistenza di un vizio di difetto di istruttoria, pur tenendo conto della natura cautelare delle misure sinora applicate, l'AGCM potrà partire proprio dalla sentenza del Consiglio di Stato per svolgere un'analisi più approfondita.

Sul piano giuridico, come anticipato, la vicenda ruota attorno all'interpretazione di fornire all'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192, come modificato dall'art. 33, l. 5 agosto 2022, n. 118 (legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021), ed è proprio sull'interpretazione di tale norma che vertono le principali ragioni di interesse della decisione.

Il legislatore del 2022 aveva scelto di rendere più rigorosa la disciplina dell'abuso di dipendenza economica tra imprese, favorendone l'applicabilità nel caso in cui un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che abbia un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori.

L'abuso di dipendenza economica è fattispecie più ampia dell'abuso di posizione dominante, perché può potenzialmente verificarsi anche in assenza di una vera e propria posizione dominante, sebbene sia più improbabile che accada. In particolare, il citato art. 9, già prima della novella, definiva dipendenza economica la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. Il legislatore del 2022, nel timore che le posizioni di forza dei

gestori di piattaforme digitali potessero provocare distorsioni nella concorrenza, ha deciso di introdurre una presunzione

di abuso di dipendenza economica.

Si tratta, più in particolare, di una presunzione relativa di dipendenza economica: una presunzione che riguarda la condizione necessaria di applicabilità della norma, la dipendenza economica appunto, non già l'abuso.

La natura di presunzione relativa, invero già piuttosto evidente dal tenore letterale della norma, è stata comunque chiarita dal Consiglio di Stato, che opportunamente ha sottolineato che «*deve rilevarsi che la presunzione in questione non è assoluta ma prevede espressamente la prova contraria*».

Che si tratti di presunzione relativa è particolarmente rilevante: in questo modo, infatti, Meta ha potuto fornire la prova contraria ed evitare così l'applicazione della disciplina, vedendo accolte le proprie ragioni dal Consiglio di Stato, almeno per quanto riguarda le misure cautelari sin qui adottate dall'AGCM.

Il difetto di istruttoria riscontrato dal Consiglio di Stato riguarda anzitutto la qualificazione soggettiva data a Meta quale fornitrice di servizi di intermediazione, richiesta dal citato art. 9, che si interseca con i profili oggettivi relativi all'attività in concreto svolta e oggetto della negoziazione con SIAE.

Come anche il Consiglio di Stato ribadisce, le piattaforme di Meta (Facebook e Instagram) non offrono un servizio di *streaming* né di ascolto musicale, come potrebbe essere ad esempio per il caso di Spotify o di Apple Music, ma si limitano a rendere disponibile ai loro utenti un archivio, denominato *Audio Library*, affinché gli utenti possano inserire un sottofondo sonoro a propri contenuti quali le c.d. *stories* o i c.d. *reels*.

Invero, il più volte richiamato art. 9 prevede che debba valutarsi la «*reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti*».

Ebbene, i contenuti presenti nella *Audio Library*, come anche il Consiglio di Stato non manca di sottolineare, sono acquisibili anche altrove e più compiutamente, per l'ascolto vero e proprio e non soltanto per inserirne un estratto quale sottofondo di un breve video, come accade nel caso delle piattaforme Meta. In sostanza,

Meta non è l'unica né la più importante possibile controparte di SIAE per la diffusione di contenuti musicali.

Le «*alternative soddisfacenti*» sarebbero nel caso di specie non soltanto reperibili sul mercato ma anche, forse, le uniche reali possibilità di poter realmente fruire dei contenuti in questione.

Per ascoltare un brano di musica, qualunque esso sia, ciascuno di noi digiterebbe l'indirizzo o aprirebbe l'app di Spotify, di Apple Music o di YouTube. Certo non penserebbe ad accedere all'*Audio Library* di Facebook o Instagram, concepita per uno scopo diverso, ossia per la creazione di brevi contenuti video con sottofondo musicale opzionale.

È rilevante, peraltro, che resti in ogni caso ferma la possibilità degli utenti di con- dividere sulle suddette piattaforme Meta i *link* a tali contenuti musicali protetti da SIAE presenti su YouTube o su altri siti internet: questo profilo è stato espressamente preso in considerazione dal Consiglio di Stato, nella parte in cui osserva che la mancata conclusione dell'accordo tra Meta e SIAE non determina alcuna preclusione alla «*veicolazione*» dei contenuti musicali. Verrebbe meno, così, la contestata lesione della concorrenzialità del mercato quale conseguenza dell'interruzione della trattativa tra le due società. Un conto, infatti, è la disponibilità dei contenuti musicali nella *Audio Library*, altro conto è la possibilità di renderli fruibili sulla piattaforma, che non viene in alcun modo intaccata.

Quale logico corollario, se ne ricava che gli stessi artisti non subirebbero alcun *vulnus* irreparabile dall'eventuale impedimento all'accesso dei propri contenuti musicali nella *Audio Library* delle piattaforme Meta da parte degli utenti: *vulnus* irreparabile la cui sussistenza costituirebbe elemento imprescindibile di una siffatta misura cautelare. Verrebbe così meno anche l'assunto del provvedimento dell'AGCM, secondo cui gli interessi degli autori coinciderebbero con quelli della SIAE, per il supposto rischio di vedere preclusa con l'interruzione della negoziazione con Meta la diffusione dei loro contenuti artistici. I contenuti musicali, infatti, come chiarito, resterebbero pur sempre disponibili, su altre piattaforme di ascolto o di *streaming*, oltre che sulle stesse piattaforme di Meta, se condivisi da parte degli utenti mediante *link* ad altre piattaforme.

Quella in questione non è infatti nemmeno una funzionalità essenziale delle piattaforme Meta, dal momento che la indisponibilità dei brani protetti da SIAE non preclude agli utenti di creare lo stesso i propri brevi video con sottofondi musicali premontati o senza alcun sottofondo musicale.

Per di più, si tratta di una funzionalità marginale sulle piattaforme Meta, come emerge da alcuni dati riportati dal Consiglio di Stato, sulla base delle allegazioni di Meta: il «*peso davvero minimo*» dei ricavi di Meta rispetto al fatturato complessivo di SIAE, inferiore all'1%, e il dato che circa l'85% dei video postati su Facebook sono fruiti senza ascolto di musica e che l'uso dei video su Facebook e Instagram rappresenterebbe, rispettivamente, il 14% e l'11% dei contenuti complessivi delle piattaforme Meta.

Nel percorso logico seguito dalla sentenza, non viene invece valorizzata la circostanza che, pur dopo il formale superamento del regime di monopolio (riconosciuto da ultimo dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea con sentenza del 21 marzo 2024, C-10/22, sulla base dell'interpretazione della Direttiva 2014/26/UE),

SIAE resti di fatto società monopolista nella gestione collettiva dei diritti d'autore in Italia. Una società che quindi ben difficilmente si può immaginare quale parte economicamente dipendente e che, piuttosto, riveste essa stessa se non altro una posizione dominante nel mercato delle concessioni dei diritti musicali. Sennonché,

il venir meno sul piano formale del regime di monopolio è un argomento impiegato dal Consiglio di Stato per superare ulteriormente l'asserita sovrapposibilità degli interessi di SIAE rispetto a quelli degli autori e ciò dal momento che la stessa AGCM chiarisce che spetta ora agli autori «*un maggiore potere di scegliere la collecting alla quale affidare i propri diritti*».

Alla luce anche di tutte queste considerazioni, il Consiglio di Stato arriva quindi ad affermare che «*il pregiudizio prospettato da SIAE si presenta pertanto come generico e indeterminato e meramente economico e, quindi, per definizione privo del carattere dell'irreparabilità*» e ad annullare conseguentemente la sentenza del TAR Lazio e il provvedimento dell'AGCM. La mancata conclusione dell'accordo, dunque, viene a essere derubricata quale partita rilevante soltanto sul piano economico tra le due società, non essendosi verificato alcun pregiudizio irreparabile né nei confronti di SIAE né nei confronti degli artisti.

In assenza di una seria analisi anche da un punto di vista tecnologico e fattuale circa lo scopo e le peculiarità dell'*Audio Library* e le differenze intercorrenti tra tale libreria musicale e quella di altre piattaforme, non sarebbe stato infatti possibile un serio scrutinio circa la sussistenza dei presupposti soggettivi e oggettivi di applicabilità della norma. Scrutinio che invece il Consiglio di Stato compie in modo particolarmente puntuale, con

una decisione ben più approfondita di quanto ci si sarebbe potuto forse attendere in relazione a un procedimento ancora in fase cautelare.

È proprio questo intreccio tra componente tecnologica e giuridica, che sostiene l'*iter* argomentativo dell'intera decisione, a rendere la recente pronuncia difficilmente superabile in sede procedimentale anche ad uno scrutinio di merito da parte dell'AGCM. Ancora più significative, però, sono le coordinate ermeneutiche che il Consiglio di Stato ha fornito in merito alla nuova fattispecie di presunzione di dipendenza economica, ispirate a una più rigorosa e accorta lettura della sua operatività, perché destinate a orientare l'interpretazione della norma anche in futuro e a delimitarne le fattispecie applicative. Il tenore della decisione del Consiglio di Stato, infatti, come si è visto, è tale da ridimensionare il possibile perimetro di applicabilità della nuova norma, essendo stata ricondotta l'operatività della presunzione entro limiti più stringenti di quanto non avesse finora ritenuto l'AGCM. Come si è visto, nel ribadire la natura di presunzione relativa, la decisione ha rimarcato le conseguenze derivanti da tale connotazione, valorizzando la prova contraria e la necessità che non debba essere possibile reperire sul mercato alternative soddisfacenti. Si tratta di coordinate ermeneutiche che vanno oltre il caso di specie e che costituiscono ad oggi senz'altro il precedente più rilevante in merito all'interpretazione della norma: coordinate di cui pare difficile che anche l'AGCM non tenga conto in futuro anche in altri casi¹⁷⁰.

¹⁷⁰ A. Iannotti della Valle, *Meta-SIAE: i paletti del Consiglio di Stato alla presunzione di dipendenza economica*, Istituto Bruno Leoni, *Focus*, 2024, n. 373

CAPITOLO IV

ANALISI COMPARATIVA DELLE LEGISLAZIONI SULL'EQUO COMPENSO

1. New York Times V. Chat GPT

Il funzionamento della disciplina dell'equo compenso potrebbe impedire il rischio dell'insorgenza di controversie come quella attualmente in corso tra il New York Times ed Open AI - ChatGPT, che peraltro si va allargando dato che anche altri otto giornali statunitensi di proprietà del fondo di investimento Alden Global Capital (tra cui il New York Daily News e il Chicago Tribune) hanno citato in giudizio Open AI e Microsoft per la stessa ragione, ritenendo che le piattaforme debbano “*ottenere il consenso degli editori per l'utilizzo dei loro contenuti e pagare un valore equo per tale utilizzo*”. Ciò sebbene in altri casi la stessa Open AI stia mostrando di avere iniziato a stringere accordi con grandi gruppi editoriali (tra cui Associated Press, Shutterstock e in Europa il gruppo tedesco Axel Springer, quello spagnolo Prisa-Promotora de Informaciones, e il più importante giornale francese Le Monde).

Il risultato da evitare è il conflitto, che veda soccombente una qualsiasi delle parti: tanto il produttore del contenuto che resterebbe privato di un qualsiasi compenso, quanto la

piattaforma che non potrebbe utilizzarlo. Tale ipotesi si è peraltro già verificata, ad esempio, nel caso occorso negli Stati Uniti alla piattaforma (che era una semplice start up) che gestiva un sistema di intelligenza artificiale “predittiva” Ross intelligence AI, la quale ha chiuso a fronte della minaccia del contenzioso del titolare della privativa sulla banca dati giuridica utilizzata per il funzionamento del sistema, che – pertanto - ha inesorabilmente cessato di esistere¹⁷¹.

Il problema è ben chiaro agli analisti consulenti del governo americano, come afferma Pellicano¹⁷², il quale rileva che *“Ulteriori ricadute dell’utilizzo dell’intelligenza artificiale riguardano il rispetto dei dati coperti dal copyright e la definizione del concetto di fair use, vale a dire l’uso limitato e lecito di materiali coperti dal diritto d’autore. La recente iniziativa del New York Times di chiamare in giudizio OpenAI per l’utilizzo illecito dei propri archivi finalizzato al training dell’AI potrebbe portare alla fissazione giurisprudenziale o transattiva di nuovi limiti all’utilizzo dei testi coperti da copyright. Anche in questo caso la soluzione può venire da una decisione imposta dall’autorità pubblica o da un accordo tra le parti che possa aprire le porte all’autoregolamentazione condivisa tra aziende aventi interessi contrapposti.”*

a) La cultura dell’avversione contro forme protettive troppo restrittive

D’altra parte, sta acquistando sempre maggiore diffusione e consapevolezza la cultura della avversione contro le forme di protezione troppo restrittive delle opere creative nell’era della digitalizzazione, che esige una condivisione globale dei dati. Tra i più attivi esponenti di tale movimento di pensiero si veda ad esempio Doctorow, il quale nella propria biografia, dichiara: *“credo che viviamo in un’epoca in cui tutto ciò che può essere espresso come bit lo sarà. Credo che i bit esistano per essere copiati. Pertanto, credo che qualsiasi modello di business che dipenda dal fatto che i bit non vengano copiati sia semplicemente stupido, e che i legislatori che cercano di sostenerli siano come i governi*

¹⁷¹ R. Carleo, *Il regolamento AGCOM sull’“equo compenso”*: un modello di co-regolazione in cerca di efficienza, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, n. 2 del 2024

¹⁷² G. Pellicano, *C’è una via transatlantica all’LA? La proposta di Pellicano*, in *Formiche.net* (<https://formiche.net/2024/03/intelligenza-artificiale-pellicano>)

*che investono fortune per proteggere le persone che si ostinano a vivere alle pendici dei vulcani attivi*¹⁷³.

In un'intervista a Greg Grossmeier, stagista per lo sviluppo della comunità presso *Creative Commons*, Cory descrive come vede il rapporto tra il ruolo e il potere crescente del copyright e le persone che usano quelle opere: *“con l'intensificarsi delle guerre per il copyright, ho iniziato a capire che il costo dell'imposizione di un copyright in stile di diritti esclusivi del XX secolo ai singoli utenti delle opere nel XXI secolo avrebbe portato a una drastica riduzione di libertà davvero importanti come la libertà di parola, la libertà di espressione, persino la libertà di riunione e la libertà di stampa. Tutti questi aspetti verrebbero messi a repentaglio dalla guerra del copyright*¹⁷⁴.

L'introduzione del nuovo diritto potrebbe innanzitutto determinare il paradosso di privare i ricercatori della possibilità di riutilizzare, ripubblicare e diffondere liberamente, e ad accesso aperto, le loro stesse opere entro i termini indicati da molteplici raccomandazioni europee e normative internazionali, e ciò anche quando la produzione delle opere fosse stata commissionata e finanziata in tutto o in parte da organismi pubblici, ed il compenso fosse stato corrisposto non dall'editore, ma dagli stessi organismi pubblici. L'attuale possibilità per i ricercatori di pubblicare direttamente in archivi ad accesso libero o tramite pubblicazioni aperte, sotto licenza, verrebbe compressa, in quanto, per qualsiasi attività che il ricercatore volesse intraprendere nell'utilizzo del proprio articolo, vi sarebbe il vaglio aggiuntivo della licenza da parte dell'editore.

Ciò di riflesso verrebbe a limitare anche i consumatori della possibilità di fruire di pubblicazioni che, per la volontà del proprio autore, sarebbero state diffuse liberamente e condivise in modalità prestabilite, con il conseguente, indiretto, ostacolo alla crescita e all'innovazione, a detrimento della condivisione della conoscenza che in Europa è un fattore di grande positività per l'evoluzione sociale e culturale. Ci si domanda a questo punto come si possa praticare e predicare la "scienza aperta" senza rendere maggiormente flessibile il Copyright nel contemperamento delle altre libertà fondamentali.

Tra le altre zone d'ombra vi sarebbe il timore che il nuovo diritto possa ostacolare il ricorso alle eccezioni e limitazioni con finalità di studio e ricerca come previste dalla direttiva 2001/29. Per tutte si pensi all'eccezione prevista per gli usi didattici e le finalità

¹⁷³ C. Doctorow, biografia pubblicata sul sito *“Creative Commons”* del 2006, https://wiki.creativecommons.org/wiki/Case_Studies/Cory_Doctorow

¹⁷⁴ *Ibidem*.

scientifiche, e ciò tanto più che allo stato non è chiaro se il nuovo diritto debba o meno considerarsi soggetto allo stesso regime di eccezioni previste per il diritto d'autore.

L'impatto appare dunque fortemente negativo, dato il rischio di compressione dei diritti di citazione e delle eccezioni relative alla riproduzione di articoli di attualità e la riproduzione di opere e materiali protetti in contesti di attualità e ricerca scientifica.

Anche con riferimento all'"equo compenso" derivante da eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi, si aprirebbe un problema per gli autori che intendessero pubblicare in libero accesso con licenze aperte, poiché i loro editori resterebbero titolari di un autonomo diritto connesso sull' "equo compenso" derivante dalle riproduzioni o dalla copia privata. All'evidenza ci si troverebbe dinanzi ad una artificiosa architettura di tutele che nel sovrapporsi si ostacolerebbero vicendevolmente, impattando di fatto sulla diffusione dei prodotti scientifici¹⁷⁵.

La maggior parte degli esperti di diritto d'autore sarebbe probabilmente d'accordo sul fatto che duplicare un libro parola per parola non è un uso corretto. Ma alcuni osservatori ritengono che lo *scraping* di libri e altri contenuti per la formazione dei “modelli linguistici di grandi dimensioni” (o LLM, che alimentano gli strumenti di IA per la generazione di testi e sono addestrati su contenuti che sono stati ricavati dal *web* senza il consenso degli autori) sia probabilmente protetto dall'eccezione del *fair use* o, almeno, che dovrebbe esserlo¹⁷⁶.

Stabilire se l'addestramento degli LLM su testi protetti da copyright possa essere considerato un uso corretto può essere difficile anche per gli esperti, non solo perché l'intelligenza artificiale è complicata, ma anche perché il concetto di *fair use* lo è. Secondo una sentenza della Corte Suprema del 1990, la dottrina era inizialmente intesa a controbilanciare le decisioni prese nell'ambito del Copyright Act del 1976 che avrebbero potuto inavvertitamente “soffocare proprio la creatività per cui quella legge era stata concepita”. L'Ufficio statunitense per il diritto d'autore fa notare che la legge elenca alcuni tipi di attività, come la critica, il commento e l'informazione, come esempi che si

¹⁷⁵ V. Falce – M.L. Bixio, *Verso un nuovo diritto connesso a favore degli editori on line. Brevi note su recenti derive (iper)-protezionistiche*

¹⁷⁶ M. Ingram, *An AI engine scans a book. Is that copyright infringement or fair use?*, in *Columbia Journalism Review*, October 26, 2023

qualificano per l'esenzione dalla violazione del diritto. Ma i giudici che decidono su questi casi devono prendere in considerazione quattro fattori distinti e in alcuni casi in competizione tra loro: lo scopo dell'uso e se è “trasformativo”, la natura dell'opera protetta da copyright, la quantità di opera utilizzata e l'effetto dell'uso sul mercato dell'originale. È più probabile che i tribunali ritengano che gli usi non a scopo di lucro siano equi, ma l'Ufficio per il diritto d'autore fa notare che ciò non significa che *tutti* gli usi non a scopo di lucro siano equi e che tutti gli usi commerciali non lo siano. Inoltre, mentre è più probabile che l'uso di brevi estratti di opere originali sia equo, alcuni tribunali hanno ritenuto equo l'uso di un'intera opera se tale uso è considerato trasformativo, ossia se ha aggiunto qualcosa di significativamente nuovo o ha utilizzato l'opera in modo diverso da quello inizialmente previsto. Per quanto riguarda l'IA, il cuore della questione è il dibattito su cosa faccia esattamente un LLM. Copia interi libri per riprodurli? O semplicemente aggiunge le parole di quei libri al suo *database*, per rispondere a domande e generare nuovi contenuti?

Matthew Sag, professore di diritto alla Emory University, ha dichiarato a una sottocommissione del Senato degli Stati Uniti che, tecnicamente, i motori di intelligenza artificiale non copiano le opere originali, ma piuttosto le “digeriscono”, per imparare come funziona il linguaggio umano. Piuttosto che pensare a un motore di intelligenza artificiale che copia un libro “come uno scriba in un monastero”, Sag ha detto che ha più senso pensare che impari dai dati, come farebbe uno studente. Joseph Paul Cohen, direttore di un servizio di *file-sharing* chiamato Academic Torrents, ha dichiarato di recente a Wired che i grandi autori di solito leggono i libri che li hanno preceduti. “*Sembra strano che ci si aspetti che un autore di IA legga solo opere con licenza aperta*”, afferma Cohen.

Se consideriamo gli LLM come una semplice aggiunta di contenuti a un *database* al fine di generare risultati migliori per gli utenti, questo sembrerebbe molto simile a come funzionano i motori di ricerca come Google. Google ha vinto due importanti cause sul copyright che sembrano rilevanti per il dibattito sull'IA. Nel 2006, l'azienda è stata citata in giudizio da *Perfect 10*, un sito di intrattenimento per adulti che sosteneva che Google avesse violato i suoi diritti d'autore generando foto in miniatura dei suoi contenuti; il tribunale ha stabilito che fornire immagini in un indice di ricerca era “fondamentalmente diverso” dalla semplice creazione di una copia e che, così facendo, Google aveva fornito “un beneficio significativo al pubblico”. Nell'altro caso, la *Author's Guild*,

un'organizzazione professionale che rappresenta gli interessi degli scrittori, ha citato in giudizio Google per aver scansionato più di venti milioni di libri e aver mostrato brevi frammenti di testo quando le persone li cercavano. Nel 2013, un giudice ha stabilito che il comportamento di Google costituiva un uso equo in quanto trasformativo.

Come osserva Alex Reisner in *The Atlantic*, alcuni osservatori temono che l'indicizzazione dell'IA modifichi gli incentivi dell'attuale sistema di copyright. Se un programma di intelligenza artificiale è in grado di estrarre le opere protette da copyright e di produrre qualcosa di simile, gli artisti potrebbero essere meno propensi a creare nuove opere.

Per quanto riguarda l'IA e il diritto d'autore in generale, Mehtab Khan, avvocato e studioso di diritto presso il Berkman Klein Institute di Harvard, ha affermato che la chiave è trovare *“un equilibrio che permetta al pubblico di avere accesso alle informazioni, ma che affronti anche alcune delle ansie che gli artisti e le industrie creative hanno riguardo all'utilizzo delle loro parole senza consenso e senza compenso”*.

b) L'attuazione della Direttiva 2019/790 negli altri Stati membri

Il termine per gli Stati membri al fine di implementare la Direttiva nel diritto domestico è scaduto in data 7 giugno 2021. Nella maggior parte degli Stati l'*iter* legislativo ha avuto inizio, senza tuttavia essersi concluso, entro tale scadenza. Con le sole eccezioni di Paesi Bassi, Ungheria, Germania e Malta, che avevano adottato i rispettivi atti legislativi prima del termine, la Commissione europea, in data 26 luglio 2021, ha inviato lettere agli Stati dell'Unione europea iniziando quindi le procedure di violazione del diritto dell'Unione europea e richiedendo risposte entro il 26 settembre 2021.

Considerata la complessità della materia affrontata e le distanze nelle posizioni dei singoli Paesi, tenuto altresì conto dei ritardi verificatosi nella definizione degli orientamenti per l'attuazione dell'art. 17, documento la cui pubblicazione era annunciato dalla Commissione europea per il febbraio 2021¹⁷⁷, non poteva escludersi il rischio di un eventuale ritardo nell'implementazione, rischio ulteriormente aggravato dallo stato pandemico. Incertezze per l'*iter* attuativo della Direttiva derivavano anche dall'attesa per

¹⁷⁷ Commissione europea, *Notizie giornaliera - Copyright: Commission calls on Member States to comply with EU rules on copyright in the Digital Single Market*, 26.07. 2021

la decisione della Corte di giustizia: la decisione sul ricorso proposto dalla Polonia, ma anche la decisione nell'ultimo caso Youtube sono di sicura rilevanza per le misure attuative.

Sebbene una valutazione definitiva appaia allo stato prematura, è possibile affermare che gli Stati membri che si sono espressi in maniera favorevole all'adozione della Direttiva tendano a preferire un approccio attuativo volto ad un'adesione quasi letterale al testo della Direttiva. Esaminando le proposte attuative degli Stati membri che avevano votato contro l'adozione della Direttiva si può riscontrare invece una tendenza opposta.

c) La rimozione della sezione Google “News”¹⁷⁸

L'attività svolta dai c.d. aggregatori di notizie¹⁷⁹ consiste nello sfruttare la facilità di reperimento e catalogazione delle informazioni in modo da spaccettare e riaggregare contenuti informativi prodotti dagli editori, lasciando agli utenti la possibilità di personalizzare la propria esperienza informativa.

Si potrebbe sostenere che gli aggregatori offrano un servizio tradizionale, quello di rassegna stampa¹⁸⁰, attraverso tecniche nuove che ne permettono l'adattabilità sulla base delle preferenze, in alcuni casi dei soli parametri di ricerca, di ciascun singolo utente.

In termini estremamente sintetici e semplicistici, i titolari di siti *web* vengono remunerati sulla base del numero di utenti che visualizzano i messaggi pubblicitari presenti su ciascuna pagina¹⁸¹.

Ciò detto, si comprende come i portali nell'offrire il contenuto informativo all'utente attraverso le proprie pagine¹⁸² pregiudichino la possibilità che gli utenti arrivino alla fonte del contenuto e, dunque, che l'editore possa ottenere quel ritorno economico attraverso il meccanismo pubblicitario descritto.

Viceversa, i diffusori, come Google News, riproponendo un modello analogo a quello tipico dei motori di ricerca si limitano a evidenziare la presenza di contenuti informativi

¹⁷⁸ F. Di Tano, *Diritto d'autore e aggregatori di notizie online: spunti dal caso Federazione Italiana Editori Giornali vs. Google News Italia*, in *Cyberspazio e diritto* 2011, Vol. 12, n. 2, pp. 193-220

¹⁷⁹ Agcom, *Indagine conoscitiva su informazione e internet in Italia, modelli di business, consumi, professioni*, di cui alla delibera n. 146/15/CONS

¹⁸⁰ G. Mari, *Rassegne stampa digitali e 11 parole d'autore*, in *Il Diritto d'autore*, 2009, 4, pp. 640-652

¹⁸¹ A. Stazi, *La pubblicità commerciale online*, Milano, Giuffrè, 2004

¹⁸² G. M. Riccio, *Concorrenza sleale e tutela dei consumatori nelle reti telematiche*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informazione*, 2006, pp. 307-333

sui siti delle testate mediante *snippets* (brevi estratti di articoli di giornale) e collegamenti ipertestuali (*link*) rinviando gli utenti alla fonte e, dunque, senza “distrarre” il traffico pubblicitario creato dalla notizia.

Certo, non di meno, deve osservarsi come anche tali aggregatori-diffusori beneficiano di detto rilancio poiché pur non trattenendo l’utente remunerano il servizio offerto gratuitamente mediante il traffico generato dal passaggio sulle proprie pagine¹⁸³.

Gli aggregatori tutti, infatti, secondo la ricostruzione prospettata, pregiudicherebbero il diritto degli editori di condividere il valore ulteriore generato su Internet dalla propria attività di produzione di *news*, pur potendo percepire i ricavi della raccolta pubblicitaria realizzata attraverso le pagine dei propri siti *web*.

Ai procedimenti aperti dalle autorità di regolazione si sono affiancate negli anni diverse azioni legali promosse dalle associazioni di categoria degli editori volte ad ottenere il riconoscimento di una quota parte dei ricavi maturati dagli aggregatori rivolte, nella maggior parte dei casi, avverso il solo servizio Google News.

Se da un lato, dunque, risulta evidente come sussista in capo agli editori il diritto di sfruttare economicamente i prodotti realizzati, deve comprendersi, dall’altro, se, come sostenuto dalla Corte di Bruxelles, gli aggregatori violino il diritto di comunicazione al pubblico¹⁸⁴ di cui all’art. 3, paragrafo 1, direttiva 2001/29/CE oppure tale condotta costituisca semplicemente una “citazione” (e quindi una ipotesi di libera utilizzazione) ai sensi dell’art. 5, comma 3, lett. d), della medesima direttiva.

Per quanto qui di specifico interesse, può osservarsi come sulla nozione di “comunicazione al pubblico” di opere dell’ingegno nelle reti di comunicazione elettronica sono intervenute diverse pronunce della Corte di giustizia, che pare opportuno brevemente richiamare.

Nella sentenza del 13 febbraio 2014, resa nella controversia C-466/12, *Svensson*, la Corte di giustizia ha escluso che potesse configurare un atto di comunicazione al pubblico «*la messa a disposizione su un sito Internet di collegamenti cliccabili verso opere liberamente disponibili su un altro sito Internet*»¹⁸⁵.

¹⁸³ G. Lucchetta, *Is the Google Platform a Two-Sided Market?*, *Journal of Competition Law & Economics*, 2013, p. 185

¹⁸⁴ R. Clarizia, *I giorni telematici*, in *AIDA*, 1998, pp. 149-159

¹⁸⁵ A. Cogo, “*Linking*” e “*framing*” al vaglio della Corte di giustizia dell’Unione Europea, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, pp. 2201-2208

In tale ipotesi non opera, dunque, il diritto del titolare di limitare la comunicazione dell'opera a meno che questa non si rivolga ad un pubblico nuovo, rispetto al quale la comunicazione non è mai stata autorizzata. La Corte di giustizia riconosce, infatti, ai titolari dei diritti d'autore e connessi la possibilità di autorizzare ogni ulteriore comunicazione ad un pubblico nuovo o, comunque, ad un pubblico diverso rispetto a quello individuato nella prima comunicazione dell'opera¹⁸⁶. Si pensi all'ipotesi in cui la prima comunicazione di un'opera sia rivolta al pubblico degli utenti abbonati, mentre una seconda comunicazione sia rivolta alla generalità degli utenti della rete.

Sulla base di tali esperienze la Commissione Europea ha avviato, nell'ambito della Digital Single Market Strategy, una consultazione pubblica relativa all'opportunità di introdurre analoga previsione anche nel diritto europeo con l'evidente intento di procedere ad una sostanziale unificazione¹⁸⁷ dei diritti autoriali c.d. connessi¹⁸⁸ a livello europeo¹⁸⁹.

All'introduzione di tale previsione conseguirebbe, evidentemente, la redistribuzione dei ricavi a favore degli editori che potrebbero, in tal guisa, contare su una ulteriore forma di remunerazione proveniente non dagli utenti, ma dai beneficiari "indiretti" della loro attività commerciale¹⁹⁰.

Una recente diatriba, che ha coinvolto soggetti italiani, dimostra proprio l'elevato grado di conflittualità tra gli interessi opposti a cui si è fatto riferimento. Il problema sollevato dalla Federazione Italiana Editori Giornali non aveva come primario obiettivo quello di tutelare i diritti esclusivi degli associati riguardanti la proprietà intellettuale, bensì mirava alla repressione di un asserito comportamento anticoncorrenziale tenuto da Google News. Dalla trattazione di tale vertenza, però, Antitrust ha approfittato per adottare un'iniziativa propositiva ed esortare il legislatore italiano a rinnovare l'attuale disciplina di settore sul diritto d'autore e sui contenuti digitali.

¹⁸⁶ CGUE 7 marzo 2013, C-607/11, *ITV Broadcasting*

¹⁸⁷ CEPS, *Should we tax the Internet? – Comments on ancillary copyrights for press publishers*

¹⁸⁸ V. Falce, *La modernizzazione del diritto d'autore*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 68

¹⁸⁹ Testo presentato dall'Accademia Italiana del Codice di Internet alla consultazione aperta dalla Commissione Europea in materia

¹⁹⁰ D. Mula, *Distribuzione digitale di singole testate ed edicole virtuali. Il caso Google News, forme di remunerazione e diritti*, in *Prove di resistenza del diritto d'autore. Modelli di distribuzione delle opere sulle piattaforme digitali. Incontro in memoria di Mario Fabiano*, S. Ercolani a cura di Aracne 2017, pp. 45-61

La Federazione Italiana Editori Giornali rappresenta le aziende editrici di giornali quotidiani e periodici e le agenzie nazionali di stampa.

Su sua segnalazione, in data 26 agosto 2009, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato avviava apposita istruttoria nei confronti di Google Italy S.r.l., per accertare l'eventuale sussistenza di violazioni dell'art. 82 del Trattato CE, contrastante i c.d. abusi di posizione dominante a causa della segretezza dell'algoritmo di indicizzazione di notizie che, secondo l'associazione, falsava il mercato della concorrenza in ambito di pubblicità *online*.

In questo procedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, poi chiuso in seguito ad accettazione di impegni, veniva sottolineato come *“La discrasia tra il sostenimento dei costi della produzione e lo sfruttamento commerciale dei contenuti editoriali online è ancora più significativa in un sistema nel quale, a fronte di una notevole frammentarietà dell'offerta di contenuti, si sono affermati nuovi soggetti nella filiera produttiva in grado di esercitare un notevole potere di mercato e di raccogliere gran parte degli investimenti pubblicitari diretti verso Internet. Forme di riutilizzo ed elaborazione dei contenuti costituiscono un aspetto tipico di internet – sistema reticolare complesso caratterizzato dall'esistenza di una varietà di servizi e prodotti interconnessi da legami di complementarietà – e sono funzionali all'offerta di servizi innovativi. Ciò, tuttavia, attualmente si realizza in un contesto di disequilibrio tra il valore che la produzione di contenuti editoriali genera per il sistema di internet nel suo complesso e i ricavi che gli editori online sono in grado di percepire dalla propria attività, con il rischio che risulti compromesso il funzionamento efficiente dello stesso sistema”*.

L'art. 82 Trattato CE dispone *“È incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:*

- a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque,*
- b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori,*

- c) *nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza,*
- d) *nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi”.*

Successivamente, Antitrust deliberava ampliamenti dell'istruttoria, da un punto di vista dell'oggetto, alle condotte relative alla mancanza di trasparenza e di verificabilità dei corrispettivi spettanti agli editori affiliati al programma AdSense, e, da un punto di vista soggettivo, anche nei confronti di Google Inc. e Google Ireland Limited.

Prima facie, l'Autorità contestava a Google di aver vincolato gli editori alla scelta di permettere l'indicizzazione dei propri contenuti nell'ambito del servizio Google News, oppure, in caso contrario, essere costretti a rinunciare all'indicizzazione su tutti i servizi di Google, ivi compreso quello principale di motore di ricerca. Oltre a ciò, veniva anche mossa la contestazione di non garantire trasparenza e verificabilità dell'attività svolta da Google riguardo alla *revenue-sharing* spettante agli editori affiliati al programma AdSense.

Il concetto di *revenue-sharing* è squisitamente economico: con esso si fa riferimento, genericamente, a qualsiasi metodo di ricavo condiviso. Su Internet, viene utilizzato in genere riguardo ai servizi di pubblicità *online* (ad immagini, testi, o quant'altro) per calcolare e spartire i compensi di coloro che ospitano, sulle proprie pagine *web* (sempre che il titolare del sito di appartenenza lo permetta), gli annunci pubblicitari. Il meccanismo è semplice: *network* o portali di informazione consentono ai profili affiliati (blogger, redattori, ecc.) di inserire, nei propri articoli, annunci pubblicitari (come, ad esempio, AdSense di Google). Statisticamente, più l'articolo è di qualità, maggiore traffico si avrà sulla pagina, e conseguentemente più *click* sugli annunci. In base agli accordi presi con l'affiliato, poi, una percentuale dei relativi guadagni andrà proprio all'editore, titolare del portale. Ad ogni modo, quand'anche non fosse prevista una spartizione di tali introiti, il singolo affiliato rimane comunque invogliato a scrivere articoli di qualità per guadagnare in via esclusiva dai propri annunci, mentre l'editore, a sua volta, ha interesse a favorire ciò per ottenere maggiori visite al proprio *network* e, dunque, maggiori guadagni con le visualizzazioni alle sue pubblicità.

Nelle more del procedimento, ad ogni modo, Google si era assunto l'impegno di consentire agli editori, mediante appositi strumenti, di escludere i propri contenuti dal servizio Google News senza subire al contempo alcun sacrificio nell'ambito del servizio di indicizzazione del motore di ricerca e di garantire agli stessi editori la possibilità di ottenere maggiori informazioni sulle *revenue* percepite attraverso il circuito pubblicitario AdSense¹⁹¹.

L'Antitrust, nell'osservazione sulla disciplina della proprietà intellettuale che ha seguito, in data 17/01/2011, la chiusura del procedimento, ha infatti rilevato “*una generale criticità in ordine alla valorizzazione dell'attività degli operatori che producono contenuti editoriali online, ai quali non è riconosciuta un'adeguata remunerazione per lo sfruttamento economico delle proprie opere da parte di soggetti terzi*”¹⁹². Viene aggiunto, ulteriormente, che gli editori non sono posti nelle condizioni di poter godere del «*valore ulteriore generato su Internet dalla propria attività di produzione di informazione*»¹⁹³, la quale viene sfruttata da terzi anche a scopo di lucro.

In sostanza, l'Autorità ha evidenziato come tale fenomeno comporti grossi squilibri tra l'effettivo valore apportato alla rete estesa dai contenuti informativi prodotti e disillusi dagli editori e i ricavi che questi ultimi siano in grado di percepire in concreto per tale attività. Con la conseguenza che, posto tale disincentivo economico *de facto*, a repentaglio sarebbe proprio il funzionamento e lo sviluppo del sistema stesso di produzione e pubblicazione di notizie *online*.

Se l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato non ha, con specificità, individuato una o più soluzioni alternative o complementari per far fronte al problema della tutela *online* dei diritti esclusivi degli editori, un'altra Autorità indipendente è, invece, intervenuta con maggiore approfondimento sulla questione, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

Quest'ultima ha dapprima predisposto e portato a termine, pubblicandola in data 12 febbraio 2010, un'indagine conoscitiva di ampio respiro¹⁹⁴, avente ad oggetto il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, gli aspetti tecnici delle violazioni del diritto d'autore, l'impatto economico delle stesse, il c.d. *benchmarking* (il confronto tra le

¹⁹¹ G. Scorza, *Antitrust: Fieg vs. Google News 0-1*, Daily Wired, 10/03/2011

¹⁹² AGCM, *Tutela dei contenuti editoriali su Internet*, 03/04/2011

¹⁹³ *Ibidem*

¹⁹⁴ Indagine conoscitiva dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, *Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*, 03/04/2011

varie normative internazionali a tutela del diritto d'autore) ed infine le possibili azioni a tutela del diritto d'autore da parte dell'Autorità.

Innanzitutto, si è fatto riferimento allo strumento della fiscalità generale in grado di remunerare i titolari dei diritti mediante tributi. Un differente approccio, simile a quello appena accennato, prevede, invece, l'introduzione di una causa di scopo diretta ad attribuire un equo compenso ai titolari dei diritti per le varie attività liberalizzate. È stato proposto¹⁹⁵, ad esempio, di far sottoscrivere agli utenti contratti per i servizi di accesso ad Internet contemplanti una sorta di licenza, che, in cambio di una maggiorazione del prezzo, renderebbe immuni i fruitori dalle conseguenze delle violazioni del diritto d'autore compiute a mezzo *file sharing*.

Le somme corrispondenti alla maggiorazione del costo di abbonamento andrebbero poi a finanziare un fondo destinato a sostenere l'industria della proprietà intellettuale, in cambio della liberalizzazione dell'accesso alle opere protette.

Come prima via, si è parlato della c.d. licenza obbligatoria, in virtù della quale i gestori collettivi sono tenuti *ex lege* a rinunciare alla propria privativa sui diritti di utilizzazione delle opere e a negoziare con gli utenti il corrispettivo richiesto per l'accesso e la fruizione delle opere. Nei fatti, come ha sintetizzato l'Autorità, «verrebbe imposta una liberalizzazione dei sistemi di licenze collettive»¹⁹⁶, che però confliggerebbe con i diritti esclusivi di messa a disposizione del pubblico e soprattutto di riproduzione dell'opera, che spettano, com'è noto, al solo autore della stessa.

Si opererebbe, dunque, una riduzione del diritto esclusivo in un diritto a compenso.

In verità, ben sarebbe possibile, ai sensi dell'art. 5, commi 2 e 3 della Direttiva Europea 2001/29/CE, introdurre nella disciplina nazionale un'eccezione ai diritti di riproduzione e comunicazione, la quale vada a consentire ai *netizens* di usufruire, riprodurre e condividere liberamente le opere presenti sul *web*. L'ostacolo, però, che si porrebbe dinanzi e si dimostrerebbe difficilmente sormontabile, è rappresentato dal c.d. "Three-Step Test"¹⁹⁷, ovverosia i limiti imposti dall'art. 5, comma 5, della medesima direttiva: le eccezioni a tali diritti, infatti, possono essere applicate esclusivamente in casi speciali, i

¹⁹⁵ S. Gordon, *How Compulsory License For Internet Might Help Music Industry Woes*, 03/04/2011

¹⁹⁶ Indagine conoscitiva dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, *Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*, 03/04/2011

¹⁹⁷ T. Margoni, *Il Three-Step Test nel diritto d'autore: tra necessità di bilanciamento e mancanza di ragionevolezza*, Centro NEXA per Internet e la Società, Politecnico di Torino, 03/04/2011

quali non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare.

Il rischio è, tuttavia, quello di gravare la circolazione lecita delle informazioni di un vero e proprio “dazio” che scoraggi la fornitura di servizi specializzati di ricerca e reperimento delle *news* con conseguente rallentamento della circolazione delle informazioni presenti sul *web*. Ciò che potrebbe, in altri termini, realizzarsi è la chiusura dei servizi di aggregazione-diffusione delle informazioni, le quali risulterebbero comunque accessibili, senza balzelli di sorta, attraverso i tradizionali motori di ricerca che, tuttavia, attingono i loro risultati non da una platea selezionata di fonti, ma dall'intera rete. Ciò ovviamente a meno di non ipotizzare l'introduzione di una ‘*Google Tax*’ europea che miri a colpire tutte le attività di *linking* e di indicizzazione, prospettiva che appare quanto mai irrealizzabile¹⁹⁸.

Ciò potrebbe rendere, indubbiamente, più complesso l'esercizio della libertà di informarsi che, paradossalmente, proprio dall'evoluzione delle tecnologie telematiche ha tratto la propria essenza¹⁹⁹.

Il rischio concreto che pare possa essere ricavato è che gli aggregatori-diffusori possano essere indotti a chiudere i loro servizi, senza offrire la necessaria soluzione al problema dell'illecito sfruttamento dei contenuti informativi e a detrimento dei diritti patrimoniali dei legittimi titolari, trattenendo gli utenti su altre pagine al fine di ottenere maggiori guadagni dagli spazi pubblicitari.

Il problema della redistribuzione dei ricavi realizzati in rete non pare, infatti, trovare soluzione nel riconoscimento di un nuovo diritto, quanto piuttosto nella più efficace tutela dei diritti già previsti.

i. Francia

a. I primi tentativi di protezione giuridica degli editori

¹⁹⁸ V. Falce, *Link e citazioni a rischio. Si va verso un ancillary copyright a favore degli editori? Speriamo di no*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 28 maggio 2016

¹⁹⁹ P. Costanzo, *Motori di ricerca: un altro campo di sfida tra logiche del mercato e tutela dei diritti*, in *Diritto dell'Internet*, 2006, pp. 545-549

La strada intrapresa in Francia è consistita prevalentemente nella promozione di azioni giudiziarie nei confronti dei più importanti *player* nel panorama dei prestatori di servizi della società dell'informazione, uno su tutti Google, volti all'accertamento della violazione dei diritti d'autore spettanti agli editori. Tali iniziative si sono risolte nella maggior parte dei casi nel raggiungimento di accordi transattivi che impegnavano Google a finanziare un certo numero di editori (si è trattato di una somma pari a 60 milioni di Euro) da investire per migliorare ed intensificare la presenza sul *web* dei contributi giornalistici degli stessi editori, nonché a beneficiare questi ultimi con condizioni vantaggiose per la fruizione dei servizi e della tecnologia di *online advertising* offerti dalla stessa Google^{200 201 202}.

b. L'attuazione della Direttiva Copyright

A soli quattro mesi dall'approvazione della Direttiva, ovvero in data 24 luglio 2019, la Francia, da sempre una delle forze trainanti della riforma, ha adottato la legge n. 2019-775 "*per la creazione di un diritto connesso [al diritto d'autore] sul beneficio delle agenzie di stampa e degli editori*", in attuazione dell'art. 15 della Direttiva. Il 24 ottobre 2019, decorsi quindi solo tre mesi dalla sua adozione, la legge è entrata in vigore. Si trattava tuttavia di un'attuazione solo parziale, limitata come si è visto all'art. 15. Anche successivamente, il legislatore francese ha adottato un approccio selettivo, provvedendo all'attuazione di un altro capitolo critico della Direttiva, quello relativo alla responsabilità delle piattaforme *online*. Manca invece una disciplina completa che concerna tutte le norme contenute nella Direttiva stessa, così che in effetti non si può ritenere che la Francia abbia adempiuto all'obbligo di adottare la Direttiva nei tempi previsti.

Per quanto riguarda l'attuazione dell'art. 15 della Direttiva, optando per un approccio organico, il legislatore francese ha inserito il nuovo diritto connesso all'interno del Codice della Proprietà Intellettuale francese. Da sempre anche uno dei più fermi sostenitori di un forte diritto connesso degli editori, la Francia ha implementato un meccanismo per limitare l'ambito di applicazione delle eccezioni previste dall'art. 15 per i cosiddetti

²⁰⁰ V. Falce-M.L. Bixio, *Verso un nuovo diritto connesso a favore degli editori online. Brevi note su recenti derive (iper)-protezionistiche*, pp. 4 ss., in *Diritto Mercato Tecnologia*

²⁰¹ M. Ricolfi, *La tutela delle pubblicazioni giornalistiche in caso di uso online*, in *AIDA*, 2019, p. 36

²⁰² EU COMMISSION, *Staff working document impact assessment on the modernization of EU copyright rules*, Annex 13C, 14 settembre 2016, p. 195 ss.

snippets. Uno degli strumenti di particolare importanza per far valere il diritto connesso degli editori in Francia è il diritto antitrust: in data 12 luglio 2021 l'autorità antitrust francese, con una decisione ancora non definitiva, ha sanzionato l'azienda statunitense Google per non aver rispettato le sue decisioni su come condurre le trattative con gli editori²⁰³.

Anche per quanto riguarda la tematica della responsabilità delle piattaforme, la Francia è stata tra i primi Stati ad avviare l'attuazione e a presentare una bozza attuativa. Inizialmente, con una proposta del Ministero della Giustizia francese del 5 dicembre 2019, era stata ipotizzata l'adozione di una legge che avrebbe aggiunto un nuovo titolo al codice di proprietà industriale. Durante il processo legislativo - anche a causa dello status di emergenza pandemica - è stata aggiunta una nuova delega al governo per regolare determinati aspetti tramite l'adozione di un decreto attuativo.

In data 13 maggio è stata pubblicata l'ordinanza n. 2021-580 del Ministero della Cultura, ordinanza che recepisce l'art. 2, paragrafo 6, e gli articoli da 17 a 23 della Direttiva²⁰⁴. In linea con le posizioni assunte durante l'*iter* legislativo e durante la determinazione degli orientamenti da parte della Commissione, l'ordinanza ripete, in molte parti, il testo della Direttiva e l'approccio è quindi sostanzialmente quello di una implementazione letterale, esempio seguito anche da altri Stati.

c. Le sanzioni irrogate a Google dall'Autorità Antitrust francese

È utile guardare a quanto è accaduto in Francia, dove - diversamente dall'approccio "autocritico" con cui il TAR del Lazio aveva sospeso la disciplina nazionale sottoponendola al vaglio della Corte di Giustizia Europea - non solo non c'è stato alcun rinvio alla Corte UE, ma sulla legge nazionale francese (legge 2019-775 del 24 luglio 2019 volta a creare un diritto di prossimità a beneficio delle agenzie di stampa e degli editori) è già intervenuta l'autorità antitrust con due pronunce consecutive (2020 e 2021) al fine di sanzionare Google per abuso di posizione dominante.

Le misure cautelari e sanzionatorie adottate dall'autorità antitrust francese riguardano le modalità di attuazione da parte di Google della suddetta legge 2019-775, che recepisce

²⁰³ ANSA, *Francia: Google ricorre in appello su maxi-multa da 500 mln*, 1.09.2021

²⁰⁴ Ordinanza 12 maggio 2021, n. 580 del Ministero della Cultura, JORF n. 0111 del 13.05.2021

nell'ordinamento francese l'articolo 15 della direttiva n. 2019/790 del 17 aprile 2019 sul diritto d'autore e i diritti connessi nel mercato unico digitale, ed è appunto volta a creare le condizioni per una negoziazione equilibrata tra editori, agenzie di stampa e servizi di comunicazione pubblica *online*, al fine di ridefinire la condivisione del valore tra questi attori.

Tuttavia, per ottemperare alla legge, Google aveva deciso unilateralmente che non avrebbe più visualizzato estratti di articoli, fotografie e video dei suoi vari servizi, a meno che gli editori non avessero concesso il permesso di farlo gratuitamente.

Nella decisione sulle misure provvisorie, l'Autorità ha quindi ritenuto che le pratiche in questione potessero costituire un abuso di posizione dominante.

Pertanto, la Commissione ha emesso sette ingiunzioni nella decisione sulle misure provvisorie al fine di riequilibrare il bilanciamento di potere tra i vari operatori della stampa e le piattaforme digitali e di definire un quadro negoziale imperativo adattato alle circostanze del caso. Le ingiunzioni imponevano a Google - tra gli altri - gli obblighi di avviare trattative in buona fede con gli editori e le agenzie di stampa che lo desiderino (per un periodo di tre mesi dalla data della richiesta dell'editore o dell'agenzia di stampa); di comunicare le informazioni necessarie per una valutazione trasparente della remunerazione prevista dall'articolo L. 218-4 del Codice della Proprietà Intellettuale.

La risposta di Google, come prevedibile, è stata accolta dagli editori francesi come una vera e propria dichiarazione di guerra, tanto da ritenere necessario l'immediato coinvolgimento dell'Autorità Antitrust nazionale.

Google ha giustificato la sua posizione spiegando che, solo in Europa, è responsabile di oltre 8 miliardi di visite al mese ai siti *web* degli editori di stampa, il che rappresenta più di 3.000 visite al secondo. Gli editori possono così attirare un nuovo pubblico e aumentare il loro fatturato attraverso la pubblicità e gli abbonamenti²⁰⁵.

Il suo modello economico si basa principalmente sull'interazione tra i servizi forniti gratuitamente agli utilizzatori e la possibilità di accedere ai dati personali degli internauti.

²⁰⁵ B. Spitz, *Press Publishers'right: the French Competition Authority orders Google to negotiate with the publishers*, 14 aprile 2020, in *Kluwer Copyright Blog*

Per attirare il maggior numero di visitatori sulla propria piattaforma, Google pubblica dei contenuti strettamente collegati ai fatti di attualità mirati in base ai dati personali raccolti durante la navigazione da parte degli utenti della rete Internet²⁰⁶.

Ed infatti, con due ricorsi presentati all'*Autorité de la Concurrence* il 15 e 19 novembre 2019, una serie di organizzazioni e associazioni rappresentative degli interessi degli editori e delle agenzie stampa ha domandato all'Antitrust di statuire se la condotta di Google potesse integrare non tanto una violazione della Direttiva, o comunque della normativa applicabile in materia di diritto d'autore, quanto un illecito concorrenziale, nello specifico l'illecito di abuso di posizione dominante. Secondo gli editori francesi, infatti, la "minaccia" paventata da Google non si esauriva nel fatto che per eludere l'obbligo di compensazione degli editori la società americana si sarebbe limitata all'utilizzo di piccoli estratti delle pubblicazioni da riprodurre. Sembra infatti che Google abbia anche ipotizzato che in assenza di una rinuncia, da parte degli editori, al diritto connesso ed al compenso che ne deriva, i singoli contributi giornalistici avrebbero altresì subito importanti deindicizzazioni sul motore di ricerca "Google Search", e dunque una minore visibilità al pubblico.

Con la decisione del 9 aprile 2020, successivamente confermata dalla Corte d'Appello di Parigi in data 8 ottobre 2020, l'*Autorité de la Concurrence* ha accolto i ricorsi e ordinato in via cautelare a Google di avviare delle trattative eque con editori e agenzie stampa. L'Autorità francese ha infatti ritenuto che il rifiuto a negoziare frapposto da Google integrasse una forma di abuso di posizione dominante, vietato dagli artt. 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea ("TFUE"), dal momento che la condotta di Google si era rivelata idonea a: i) sfruttare il carattere astrattamente rinunciabile del nuovo diritto connesso per imporre sistematicamente un principio di non remunerazione per le attività di riproduzione e comunicazione al pubblico dei contributi protetti da tale diritto, senza alcuna possibilità di negoziazione; ii) rifiutare di comunicare ai titolari del nuovo diritto connesso (o ai loro rappresentanti) le informazioni necessarie per la determinazione del corrispettivo loro dovuto ai sensi della normativa; iii) limitarsi alla riproduzione, sulle proprie, piattaforme, dei titoli per intero degli articoli di giornale nella

²⁰⁶ Trevisi C., *Il nuovo diritto connesso a beneficio delle agenzie di stampa e degli editori. La protezione ricercata dell'art. 15 Direttiva (UE) 2019/790 e la prima applicazione europea: il caso francese*, in *medialaws.eu*, 13 ottobre 2020

erronea convinzione che detta forma di riproduzione non richiedesse alcuna preventiva autorizzazione da parte del titolare del diritto connesso.

Sulla base di tali premesse l'Antitrust francese ha dunque ordinato a Google non solo, come visto, di intavolare con gli editori delle trattative secondo buona fede, ma anche di non far leva, per ottenere condizioni più favorevoli, sul potere di deindicizzazione sui propri motori dei contributi coperti dal diritto connesso²⁰⁷.

L'Autorità ha osservato che il comportamento di Google, nel contesto di una grave crisi del settore della stampa, rischia di privare gli editori e le agenzie di stampa di una risorsa essenziale per garantire la sostenibilità delle loro attività.

L'Autorità ha quindi ordinato a Google:

- di negoziare in buona fede con gli editori e le agenzie di stampa che ne facciano richiesta, secondo criteri trasparenti e non discriminatori, precisando che tali negoziati copriranno retroattivamente il periodo successivo all'entrata in vigore della legge n. 2019-775, ossia il 24 ottobre 2019;
- condurre le trattative entro tre mesi dalla richiesta di un editore di stampa o di un'agenzia di stampa di avviare le trattative e fornire le informazioni di cui all'articolo L. 218-4 IPC agli editori e alle agenzie di stampa;
- fornire all'Autorità relazioni mensili sul rispetto della decisione.

Inoltre, l'Autorità ha stabilito che l'indicizzazione, la classificazione e la presentazione dei contenuti protetti utilizzati da Google nei suoi servizi non devono essere influenzati dai negoziati.

La Corte di appello di Parigi si è pronunciata sul ricorso promosso da Google avverso la decisione dell'Antitrust francese del 9 aprile 2020, con cui era stato riconosciuto l'abuso di posizione dominante da parte del noto motore di ricerca per aver di fatto negato l'operatività del nuovo diritto connesso introdotto dall'art. 15 della direttiva 2019/790.

Nel caso concreto, la fornitura di servizi di ricerca generalisti (o generali) costituisce un'attività economica e un mercato rilevante che va distinto da quello dei siti che forniscono contenuti e dal mercato dei *social media*. I giudici francesi precisano inoltre che i servizi offerti da Google non hanno quale unico destinatario gli utenti di Internet bensì si rivolgono agli inserzionisti pubblicitari e ai fornitori di contenuti nei confronti

²⁰⁷ B. Spitz, *Press Publishers'right: the French Competition Authority orders Google to negotiate with the publishers*, 14 aprile 2020, in *Kluwer Copyright Blog*

dei quali Google opera come una piattaforma che genera audience. La Corte di appello concorda con quanto affermato in precedenza dall'antitrust francese e cioè che i motori di ricerca propongono un servizio specifico che consiste nel classificare differenti siti con riferimento ad una tematica di ricerca specifica i cui risultati interessano: (i) colui che effettua la ricerca, (ii) gli inserzionisti che vogliono piazzare i loro prodotti e (iii) i fornitori di contenuti che cercano audience e, dunque, visibilità.

A giudizio della Corte d'appello la legge francese di recepimento del solo art. 15 della direttiva 2019/790 riconosce agli editori e agenzie di stampa un diritto connesso al diritto d'autore. Si tratta di un diritto patrimoniale in base al quale l'autorizzazione all'uso dei contenuti protetti è un requisito fondamentale per poter riprodurre e comunicare al pubblico (in modo totale o parziale) quanto pubblicato. Non si tratta di un diritto ad essere remunerati per l'uso dei contenuti bensì un diritto ad essere interpellati per l'uso che si intende fare dei contenuti protetti (e, quindi, di poter domandare di essere remunerati) oltre ad un diritto alla negoziazione rispetto a tali usi²⁰⁸.

d. Google e l'abuso di posizione dominante²⁰⁹

La tutela del diritto di autore – che in un primo momento potrebbe apparire in contrasto con le norme antitrust – in realtà, nel lungo periodo, non lo è, perché la protezione che riconosce può essere giustificata in termini di efficienza e di competitività globale del mercato.

Google è da quasi dieci anni sotto accusa per violazione della normativa antitrust. A giugno 2017, la Commissione europea ha inflitto all'azienda una sanzione di 2,42 miliardi di euro per abuso di posizione dominante per i servizi di comparazione e shopping di Google Shopping. A luglio 2018, la Commissione europea ha inflitto a Google una sanzione di 4,34 miliardi di euro per pratiche illegali con il sistema operativo Android. A marzo 2019, la Commissione europea ha inflitto a Google una sanzione da 1,49 miliardi di euro per la violazione della normativa antitrust e, in particolare, per abuso di posizione dominante con la piattaforma AdSense nel settore della pubblicità per motori di ricerca.

²⁰⁸ Trevisi C., *Il nuovo diritto connesso a beneficio delle agenzie di stampa e degli editori. La protezione ricercata dell'art. 15 Direttiva (UE) 2019/790 e la prima applicazione europea: il caso francese*, in *medialams.eu*, 13 ottobre 2020

²⁰⁹ I. Ferranti, *Copyright, i problemi irrisolti dopo la Direttiva UE*, 23 gennaio 2020, in *Agenda Digitale*

Ad agosto 2019, la Commissione europea ha messo sotto la lente dell'antitrust il prodotto Google Jobs.

In Francia, Google ha approntato dei cambiamenti relativi al modo in cui i risultati di attualità appariranno sul motore di ricerca, decidendo unilateralmente di imporre le proprie condizioni agli editori francesi, consentendo la scelta fra la rinuncia ai propri diritti o essere relegati nella indicizzazione "minimale" scelta da Google di lasciare apparire solo i titoli degli articoli non protetti dai nuovi diritti connessi.

La posizione di rifiuto di Google apparentemente è legittima, perché la Direttiva 2019/790 prevede, fra l'altro, che i diritti connessi non si applicano all'utilizzo di singole parole o di estratti molto brevi di pubblicazioni di carattere giornalistico (cfr. art. 15 paragrafo 1, quarto comma). Tuttavia, per valutare approfonditamente la legittimità del rifiuto opposto da Google è necessario considerare altresì quanto segue:

1. il Considerando (58) della Direttiva 2019/790 prevede espressamente: *“Tenuto conto della forte aggregazione e dell'utilizzo di pubblicazioni di carattere giornalistico da parte di prestatori di servizi della società dell'informazione, è importante che l'esclusione degli estratti molto brevi sia interpretata in modo da non pregiudicare l'efficacia dei diritti previsti dalla presente direttiva”*;
2. la posizione dominante di Google sul mercato digitale di riferimento;
3. il carattere unilaterale del rifiuto di pagare i diritti connessi e l'eventuale giustificazione dello stesso.

In effetti, il rifiuto opposto da Google di pagare i diritti agli editori francesi sarebbe meno risoluto se nel mercato europeo ci fosse più concorrenza nel mercato di riferimento. Infatti, Google LLC è una società multinazionale che offre un'ampia gamma di prodotti e servizi connessi a Internet, i quali comprendono tecnologie per la pubblicità *online*, strumenti di ricerca, *cloud computing*, *software* e *hardware*. Google è interamente posseduta e controllata da Alphabet Inc. Nel 2018, Alphabet Inc. ha realizzato un fatturato di 136,8 miliardi di dollari, pari a circa 116 miliardi di euro.

In Ue, detenere una posizione dominante non è di per sé illegale ai sensi delle norme antitrust.

Tuttavia, le imprese dominanti - come Google - hanno la particolare responsabilità di non abusare di tale potere limitando la concorrenza nel mercato in cui sono dominanti o in mercati distinti. In sintesi, la normativa antitrust UE mira a preservare il regime concorrenziale nel mercato interno, reprimendo pratiche anticoncorrenziali - cartelli,

abuso di posizione dominante e concentrazioni - che pregiudicano il commercio fra gli Stati membri (artt. 101-109 TFUE). La Commissione europea vigila affinché siano applicati e rispettati i principi fissati negli artt. 101 e 102 TFUE.

La norma non definisce il concetto di abuso di posizione dominante. La prassi della Commissione europea e la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE hanno chiarito che la posizione dominante consiste in una situazione di potere economico grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare il persistere di una concorrenza effettiva nei mercati rilevanti e di agire in maniera significativamente indipendente rispetto ai suoi concorrenti, ai suoi clienti e, in ultima analisi, ai consumatori.

Il mercato rilevante delimita, sotto il profilo merceologico e geografico, l'ambito nel quale si svolge la concorrenza tra le imprese. Nelle ipotesi di abuso di posizione dominante la definizione dei mercati rilevanti è funzionale alla valutazione del potere di mercato dell'impresa in posizione dominante e della portata anticoncorrenziale della condotta di quest'ultima.

A livello mondiale Google controlla circa il 75% delle ricerche *online*, seguita solo dalla cinese Baidu intorno al 9%, più o meno come Bing di Microsoft. In Europa, la quota di Google sale al 90%.

Il mercato è inoltre caratterizzato da notevoli ostacoli all'accesso, tra cui gli ingenti investimenti iniziali e continui necessari per sviluppare e mantenere una tecnologia di ricerca. Google rappresenta, pertanto, un interlocutore di fatto irrinunciabile per tutti coloro che vogliono offrire i propri servizi agli utenti *online*.

La condotta di Google consistente nel rifiuto di pagare agli editori i diritti connessi previsti dalla legislazione UE (e dei singoli Stati membri) è suscettibile di restringere in maniera sostanziale la concorrenza, in quanto l'utilizzo del motore di ricerca appare necessario per poter competere in maniera effettiva nell'offerta ai clienti finali dei servizi; siffatta restrizione determina, in ultima analisi, un danno ai consumatori finali.

e. L'accordo tra Google e gli editori francesi

È sicuramente anche grazie all'intervento dell'Antitrust francese e all'adozione delle misure cautelari sopra descritte se a cavallo tra la fine del 2020 e l'inizio del 2021 sono stati raggiunti importanti accordi economici tra Google Francia e alcuni editori francesi. Di particolare rilievo è la sottoscrizione, nel gennaio 2021, di un accordo quadro triennale

tra Google e l'*Alliance de la presse d'information générale* ("APIG"), un'associazione che rappresenta oltre 300 editori francesi, con il quale Google si è impegnata a trattare per la conclusione di specifici accordi di licenza con i singoli editori all'interno di una cornice negoziale predefinita che impone alla stessa Google di tenere in considerazione, nella determinazione del corrispettivo dovuto ai singoli editori, criteri quali il contributo all'informazione politica e generale, il volume giornaliero delle pubblicazioni e l'audience mensile su Internet.

Si tratta di un evento di notevole importanza, indice di un cambio di posizione della multinazionale statunitense rispetto al nuovo panorama normativo introdotto con la Direttiva, che auspicabilmente contribuirà ad agevolare l'avvio di negoziati analoghi anche in altri Paesi quali l'Italia.

D'altra parte, non può tacersi che quanto sopra non è comunque bastato a frenare le polemiche da parte di numerosi editori ed interpreti francesi, i quali non hanno mancato di rendere pubblica la propria insoddisfazione in merito ai risultati ottenuti, soprattutto da un punto di vista economico.

Quel che viene contestato è che i termini economici concordati all'esito di tali negoziati sarebbero molto al di sotto di quanto gli editori si aspettassero²¹⁰. Le polemiche anzidette hanno inoltre riguardato un altro aspetto, legato al fatto che Google sarebbe riuscita ad ottenere simili condizioni vantaggiose approfittandosi della mancata condivisione con l'APIG dei dati dai quali poter comprendere il profitto generato attraverso la riproduzione dei contributi editoriali protetti, venendo meno tra l'altro a quel dovere di trasparenza prescritto dall'Antitrust transalpina e dalla Corte d'Appello di Parigi con i provvedimenti del 9 aprile e dell'8 ottobre 2020, oltre che, a ben vedere, del nuovo art. L. 218.4 del codice della proprietà intellettuale francese²¹¹.

ii. Germania

a. I primi tentativi di protezione giuridica degli editori

²¹⁰ M. Rosemain, *Exclusive: Google's \$76 million deal with French publishers leaves outlets infuriated*, in *Reuters*, 12 febbraio 2021

²¹¹ U. Furgal, *Press publishers' right: social media enter the stage*, 4 novembre 2021, in *Kluwer Copyright Blog*

La Germania è invece il primo tra i Paesi UE nel quale si è tentato di pervenire ad una soluzione del problema attraverso un intervento normativo: con una legge del 1° ottobre 2013 è stata modificata la normativa allora vigente in materia di diritto d'autore (*Urheberrechtsgesetz*) attraverso l'introduzione di un nuovo articolo, l'87f: con questo si è riconosciuto in capo agli editori *online* un diritto connesso (*Leistungsschutz*) per l'utilizzo, da parte delle piattaforme digitali, di contenuti editoriali protetti, subordinando tale utilizzo al preventivo consenso dei titolari del diritto e dunque degli editori. Tuttavia, il carattere non obbligatorio del compenso (e dunque la sua rinunciabilità da parte del titolare del diritto), unito alla tendenziale posizione dominante dei destinatari della normativa quali Google, hanno nei fatti svuotato di efficacia l'intervento normativo. Quel che si è verificato è infatti che di fronte alla minaccia, da parte di Google, di eliminare (in termini tecnici "deindicizzare") dal proprio motore di ricerca Google Search i riferimenti ai contenuti editoriali oggetto del nuovo diritto connesso, gli editori hanno nella quasi totalità dei casi preferito rinunciare al compenso che sarebbe loro spettato, limitandosi a prestare il loro consenso all'utilizzo dei propri contributi senza conseguire alcun introito supplementare²¹².

Una soluzione come quella tedesca potrebbe avere il vantaggio di fornire un quadro legislativo generale. Mentre questo potrebbe contribuire a ridurre, tra l'altro, i costi di transazione, non è da escludere che questo possa anche avere effetti anticoncorrenziali, ad esempio innalzando le barriere di ingresso per gli operatori più piccoli e le start-up, contribuendo così a consolidare la posizione di mercato degli operatori già affermati come Google.

b. L'attuazione

La Germania era favorevole all'adozione della Direttiva, come dimostrato dalla sua dichiarazione, rilasciata in sede di voto all'interno del Consiglio europeo. Tuttavia, aveva anche annunciato che nella propria attuazione avrebbe interpretato il testo della Direttiva. Al fine di implementare il diritto connesso degli editori e l'eccezione per l'estrazione di testo e data, il Ministero della Giustizia tedesco ha presentato nel gennaio 2020 una

²¹² E. Rosati, *The German 'Google Tax' law: groovy or greedy?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice* (2013) 8 (7), p. 497

proposta di legge per aggiornare la legge sui diritti d'autore. In relazione al diritto connesso degli editori, la bozza elencava alcuni esempi che avrebbero dovuto rientrare nella nozione di "*singole parole o estratti molto brevi di pubblicazioni*" prevista dalla Direttiva: (1) i titoli di articoli; (2) immagini con piccolo formato ed una risoluzione fino a 128x128 pixel e (3) sequenze di suoni, sequenze di immagini o sequenze di immagini e suoni della durata massima di tre secondi, ai quali quindi il diritto connesso non avrebbe dovuto applicarsi. Una separata proposta di legge, presentata nel giugno 2020, riguardava l'attuazione dell'art. 17 della Direttiva, tramite l'adozione di una nuova legge, nota con l'acronimo "*UrhDaG-E*". Essa prevedeva in particolare una definizione particolarmente restrittiva della nozione delle piattaforme che sarebbero state soggette al regime di responsabilità. Altri limiti riguardavano aspetti quantitativi: estratti di opere audiovisive fino a venti secondi, testi fino a 1000 caratteri e immagini fino a 250Kbyte non avrebbero dovuto essere oggetto di misure di blocco. Un altro meccanismo introdotto per tutelare i diritti degli utenti prevede il meccanismo del cosiddetto "*pre-flagging*", procedura durante la quale l'utente dovrebbe indicare al momento di caricare un contenuto per quale motivo tale utilizzo dovrebbe considerarsi lecito. Una siffatta indicazione avrebbe evitato il successivo blocco tramite misure automatizzate. Dopo massive proteste soprattutto da parte dei titolari dei diritti d'autore che criticavano, tra l'altro, i limiti quantitativi di 1000 caratteri, 250Kbyte e 20 secondi, il Ministero della Giustizia ha presentato un disegno di legge novellato che, dopo la conferma del governo, è stato oggetto di dibattito nelle camere nei mesi di marzo, aprile e maggio 2021. Con poche modifiche, il disegno è stato approvato ed in data 4 giugno 2021 la legge è stata pubblicata nella gazzetta ufficiale. Per quanto riguarda il diritto connesso degli editori, l'attuazione della Direttiva è avvenuta con l'introduzione degli artt. 87f-87k nella legge tedesca sul diritto d'autore. Sebbene la disposizione dell'art. 15 della Direttiva possa considerarsi strutturalmente basata sulla norma relativa al diritto connesso degli editori, già presente nel diritto tedesco, vi sono una pluralità di differenze – per esempio in merito all'esatta definizione della nozione di "editore di giornale" o in merito alla durata, limitata nella legge tedesca precedente ad un solo anno — che hanno reso necessario un aggiornamento delle disposizioni nazionali²¹³.

²¹³ T. Thiem, *Iter della direttiva 2019/790 e sua implementazione in Europa e in Italia*, in "Il diritto d'autore nel mercato unico digitale" di S. Lavagnini

La legge di attuazione riprende quasi letteralmente il testo dell'art. 15 della Direttiva. Sebbene non sia prevista alcuna definizione del concetto di "*estratti molto brevi di pubblicazioni*", dalla motivazione che accompagnava la proposta ed anche dalla definizione della nozione di "*pubblicazione di stampa*" si evince comunque che anche sequenze audio, immagini e sequenze video potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione dell'eccezione.

Per quanto riguarda la responsabilità delle piattaforme, la seconda proposta di attuazione - che sul punto è stata approvata senza modifiche - ha ridotto i limiti originalmente fissati e prevede ora un principio di "*riproduzione pubblica di usi che si presumono essere leciti*". Al fine di evitare che l'impiego di procedure automatizzate comporti blocchi sproporzionati, gli usi presumibilmente consentiti devono rimanere *online* fino alla conclusione di una procedura di reclamo. La presunzione della liceità dell'uso si applica a contenuti generati dall'utente che (1) contengono meno della metà di un'opera di terzi o più opere di terzi; e che (2) combinano parti di una di tali opere con altri contenuti e che (3) fanno "*utilizzi minori*" di opere di terzi, o che sono etichettati dagli utenti che effettuano l'*upload* come "consentiti dalla legge". Di particolare rilevanza è la definizione della nozione degli "*utilizzi minori*" e l'indicazione degli utilizzi consentiti. I seguenti usi sono considerati minori, a condizione che essi non avvengano a scopo commerciale o servano solo a generare un reddito insignificante: (1) per opere cinematografiche o film o tracce sonore, si tratta di usi fino a 15 secondi; (2) per opere di testo si ha riguardo ad utilizzi fino a 160 caratteri (3) per opere fotografiche o grafiche gli utilizzi consentiti arrivano fino a 125 kilobyte. Attenzione merita anche la proposta di definizione della nozione dei "*fornitori di servizi*" che limita l'ambito di applicazione dell'art. 17 della Direttiva a coloro che perseguono lo scopo principale, anche se non esclusivo, di salvare e rendere pubblicamente accessibili contenuti caricati da terzi e protetti dai diritti d'autore, che organizzano tali servizi e che li pubblicizzano per fini di lucro agendo in concorrenza con i titolari dei diritti ed altri fornitori di servizi dal momento che si rivolgono agli stessi utenti finali. In parte la legge è stata criticata per non essere in linea con le impostazioni della Direttiva e addirittura in violazione della costituzione tedesca.

c. Legge sulla responsabilità per i diritti d'autore dei fornitori di servizi di condivisione di contenuti *online*

La Germania è stata tra i pochi Stati membri ad aver rispettato il termine di recepimento del 7 giugno, con l'eccezione della nuova legge sulla responsabilità per i diritti d'autore per la condivisione di contenuti *online*, (OCSSP Act) che ha recepito l'art. 17 della Direttiva Copyright. È entrata in vigore con un po' di ritardo, il 1° agosto 2021²¹⁴.

La legge tedesca merita attenzione per il suo approccio originale ed elaborato per evitare blocchi sproporzionati (“*overblocking*”) da parte di filtri di *upload* automatizzati. Le soluzioni adottate dal Parlamento tedesco il 31 maggio 2021 hanno anticipato gran parte del dibattito in corso a livello europeo e in altri Stati membri. La legge riconosce la necessità, ma anche i limiti e quindi i pericoli, delle tecnologie di filtraggio²¹⁵. In risposta, la legge introduce una nuova categoria di “*usi presumibilmente autorizzati dalla legge*”, vale a dire qualsiasi limitazione legale al diritto d'autore che un fornitore di servizi di condivisione di contenuti *online* deve in linea di principio comunicare al pubblico (art. 9(1)).

Secondo l'articolo 9(2), questa presunzione di liceità riguarda i contenuti generati dagli utenti che:

- (1) contengono meno della metà di una o più opere o immagini intere,
- (2) combina questi contenuti di terzi con altri contenuti e
- (3) utilizza le opere di terzi solo in minima parte (Sez. 10) o, in alternativa, è segnalato dall'utente come legalmente autorizzato (par. 11).

La legge tedesca sul diritto d'autore stabilisce un complesso quadro giuridico che mira a tradurre la struttura giuridica tradizionale dei diritti esclusivi, delle limitazioni, delle eccezioni e dei rimedi in un ambito digitale in cui la maggior parte delle decisioni sono prese e applicate automaticamente da una tecnologia di riconoscimento dei contenuti che produce, tuttavia, falsi negativi e falsi positivi. Per bilanciare esclusività e accesso in queste condizioni algoritmiche approssimative, la legge distingue tra le seguenti situazioni:

- contenuto generato dagli utenti presumibilmente illegale che deve essere bloccato: *upload* contenenti solo contenuti indicizzati o, se i contenuti indicizzati sono

²¹⁴ Art. 5 seconda frase Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, Bundesgesetzblatt 2021 I, 1204

²¹⁵ Disegno di legge del governo tedesco, Bundestags-Drucksache 19/27426, p. 138, 140

- combinati con contenuti non indicizzati, il rapporto di corrispondenza è pari o superiore al 50%;
- contenuto generato dagli utenti presumibilmente legale che deve essere messo *online: upload* che combinano parti minori di opere indicizzate con contenuti non indicizzati;
 - contenuto generato dagli utenti in una zona grigia che combina contenuti non indicizzati con un massimo del 50% di contenuti indicizzati saranno bloccati a meno che l'utente non li segnali come leciti (*flag verde*);
 - le combinazioni minori o pre-segnalate di contenuti indicizzati con contenuti non indicizzati devono essere bloccate immediatamente se un titolare di diritti affidabile preme il “pulsante rosso”.

d. Ricerca

Alla luce del consenso emergente nell'UE su come incorporare i controlli e gli equilibri del diritto d'autore negli algoritmi dei fornitori di servizi di condivisione di contenuti *online*, è stata svolta una ricerca in collaborazione tra le Università di Goethe e Glasgow per verificare se le politiche di copyright accessibili al pubblico negli algoritmi dei fornitori sui siti *web* in lingua tedesca di otto servizi sono cambiate in seguito all'entrata in vigore della legge tedesca sul diritto d'autore il 1° agosto 2021. Questi servizi comprendono: YouTube, Rumble (una piattaforma più piccola con funzionalità simili), TikTok, Twitter, Facebook, Instagram, SoundCloud e Pinterest.

La scelta di questi otto servizi si basa sulla premessa che tutti sono presumibilmente coperti dalla legge tedesca in quanto memorizzano e danno accesso al pubblico a una grande quantità di contenuti protetti dal diritto d'autore caricati dai loro utenti, che organizzano e promuovono a scopo di lucro²¹⁶.

Allo stesso tempo, differiscono per dimensioni, contenuto (video, audio, immagini, testo), e anche per la funzionalità generale.

Sono stati elaborati, in totale, 514 documenti contenenti termini e condizioni, linee guida generali sulla comunità e sul copyright, moduli di reclamo, FAQ e altre pagine di aiuto rilevanti sul copyright.

²¹⁶ Art. 2(6) CDMSD; Sec. 2 e 3 Legge tedesca sul diritto d'autore

Si è quindi adottata un'interpretazione ampia dei “termini e condizioni” come definiti nell'articolo 2, lettera (q), della Proposta di Regolamento relativo al mercato unico dei servizi digitali (Digital Services Act) e che modifica la Direttiva 2000/31/CE, COM/2020/825 (“*per ‘termini e condizioni’ si intendono tutti i termini e le condizioni o le specifiche, indipendentemente dalla loro denominazione o forma, che regolano il rapporto contrattuale tra il fornitore di servizi di intermediazione e i destinatari dei servizi*”).

Per ogni servizio e per ogni momento, i dati di partenza sono stati analizzati per stabilire se attuano i seguenti sei doveri obbligatori dei fornitori ai sensi della legge tedesca:

- (1) garantire un “blocco qualificato” (filtri di caricamento), Sezione 7(1);
- (2) informare gli utenti su tutte le limitazioni e le eccezioni previste dalla legge tedesca, Sez. 5(1) e (3);
- (3) consentire il *pre-flagging* dei contenuti leciti, Sez. 11(1) n. 3;
- (4) rendere disponibile una procedura di reclamo interna, Sez. 14(1)-(3), (5);
- (5) implementare una soluzione di “pulsante rosso” per i titolari di diritti affidabili, Sez. 14(4);
- (6) escludere i titolari dei diritti dalle procedure di blocco automatico e dal pulsante rosso e gli utenti dall'opzione di *pre-flagging* in caso di uso improprio, Sez. 18(1), 18(3) n. 1 e (5).

e. Risultati

La raccolta dati ha rivelato solo pochi cambiamenti nei termini e nelle condizioni delle piattaforme nel corso del tempo, ma differenze significative tra i servizi.

La maggior parte dei cambiamenti ha riguardato la caratteristica più controversa e forse anche la più importante dell'art. 17 Direttiva 2019/790 e della legge tedesca sul diritto d'autore, ovvero il dovere dei fornitori di implementare filtri preventivi per l'*upload* “*non appena il titolare del diritto lo richieda e fornisca le informazioni necessarie a tale scopo*” (“*blocco qualificato*”, dovere n. (1)).

Ad eccezione di Twitter, tutte le piattaforme menzionano l'opzione di sottoporre i materiali protetti da copyright a una successiva moderazione automatizzata dei contenuti protetti da copyright anche prima del 1° agosto 2021. TikTok sembrava essere in procinto

di istituire dei filtri per l'*upload* durante il periodo di studio. Il sito *web* di TikTok menzionava tale opzione e offriva un *link* a un modulo corrispondente, che è stato reso accessibile solo il 21 novembre 2021.

Secondo il sito *web*, TikTok consente al titolare del diritto di richiedere che le opere protette dal diritto d'autore non siano disponibili su TikTok nell'UE, ai sensi dell'art. 17 Direttiva 2019/790.

Durante l'ultima tornata di raccolta dati di novembre, sono state osservate le modifiche apportate alle pagine di aiuto sul diritto d'autore di YouTube, Facebook e Instagram.

YouTube ha annunciato il “*Copyright Match Tool*”, che era già disponibile dal luglio 2021, ma ora è disponibile per tutti gli utenti della piattaforma.

Al contrario, il “*Content ID*” è stato e rimane riservato ai titolari di diritti che inviano numerose notifiche di *takedown*. Con l'espansione del “*Copyright Match Tool*”, YouTube ha aumentato la sua conformità ai requisiti della Sezione 7(1) della Legge tedesca. Facebook e Instagram hanno introdotto “*Brand Rights Protection*”, precedentemente conosciuto come “*Commerce & Ads IP Tool*”, come ulteriore protezione dei diritti di proprietà intellettuale in aggiunta al “*Rights Manager*”.

Per quanto riguarda l'obbligo dei servizi di informare gli utenti sugli usi leciti (dovere n. 2), non è stato osservato alcun cambiamento rilevante.

Facebook, Instagram, TikTok e SoundCloud hanno elencato alcune eccezioni specifiche e limitazioni, vale a dire citazioni, critiche, recensioni, caricature, parodie, come parte dei loro termini di servizio o in pagine di aiuto aggiuntive.

TikTok ha fornito ulteriori spiegazioni su questi usi e ha aggiunto che gli Stati membri potrebbero prevedere ulteriori eccezioni.

YouTube ha fatto riferimento in generale alle eccezioni e alle limitazioni previste dal diritto dell'UE senza ulteriori specificazioni e tra parentesi. Nessuno dei servizi ha fatto riferimento al capitolo della legge tedesca sul diritto d'autore sulle eccezioni e le limitazioni (Sez. 44°-63°).

La possibilità di contrassegnare i contenuti come legalmente autorizzati prima del caricamento (dovere n. 3) non è stata chiaramente illustrata su nessun sito *web* in nessun momento. Secondo la pagina di aiuto di YouTube, i caricatori vengono immediatamente informati dei risultati di un processo di prefiltraggio. In caso di corrispondenza con materiale rilevante per il diritto d'autore, l'utente ha la possibilità di far valere la legalità

del contenuto o di modificarlo in altro modo, con l'opzione di presentare un reclamo, se è stato segnalato un reclamo per il diritto d'autore durante il controllo preliminare.

Facebook ha sottolineato che esiste un'opzione per confermare l'uso autorizzato, ma, secondo le linee guida di Facebook, solo dopo che il contenuto è stato rimosso.

Le procedure di reclamo interno (dovere n. 4) erano disponibili su tutti i servizi prima dell'entrata in vigore della Legge tedesca.

Gli unici cambiamenti in questo contesto sono stati osservati tra il terzo e il quarto ciclo di raccolta dati e riguardano la 'Politica di copyright' di Twitter ed il passaggio dall'invio di una contro-notifica tramite un modulo anziché un'e-mail separata, e l'istituzione di un "Centro per la trasparenza" di Facebook.

Non sono state osservate dichiarazioni pubbliche che spiegassero l'opzione del "pulsante rosso" per i titolari di diritti affidabili, su nessuna piattaforma e in nessun momento (dovere n. 5). Solo Facebook ha indicato vagamente che più strumenti del "*Rights Manager*" vengono utilizzate, più opzioni vengono sbloccate. Questa mancanza di osservazione potrebbe essere dovuta dal fatto che le rispettive opzioni vengono spiegate solo dopo l'iscrizione ai programmi di protezione del diritto d'autore.

Per quanto riguarda le sanzioni per un uso improprio delle procedure di copyright (dovere n. 6), la maggior parte dei servizi ha fatto riferimento alla responsabilità per falsa dichiarazione di violazione del copyright ai sensi della Sez. 512f del Digital Millennium Copyright Act (DMCA) degli Stati Uniti.

Solo YouTube e Facebook hanno rilasciato dichiarazioni generali per quanto riguarda l'esclusione dal "*Content-ID*" di YouTube o dal "*Rights Manager*" di Facebook. Tuttavia, secondo la formulazione ("*possono*"), si tratta di misure volontarie a discrezione del fornitore.

È discutibile se ciò sia sufficiente a rispettare le sanzioni obbligatorie per uso improprio previste dalla Legge tedesca.

Instagram si è limitato ad annunciare che la segnalazione ingannevole o fraudolenta di violazioni di copyright o di marchio potrebbe portare ad un'azione da parte della piattaforma. Non si è osservata nessuna regola relativa all'esclusione degli utenti che abusano dell'opzione di *pre-flagging*. Questo risultato è in linea con la constatazione che non esisteva alcuna opzione di *pre-flagging*.

Complessivamente, gli unici cambiamenti rilevanti nei quattro cicli di raccolta dei dati hanno riguardato la disponibilità di strumenti di moderazione preventiva e automatica del

copyright su YouTube, TikTok, Facebook e Instagram (“blocco qualificato”, noto anche come “filtro di caricamento” ai sensi della Sez. 7(1) della legge tedesca) e piccoli aggiustamenti alle procedure di reclamo già esistenti su Twitter e Facebook.

Inoltre, e al di là dell'ambito dello studio, si è notato che Facebook e Instagram hanno modificato i loro termini di servizio il 1° agosto 2021 in modo che fosse autorizzata una persona a ricevere servizi in Germania ai fini della Legge tedesca (Sez. 20).

Questo è l'unico contesto in cui la Legge tedesca è stata esplicitamente citata in uno dei siti *web* studiati.

Questo studio sulle dichiarazioni pubbliche dei siti *web* di otto fornitori di servizi che sono presumibilmente soggetti alla Legge tedesca fornisce risposte a entrambe le domande di ricerca, ovvero l'evoluzione dei termini e delle condizioni (1) nel tempo ed (2) il confronto tra i diversi servizi.

In primo luogo, l'entrata in vigore della Legge, il 1° agosto 2021, non ha comportato immediatamente modifiche o aggiunte ai termini e alle condizioni.

La conformità era già stata stabilita prima del 1° agosto 2021 e quindi forse anticipata dai fornitori di servizi.

Solo durante l'ultimo ciclo di raccolta dati, a metà novembre 2021, si sono osservati cambiamenti rilevanti.

Questi riguardavano gli strumenti di moderazione preventiva e automatizzata del copyright (YouTube, TikTok, Facebook, Instagram) e il meccanismo di reclamo (Twitter, Facebook). Tuttavia, fino al 22 novembre, nessun servizio si era pienamente conformato ai sei obblighi di legge presi in esame.

In secondo luogo, il livello di conformità degli otto servizi presi in esame, sia immediatamente prima che dopo l'entrata in vigore della Legge, varia a seconda dei compiti e dei servizi in questione.

Le procedure di reclamo interno sono presenti su tutte le piattaforme, i filtri di caricamento sulla maggior parte di esse. Alcune informazioni su limitazioni ed eccezioni sono fornite da circa la metà dei servizi. Le sanzioni per uso improprio sono state osservate solo su YouTube, Facebook e Instagram. Non è stato possibile stabilire chiaramente il rispetto delle due più recenti procedure giuridico-tecnologiche relative alla gestione dei filtri di *upload*, ossia le opzioni di *pre-flagging* e di “pulsante rosso”.

f. Importanti considerazioni

Tenendo conto di queste avvertenze, questo studio fornisce diversi spunti interessanti sulla pratica del copyright di otto piattaforme con contenuto generato dagli utenti.

Per quanto riguarda la conformità legale, le piattaforme molto grandi con una chiara esposizione a violazioni del diritto d'autore (YouTube, Facebook/Instagram) mostrano un punteggio di conformità più elevato rispetto a quelle di più recente costituzione (TikTok) e a quelle relativamente più piccole (Rumble, Pinterest, SoundCloud).

Una ragione di questa osservazione potrebbe essere che alcuni provider si considerano appartenenti alle categorie di “start-up” o “piccoli” provider di servizi che sono esentati dal filtraggio automatico e dai corrispondenti obblighi²¹⁷.

Più plausibile, tuttavia, è che questi risultati riflettano la maggiore capacità finanziaria e tecnologica delle Big Tech di implementare nuovi obblighi normativi.

Se ciò fosse vero, lo studio confermerebbe la tesi secondo cui la regolamentazione delle piattaforme potrebbe far regredire il dominio del mercato delle Big Tech. Twitter, infine, potrebbe ottenere un punteggio basso perché le violazioni del diritto d'autore non rappresentano la sua principale sfida di moderazione e/o perché ritiene di non rientrare nel campo di applicazione dell'art. 17 Direttiva Copyright perché non “*compete con i servizi di contenuti online per gli stessi gruppi target*”²¹⁸.

Per quanto riguarda il basso (se non nullo) impatto immediato della Legge tedesca sulle politiche di copyright delle piattaforme, questo studio esemplifica le debolezze e le difficoltà dell'armonizzazione legale attraverso le direttive in generale e l'art. 17 Direttiva Copyright in particolare.

Tale disposizione lascia agli Stati membri e alla Commissione di determinare le regole dettagliate su come stabilire un equilibrio adeguato tra esclusività e accesso alle piattaforme di condivisione²¹⁹.

La Commissione ha pubblicato le sue linee guida solo tre giorni prima della fine del periodo di recepimento e la maggior parte degli Stati membri non aveva ancora concluso le proprie procedure legislative²²⁰.

²¹⁷ Artt. 3 e 5 Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, GU L 95 del 21.4.1993, pag. 29

²¹⁸ Art. 17(6) Direttiva 2019/790 e Sez. 2(2)-(4) con Sez. 7(4 e 5) Legge tedesca sul diritto d'autore

²¹⁹ Articolo 2(1) n. 4 della Legge tedesca sul diritto d'autore

²²⁰ AG Saugmandsgaard Øe (n 5), paragrafi 149 e seguenti, 210

Infine, ma non meno importante, l'azione di annullamento polacca continua ad essere appesa come una spada di Damocle sull'art. 17 della Direttiva²²¹.

In queste condizioni di incertezza, non sorprende che i fornitori di servizi *online* globali con sede di stabilimento al di fuori dell'UE adottino un atteggiamento “attendista” fino a quando non sarà emerso un solido consenso a livello europeo su come applicare l'art. 17 nella pratica delle piattaforme. Piuttosto che suddividere i loro servizi in 27 versioni conformi alle leggi d'autore nazionali, corrono il rischio di incorrere, ad esempio, nella legge tedesca.

In questa valutazione del rischio, le sanzioni per la mancata conformità sono fondamentali. Dal punto di vista di esecuzione delle sanzioni, un'altra debolezza o squilibrio dell'art. 17 Direttiva Copyright e della Legge tedesca viene alla luce: la mancata implementazione di sufficienti pratiche di moderazione del diritto d'autore comporta la piena responsabilità civile, compreso l'obbligo di risarcire i danni.

Questo può spiegare i cambiamenti osservati verso strumenti di moderazione preventiva del copyright per tutti i titolari di diritti su TikTok, YouTube, Facebook e Instagram.

Al contrario, la mancata tutela dei legittimi interessi degli utenti comporta conseguenze legali molto limitate.

L'art. 17 Direttiva Copyright tace su quest'ultima questione, e la Legge tedesca autorizza solo le “associazioni di utenti” a chiedere un provvedimento ingiuntivo contro un fornitore di servizi che blocca ripetutamente e ingiustamente gli usi autorizzati²²².

L'intero regime relativo agli “usi presumibilmente autorizzati dalla legge”, vale a dire gli usi minori o presegnalati, non è affatto abbinato a un regime di applicazione specifico, ed è molto improbabile che il diritto generale della responsabilità civile possa colmare questo vuoto²²³. Pertanto, la tanto lodata Legge tedesca potrebbe rivelarsi una tigre sdentata rispetto agli interessi degli utenti. Le disposizioni di legge a loro favore non hanno ancora lasciato un segno nei termini e nelle condizioni dei servizi studiati.

La lezione impartita dal fallimento preliminare della Legge tedesca è che un'efficace applicazione degli interessi degli utenti, anche attraverso sanzioni di diritto pubblico²²⁴, è fondamentale per ottenere un risultato significativo ed equilibrato.

²²¹ Orientamento della Commissione (n 3), p.1

²²² Articolo 18, paragrafo 6, della Legge tedesca sul diritto d'autore

²²³ Art. 823(2) Codice civile tedesco

²²⁴ 38 e seguenti della Proposta del DSA (n. 23)

iii. Canada e Australia: esempi normativi

a. Canada

Il 29 settembre 2011 è stata presentata in Parlamento una proposta di legge per la modernizzazione del copyright canadese, il Bill C-11 (*Copyright Modernization Act*), con l'obiettivo di ampliare il campo di applicazione dell'attuale *fair dealing* per includere specificamente, oltre alle già previste eccezioni per ricerca e studio privato, critica, recensione e *news reporting*, quelle relative all'istruzione, alla satira e alla parodia. Il Bill C-11 è entrato in vigore il 7 novembre 2012 (31), divenendo il primo aggiornamento del *Copyright Act* canadese dal 1997.

L'allargamento operato dall'entrata in vigore del *Copyright Modernization Act* riveste particolare interesse per l'ambito dell'istruzione e dell'insegnamento. Sono rese infatti possibili le c.d. *expanded educational exceptions*²²⁵, che prevedono, in estrema sintesi, la possibilità, per gli istituti di istruzione – e coloro che agiscono al loro interno ai fini di istruzione o di formazione – di (i) riprodurre un lavoro, o compiere, a determinate condizioni, atti necessari alla visualizzazione delle opere protette; (ii) proiettare un film o altre opere cinematografiche in classe, fintanto che tale lavoro non sia una copia illecita e sia stato ottenuto legalmente; nonché (iii) riprodurre, comunicare per via telematica e visualizzare per gli studenti opere sul *web* in maniera legittima, a condizione che la fonte e l'autore siano resi noti. È altresì possibile impartire lezioni a distanza e registrare le medesime (pur sempre a condizioni determinate). La modifica in esame ha poi dei riflessi positivi, oltre che per le scuole e per le università, anche per le biblioteche, gli archivi e i musei. Essi, infatti, sono ora in grado di (i) fare una copia delle opere rinvenibili nelle collezioni permanenti in un formato diverso, qualora gli originali siano in formato obsoleto o la tecnologia necessaria per utilizzare gli originali non sia più disponibile o stia divenendo indisponibile e, entro certi limiti, (ii) distribuire materiale digitale²²⁶.

Il Bill C-11 ha altresì previsto espressamente l'eccezione di parodia o satira²²⁷, che pur non è in alcun modo definita nella legge. Tale omissione è verosimilmente da imputare

²²⁵ Bill C-11: The Copyright Modernization Act, § 1, lettera b)

²²⁶ Bill C-11: The Copyright Modernization Act, § 1, lettera d), cit.

²²⁷ Id., § 29

alla volontà di armonizzare questo aspetto con la normativa statunitense, nonché recepire l'orientamento di parte della giurisprudenza che ha in alcune decisioni ritenuto parodia e satira già ricomprese all'interno del *fair dealing*²²⁸.

Inoltre, il Bill-11 ha introdotto una specifica eccezione per i contenuti creati dagli utenti che abbiano natura non commerciale (nota come “eccezione di *mash-up*”). In particolare, la sezione 29.21 autorizza la creazione di opere derivate da opere protette già pubblicate quando esse non vengano impiegate per fini commerciali. Anche in questo caso, tuttavia, è prevista la citazione della fonte e l'attribuzione all'autore, la liceità del lavoro originale o della copia utilizzata per generare l'opera derivata, nonché infine l'assenza di un sostanziale effetto negativo sullo sfruttamento del lavoro originale²²⁹.

Tuttavia, il regime delle eccezioni instauratosi in seguito alla riforma del *Copyright Act* canadese prevede che esse possano essere esercitate dai beneficiari a condizione che alle opere non siano state apposte misure tecnologiche di protezione, o esse non siano accompagnate da un avviso ben visibile che vieta tali atti (non essendo sufficiente il simbolo del *copyright*)²³⁰. In sostanza, a fronte di un ampliamento del campo di applicazione del *fair dealing*, il Bill C-11 contiene anche alcune disposizioni – peraltro fortemente criticate – in materia di misure tecnologiche di protezione, denominate *technological protection measures* (TPMs) (note anche come “*digital lock*” o “blocco digitale”).

Anche nel Bill C-11 sono previste, come nel Digital Millennium Copyright Act statunitense, deroghe specifiche per ragioni di interesse pubblico ed il Governo canadese si è espressamente riservato di introdurre nuove eccezioni, anche in deroga al c.d. “blocco digitale”, sempre al fine di garantire l'accesso alle opere nei casi in cui si debba considerare preminente l'interesse pubblico o si verificano comportamenti anticoncorrenziali. Nondimeno, ad oggi le eccezioni al *digital lock* sono estremamente limitate e numerose voci si sono levate – anche anteriormente all'approvazione del Bill C-11 – contro l'introduzione di tali disposizioni che, al fine di tutelare i titolari dei diritti d'autore, rischiano di vanificare il progetto di modernizzazione realizzato.

²²⁸ Crowne, *Parody as Fair Dealing in Canada: A Guide for Lawyers and Judges*, in 4 *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2009

²²⁹ Bill C-11: The Copyright Modernization Act, § 2 lettera b), cit.

²³⁰ Bill C-11: The Copyright Modernization Act, §1, lettera c), cit.

Il nuovo regime canadese sembra dunque essere solo in parte coerente con i fini cui dovrebbe tendere un efficace processo di modernizzazione, ossia la realizzazione di un quadro normativo che sia in grado di agevolare lo sviluppo digitale nel rispetto degli interessi di tutte le parti coinvolte.

Ciò, perlomeno, per quanto attiene al regime delle eccezioni, che, seppur ampliate per tener conto delle nuove possibilità che il *web* offre, sono poi comunque rese “disponibili” – ovvero eliminabili tramite lo strumento contrattuale e tecnologico – sia per volontà dei titolari dei diritti, sia a seguito dell’apposizione di misure di protezione tecnologica che limitino l’accesso alle opere protette.

C’è, inoltre, una proposta di legge che riguarda le piattaforme di comunicazione *online* che mettono contenuti giornalistici a disposizione dei connazionali: First Session, Forty-fourth Parliament, 70-71 Elizabeth II, 2021-2022, House of Commons of Canada Chambre, Bill C-18, First reading April 5, 2022. A questa legge fanno riferimento molti dei critici della normativa italiana, i quali ritengono che il legislatore italiano sembra si sia ispirato a questa “anomala” disciplina.

b. Australia

In Australia già c’è una legge con l’obiettivo di proteggere i contenuti dei giornali e quindi di obbligare le piattaforme digitali a compensare equamente gli editori per la riproduzione di notizie (sebbene proprio in questi paesi che tentano di legiferare sul punto, Meta ha recentemente chiuso la propria sezione “*News*”).

La Treasury Laws Amendment (News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code) Act 2021, No. 21, 2021 costituisce proprio una legge che modifica la legge sulla concorrenza e i consumatori del 2010 in relazione alle piattaforme digitali e per scopi correlati.

In attuazione di questo “Codice contrattuale per i news media”, varato appena tre anni fa, Facebook e Google avevano sottoscritto una serie di accordi con diversi editori (inclusi la Radio-TV nazionale Abc, Guardian Australia, News Corp Australia, Seven West Media e Nine Entertainment, casa madre dei quotidiani Sydney Morning Herald e The Age di Melbourne) che adesso le piattaforme hanno dichiarato che non intendono rinnovare e tantomeno rinegoziare.

Lo scontro tra Meta e il governo australiano sta assumendo toni di grave contrapposizione, come risulta dalle dichiarazioni del primo ministro Anthony Albanese, il quale ha espresso forte disappunto per la decisione di Meta di chiudere la sezione News definendola “*insostenibile*”, preannunciando provvedimenti contro la piattaforma e dichiarando che: “*È disonesto che una compagnia possa profittare di investimenti altrui e non solo investimenti di capitale, ma del lavoro di giornalisti. È un’inadempienza dell’impegno assunto, per la sostenibilità dei mezzi di informazione australiani*”²³¹.

Dal luglio 2020, l’industria mondiale dei media sta esaminando la bozza di codice australiano, che obbligherebbe Google e Facebook a negoziare con gli editori di notizie, a pagare per le notizie, condividere i dati e i ricavi pubblicitari. Dopo una consultazione pubblica, il *feedback* dell’industria e un’intensa attività di lobbying da parte di tutte le parti, come la Commissione australiana per la concorrenza e i consumatori (“ACCC”), ha preso forma il Codice di contrattazione obbligatoria per i media e le piattaforme digitali (“Codice”).

Il Codice è stato approvato da entrambe le Camere il 25 febbraio 2021.

In risposta a questa mossa politica, Facebook ha innanzitutto deciso di vietare agli editori e agli utenti australiani di condividere o visualizzare contenuti giornalistici australiani e internazionali.

In secondo luogo, solo un paio di giorni dopo, il *social media* ha cambiato opinione, una volta che il governo australiano ha deciso di fare un passo indietro e di negoziare con Facebook.

Il codice australiano è un caso di studio per comprendere come le piattaforme abbiano consolidato il loro ruolo di *gatekeeper* dell’informazione a livello globale. La scelta (temporanea) di Facebook di vietare le notizie in Australia non è solo una decisione commerciale, che riflette le libertà economiche della piattaforma. È più che altro una “mossa di potere” per spingere il governo australiano, che ha lavorato per mesi al codice, a fare un passo indietro e a negoziare con Facebook. Questa interazione non è solo un esempio di come Facebook possa influenzare le politiche pubbliche, ma dimostra anche come i poteri siano ricollocati tra i diversi attori della società dell’informazione, all’interno della spinta verso una nuova fase di costituzionalismo digitale.

²³¹ ANSA, 4 marzo 2024

I *social media* sono i principali fattori che spingono gli editori e i media ad attirare un pubblico più ampio, a vendere abbonamenti e ad attirare maggiori entrate pubblicitarie. Al contrario, Facebook sostiene che i suoi guadagni derivanti dall'ospitare contenuti di notizie sono minimi, pari solo al 4% dei contenuti presenti nei *feed* di notizie degli utenti. Facebook ha mostrato l'intenzione di continuare il suo impegno globale per garantire la qualità delle notizie. Il *social media* ha confermato che sarà presente sul mercato australiano non solo fornendo i suoi servizi, ma anche combattendo la disinformazione. Tuttavia, mentre Facebook si propone come un potente sostenitore della libertà di parola e dell'accesso alle notizie su scala globale, la situazione di stallo in Australia rivela l'altra faccia della medaglia: il potere delle piattaforme *online* di stabilire le regole del gioco della condivisione dei contenuti, comprese le notizie. Il divieto non solo ha portato al blocco di contenuti giornalistici internazionali e australiani, ma anche di informazioni sul meteo e persino delle istituzioni pubbliche. Evidentemente, il concetto di “notizie” autonomamente adottato da Facebook è ampio e guidato da interessi commerciali.

La decisione di bloccare l'accesso ai contenuti giornalistici in Australia non promuove la libertà di espressione. Piuttosto, segue la logica commerciale di Facebook. Da un lato, Facebook fa leva sulla libertà di parola come base costituzionale per proteggere le proprie attività dalla regolamentazione, commercializzando la piattaforma come un luogo che favorisce la libertà di espressione. D'altra parte, in quanto attore privato, il *social media* protegge i propri interessi commerciali anche se ciò potrebbe minare gli stessi diritti che Facebook sostiene di proteggere. Limitando l'accesso degli organi di informazione alla piattaforma, Facebook sta anche influenzando le risorse sulle quali i media possono fare affidamento per fornire informazioni professionali. Questo mina il diritto passivo di essere informato. Le entrate pubblicitarie dei mezzi di informazione stavano già diminuendo del 40% di anno in anno, e la pandemia di Covid-19 ha esasperato questa crisi.

In questo contesto, l'esperimento australiano è stato percepito come una soluzione coraggiosa e innovativa al problema globale della redistribuzione del reddito generato tra i produttori di contenuti e le piattaforme *online*.

i. Il nuovo Codice australiano

In primo luogo, l'intenzione del legislatore australiano è sempre stata quella di stabilire un quadro normativo che facilitasse trattative commerciali eque tra le piattaforme e i media: gli accordi conclusi al di fuori del Codice rimangono di gran lunga il risultato preferito.

Presupponendo che Google e Facebook remunerino le testate giornalistiche per i contenuti ospitati, la premessa della legge è che gli editori, soprattutto quelli piccoli, abbiano bisogno dell'aiuto dell'autorità di regolamentazione per evitare di essere obbligati ad accettare le condizioni imposte dalle piattaforme dominanti.

Il Codice ha lo scopo specifico di affrontare gli squilibri di potere contrattuale tra Google e Facebook, da un lato, e gli organi di informazione, dall'altro: in base al Codice, le due piattaforme hanno l'obbligo di remunerare equamente i media.

Per essere idonei, i media devono soddisfare determinati criteri:

- (i) i loro ricavi dell'anno precedente (o di tre degli ultimi cinque anni) devono superare i 150.000 AUD,
- (ii) devono produrre prevalentemente “notizie essenziali”, come definito nel Codice,
- (iii) devono essere soggette a giornalismo professionale e
- (iv) operare in Australia per servire il pubblico australiano.

Sulla base di questi criteri, l'Autorità australiana per le comunicazioni e i media (ACMA) valuta l'idoneità delle società giornalistiche a registrarsi ai sensi del Codice e a segnalare la loro intenzione di avviare una trattativa con Google o Facebook da soli o collettivamente.

Se non si raggiunge un accordo entro tre mesi, le parti diventano soggette ad un arbitrato obbligatorio. L'ACMA mette a disposizione un registro di arbitri, composto da almeno dieci persone, ciascuna con esperienza in campo legale, economico o industriale. Quando è richiesto l'arbitrato e le parti non riescono ad accordarsi su un collegio di tre persone, l'ACMA può nominare un collegio di tre persone dal registro. Questo meccanismo di risoluzione della situazione di stallo si chiama “Arbitrato dell'offerta finale” e rappresenta il vero cuore della bozza del codice. Il collegio arbitrale avrà 45 giorni lavorativi di tempo per scegliere tra due offerte di remunerazione finale presentate dalle parti. Se nessuna delle due offerte è del tutto accettabile “nell'interesse pubblico”, gli arbitri potrebbero modificare la più accettabile tra le due. Nel valutare le offerte, gli arbitri prenderanno in

considerazione i benefici diretti e indiretti che i contenuti giornalistici portano alle piattaforme, nonché i costi di produzione di tali contenuti.

Una volta che il collegio arbitrale avrà determinato la remunerazione dovuta dalla piattaforma, le parti hanno 30 giorni di tempo per stipulare un accordo. La mancata conclusione di un accordo darà luogo ad una sanzione civile che potrebbe ammontare a più di 10 milioni di AUD; tre volte il valore totale dei benefici goduti in conseguenza dell'omissione dell'arbitrato; il 10% del fatturato annuo della piattaforma per i 12 mesi precedenti derivante dalla fornitura di beni e servizi in Australia.

Oltre all'Arbitrato dell'offerta finale, le piattaforme non gradiscono in particolare gli “standard minimi”, ovvero gli obblighi di informazione da parte delle piattaforme nei confronti di tutte le imprese che si sono registrate per beneficiare del Codice. Le piattaforme sono tenute a dare un preavviso 14 giorni prima di modifiche ai loro algoritmi, che potrebbero avere un impatto sulla presentazione o sul posizionamento dei contenuti delle notizie. In seguito a consultazioni con le piattaforme, è stato specificato che il preavviso è limitato a “*modifiche consapevoli agli algoritmi che avrebbero un impatto significativo sul ranking*”.

Nonostante questo sistema sia stato il risultato di mesi di lavoro, poco prima dell'approvazione il governo australiano ha deciso di rinegoziare l'ambito di applicazione del Codice all'indomani della decisione di Facebook di vietare la diffusione di notizie in Australia. Gli emendamenti considerano, tra l'altro, che “*la decisione di designare una piattaforma ai sensi del Codice australiano deve tenere conto del fatto che una piattaforma digitale ha contribuito in modo significativo alla sostenibilità dell'industria australiana dell'informazione attraverso il raggiungimento di accordi commerciali con le imprese del settore dell'informazione*” e “*l'arbitrato dell'offerta finale è l'ultima risorsa quando non è possibile raggiungere accordi commerciali, richiedendo una mediazione, in buona fede, prima dell'arbitrato per un periodo non superiore a due mesi*”.

Ciononostante, non si tratta di modifiche banali: aprono le porte ai giganti tecnologici per sfuggire al sistema di remunerazione, a patto che abbiano “*contribuito in modo significativo alla sostenibilità dell'industria australiana delle notizie*”. Non è ancora chiaro cosa comporti un contributo significativo. Questo negoziato rivela come gli Stati non siano gli unici attori che esercitano poteri sull'informazione nell'era digitale. La governance dell'informazione è sempre più modellata da un mix di autorità pubbliche e ordini privati.

Sebbene l'iniziativa australiana sia uno dei più interessanti tentativi normativi di arginare l'influenza delle piattaforme tecnologiche sulle democrazie, non è certo l'unico.

Anche i media europei chiedono ora all'UE di implementare un “*sistema di arbitrato in stile australiano*”.

Durante la pandemia, le piattaforme private hanno fornito servizi informativi che nemmeno lo Stato è riuscito a fornire tempestivamente. In altre parole, il loro ruolo primario durante la pandemia ha fatto sì che questi attori fossero considerati come servizi di pubblica utilità o parti essenziali dell'infrastruttura sociale. Il negoziato australiano mostra come l'informazione sia soggetta alla governance di attori privati che, sedendosi al tavolo delle trattative come *gatekeeper* dell'informazione, sono sempre più in competizione con le autorità pubbliche.

Pertanto, la decisione di Facebook di vietare i contenuti di notizie si è rivelata una buona mossa (politica) per dimostrare la dipendenza della società dell'informazione dalle piattaforme e la necessità del governo e dei media di negoziare con esse²³².

²³² Perrotti E.-Pollicino O.-De Gregorio G., *Flexing the Muscles of Information Power. On the Australian News Media Mandatory Bargaining Code*, in *Verfassungsblog*, 26 febbraio 2021

CONCLUSIONI

L'analisi condotta ha evidenziato la complessità delle dinamiche regolatorie inerenti alle piattaforme digitali e la necessità di un intervento normativo mirato per garantire un'equa distribuzione del valore economico derivante dall'utilizzo dei contenuti editoriali. L'introduzione della Direttiva 2019/790 ha rappresentato un primo passo significativo verso il riconoscimento del diritto degli editori a un equo compenso, ma la sua effettiva efficacia dipende dall'attuazione a livello nazionale e dalla capacità delle autorità di regolazione di intervenire tempestivamente per evitare pratiche anticoncorrenziali.

Uno dei nodi principali resta l'asimmetria contrattuale tra editori e piattaforme digitali, che rischia di compromettere la sostenibilità economica del settore editoriale. Nonostante le disposizioni normative volte a riequilibrare i rapporti di forza, persistono criticità legate alla trasparenza delle negoziazioni e alla disparità di accesso ai dati analitici, che favoriscono le piattaforme a discapito degli editori. Il ruolo delle autorità di regolazione, in particolare dell'AGCOM, risulta pertanto cruciale per garantire un'applicazione effettiva della normativa e promuovere condizioni di mercato più eque e competitive.

L'analisi comparata delle esperienze normative di Francia, Germania, Canada e Australia ha evidenziato strategie differenti nella gestione dell'equo compenso.

In alcuni casi, le regolamentazioni adottate hanno contribuito a riequilibrare il rapporto tra editori e piattaforme, mentre in altri si sono registrate difficoltà nell'applicazione delle norme a causa della resistenza delle grandi imprese tecnologiche. Questi dati sottolineano l'importanza di un approccio dinamico e adattabile, capace di tenere conto delle peculiarità di ogni mercato senza compromettere l'efficacia della regolamentazione.

Un elemento chiave emerso dalla ricerca è il crescente ruolo della co-regolamentazione come modello di governance del settore digitale.

L'integrazione tra regolamentazione pubblica e autoregolamentazione privata offre un'opportunità per rispondere in maniera più agile ed efficace alle sfide poste dall'economia digitale, ma richiede un impegno congiunto da parte delle istituzioni, delle imprese e della società civile. Il Digital Services Act e il Digital Market Act rappresentano strumenti fondamentali in questa direzione, ma il loro successo dipenderà dalla capacità delle autorità di vigilanza di garantirne un'applicazione rigorosa e coerente.

In conclusione, la tutela dei diritti degli editori nel contesto digitale richiede un quadro normativo flessibile e in continua evoluzione, in grado di bilanciare le esigenze dell'innovazione tecnologica con la necessità di garantire un'equa remunerazione per i creatori di contenuti. Solo attraverso un dialogo costante tra i vari attori coinvolti sarà possibile costruire un ecosistema digitale più equo, sostenibile e rispettoso del pluralismo informativo.

La causa C-797/23 tra Meta e AGCOM ha sollevato un acceso dibattito sulla legittimità della normativa italiana in materia di equo compenso per gli editori di contenuti giornalistici. La CGUE è chiamata a valutare se la regolamentazione italiana sia conforme alla Direttiva 2019/790 e ai principi fondamentali del diritto dell'Unione Europea.

Se la Corte di Giustizia decidesse di sostenere la posizione di AGCOM, lo farebbe sulla base della tutela degli editori e dell'informazione di qualità, sulla base dello squilibrio del potere contrattuale, poiché Meta e altre piattaforme tecnologiche detengono un'influenza significativa sul mercato dell'informazione *online*, con la capacità di imporre condizioni economiche agli editori e perciò il regolamento italiano serve proprio a riequilibrare questo rapporto; sulla base dei precedenti in altri paesi UE: la Francia ha adottato una normativa simile sull'equo compenso, e Google ha già accettato di pagare gli editori francesi, questo dimostra che il sistema è compatibile con il diritto dell'UE e applicabile a livello pratico; sulla base del principio di equità nel mercato digitale: l'imposizione di un equo compenso può essere vista come uno strumento di giustizia economica per evitare che le piattaforme digitali monetizzino contenuti editoriali senza compensare adeguatamente gli autori.

Dall'altra parte, la CGUE potrebbe accogliere le argomentazioni di Meta, dichiarando illegittima la regolamentazione italiana per le seguenti ragioni: l'articolo 15 della Direttiva 2019/790 prevede diritti esclusivi per gli editori, ma non obblighi di trattativa o divulgazione di dati dettagliati sui ricavi delle piattaforme; l'imposizione di obblighi rigidi sulle piattaforme digitali potrebbe essere considerata una restrizione sproporzionata

alla libertà di impresa garantita dall'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE; un'eccessiva regolamentazione potrebbe scoraggiare le piattaforme digitali nell'operare in Italia o in Europa, limitando la crescita dell'economia digitale; se il regolamento AGCOM lascia troppa discrezionalità all'Autorità nel fissare il compenso, potrebbe essere considerato incompatibile con il principio di certezza del diritto dell'UE. Rimedi alternativi all'equo compenso per tutelare gli editori potrebbero essere rappresentati da sovvenzioni pubbliche dirette agli editori, finanziate con risorse statali o con un'imposta sulle piattaforme digitali. Questo modello potrebbe garantire il sostegno alla produzione di contenuti di qualità senza imporre obblighi diretti alle piattaforme digitali. Tuttavia, sarebbe necessario assicurare che tali aiuti rispettino le normative UE sugli aiuti di Stato, evitando distorsioni della concorrenza.

Un'altra soluzione potrebbe consistere nel rafforzare i sistemi di *paywall* e abbonamento digitale, obbligando le piattaforme digitali a supportare tecnologie che permettano agli editori di controllare l'accesso ai loro contenuti. Le piattaforme potrebbero essere tenute a integrare sistemi che consentano agli editori di implementare modelli di accesso a pagamento, migliorando la sostenibilità economica delle testate giornalistiche.

L'accordo tra Facebook e gli editori italiani raggiunto nell'ottobre 2017 ha mostrato proprio la possibilità di introdurre un modello di *paywall* che consente agli utenti di accedere gratuitamente a un numero limitato di articoli al mese, dopo il quale è necessario sottoscrivere un abbonamento per continuare la lettura.

Sebbene l'accordo abbia rappresentato un passo avanti, alcuni editori hanno espresso preoccupazioni sulla trasparenza dei ricavi generati e sulla dipendenza da un'unica piattaforma.

Per questo motivo, nel corso degli anni, il dibattito sull'equo compenso ha spostato l'attenzione verso modelli più regolamentati, come quelli previsti dalla Direttiva UE 2019/790, che obbligano le piattaforme digitali a riconoscere un compenso equo agli editori per l'uso dei loro contenuti.

La decisione della CGUE avrà un impatto significativo sul futuro dell'industria dell'informazione digitale in Europa. Se da un lato l'equo compenso rappresenta uno strumento per riequilibrare il mercato, dall'altro è necessario garantire che non si trasformi in un vincolo eccessivo per le piattaforme digitali. Qualora la CGUE ritenesse inadeguata la regolamentazione italiana, si potrebbero esplorare soluzioni alternative, che

mantengano l'obiettivo di proteggere gli editori, senza limitare eccessivamente la libertà d'impresa delle piattaforme tecnologiche.

BIBLIOGRAFIA

M. de Reuver, C. Sørensen, R. C. Basole (2018), *The digital platform: a research agenda*, *Journal of Information Technology*

F. Bassan, *Digital Platforms and Global Law*, Edward Elgar Publishing, 2021

European Parliament (2017), Resolution on online platforms and the digital single market (2016/2276 (INI))

Preta, IT Media Consulting position paper, *Dal Platform to Business all'EU Digital Package Quali regole per le piattaforme digitali*, aprile 2021

B. A. Liberatore, Le piattaforme digitali, in *Manuale di diritto privato dell'informatica*, a cura di R. Bocchini, Napoli, 2023

L. Torchia, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2022

V. Zeno-Zencovich, *The EU Regulation of Speech. A Critical View*, in *Rivista di Diritto dei Media*, 1, 2023

E. Birritteri, *Contrasto alla disinformazione*, Digital Services Act e attività di private enforcement: *fondamento, contenuti e limiti degli obblighi di compliance e dei poteri di autonormazione degli operatori*

F. G'sell, *The Digital Services Act*

L. D'Agostino, *Disinformazione e obblighi di compliance degli operatori del mercato digitale alla luce del nuovo Digital Services Act*

L. Torchia, *I poteri di vigilanza*

M. Husovec – I. Roche Laguna, *Digital Services Act: A Short Primer*, in *ssrn.com*

M. Husovec – I. Roche Laguna, *Principles of the Digital Services Act*, Oxford, 2023

E. M. Tripodi, *Le Autorità competenti, i Coordinatori nazionali dei servizi digitali e il Comitato europeo per i servizi digitali. Brevi note*, in *Diritto di internet*, 1, 2023

- G. Buttarelli, *La regolazione delle piattaforme digitali*
- Sabia, *L'enforcement pubblico del Digital Services Act tra Stati membri e Commissione europea: implementazione, monitoraggio e sanzioni*
- Buri, *A Regulator Caught Between Conflicting Policy Objectives*
- P. Glenn (2003), *A transnational concept of law*, in P. Cane, M. V. Tushnet (eds), *The Oxford Handbook of Legal Studies*
- P. Zumbansen (2006), *Transnational law, evolving*, in J.M. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing
- N. Elkin-Koren, M. Perel (2020), *Guarding the guardians: content moderation by online intermediaries and the rule of law*, in G. Frosio (ed.), *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*
- N. Elkin-Koren, M. Perel (2020), *Separation of functions for AI*, *Lewis & Clark Law Review*, 24(3)
- C. Schmitt (1934), *On the Three Types of Juristic Thought*, Praeger
- S. Romano (1918), *The Legal Order*, Routledge, nota 28
- R. van Loo (2020), *The new gatekeepers: private firms as public enforcers*, *Virginia Law Review*
- S. Vezzani (2013), *Prior exhaustion of internal remedies in cases involving the international responsibility of the European Union*, *The Italian Yearbook of International Law*, 22(1)
- Oversight Board Charter, Facebook, https://about.fb.com/wp-content/uploads/2019/09/oversight_board_charter.pdf (<https://perma.cc/H53N-PHP4>)
- K. Klonick (2020), *The Facebook Oversight Board: creating an independent institution to adjudicate online free expression*, *Yale Law Journal*, 8
- J. Grzybowski (2017), *To be or not to be: the ontological predicament of state creation in international law*, *European Journal of International Law*, 28(2)
- R. Portmann (2010), *Legal Personality in International Law*, Cambridge University Press
- H. Lauterpacht (1970), *The subjects of international law*, in E. Lauterpacht (ed.), *International Law. Collected Papers of Hersch Lauterpacht, Volume 1: The General Works*, Cambridge University Press
- ICJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949, 174, 179
- Brownlie (2003), *Principles of Public International Law*, 6th edn, Oxford University Press
- G. Arangio-Ruiz, (2003), *Dualism revisited: international law and interindividual law*, *Rivista di diritto internazionale*, nota 8
- F. Bassan (2020), *La nuova Unione Europea: una politica di crescita sostenibile e solidale necessaria*, *Astrid Rassegna*

- E. Manstenbroek, D. S. Martinsen (2018), *Filling the gap in the European administrative space: the role of administrative networks in EU implementation and enforcement*, *Journal of European Public Policy*, 25(3)
- Bartle, P. Vass (2007), *Self-regulation within the regulatory state: towards a new regulatory paradigm?*, *Public Administration*, 85 (4)
- Rubinstein (2018), *The future of self-regulation is co-regulation*, in E. Selinger, J. Polonetsky, O. Tene (eds), *The Cambridge Handbook of Consumer Privacy*, Cambridge University
- H. Feld (2019), *The Case for the Digital Platform Act: Market Structure and Regulation of Digital Platforms*, Roosevelt Institute
- C. Bush (2019), *Self-regulation and regulatory intermediation in the platform economy*, in M. Cantero Gamito, H. W. Micklitz (eds) (2019), *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering: Standards, Contracts and Codes*, Edward Elgar Publishing
- M. Fink (2018), *Digital co-regulation: designing an above-national legal framework for the platform economy*, *European Law Review*
- R. Wai (2005), *Transnational private law and private ordering in a contested global society*, *Harvard International Law Journal*
- F. Bassan, *Digital Platforms and Global Law*, Edward Elgar Publishing, 2021
- N. Elkin-Koren, M. Perel (2020), *Separation of functions for AI: restraining speech regulation by online platforms*, *Lewis and Clark Law Review*
- R. Carleo, *Il regolamento AGCOM sull' "equo compenso": un modello di co-regolazione in cerca di efficienza*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, n. 2 del 2024
- Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali)
- Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (Direttiva sul commercio elettronico)
- N. Zingales, *The DSA as a Paradigm Shift for Online Intermediaries' Due Diligence: Hail to Meta-Regulation*
- 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
- J. Quintais – N. Appelmann – R. Ó Fathaigh – *Using Terms and Conditions to apply Fundamental Rights to Content Moderation – German Law Journal*, 24(5), 2023
- T. Mylly, *The New Constitutional Architecture of Intellectual Property*, in J. Griffiths – T. Mylly, *Global Intellectual Property Protection and New Constitutionalism – Hedging Exclusive Rights*, Oxford, 2021
- P. Zumbansen, *The Law of Society: Governance Through Contract*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 14(1), 2007

- W. Hartzog – A. Melber – E. Salinger, *Fighting Facebook: A Campaign for a People’s Terms of Service Center*, in *cyberlaw.stanford.edu*, 2013
- G. De Gregorio, *Digital Constitutionalism in Europe: Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge, 2022
- M. Senftleben – J. P. Quintais – A. Meiring, *Outsourcing human rights obligations and concealing human rights deficits: the example of monetization under the CDSMD and the DSA*, 2023
- M. Perel – N. Elkin-Koren, *Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement*, in *Stanford Technology Law Review* 19, 473, 2016
- J. A. Goldstein – G. Sastry – M. Musser – R. DiResta – M. Gentzel – K. Sedova, *Generative Language Models and Automated Influence Operations: Emerging Threats and Potential Mitigations*, 2023
- Z. Akhtar – *Deepfakes Generation and Detection: A Short Survey*, *Journal of Imaging*, 2023
- Patel – J. Sattler, *Creatively malicious prompt engineering*, 2023
- Palumbo – Piemonte, *Delega di funzioni regolamentari e lotta ai rischi sistematici causati dalla disinformazione nel Digital Services Act: quali rischi per la libertà di espressione?*
- A. Papa, *Democrazia della comunicazione e formazione dell’opinione pubblica*, in *Federalismi.it*, 2017
- A. Papa, *La tutela del diritto d’autore: quali prospettive alla luce del rinnovato quadro normativo europeo e nazionale*, nella Rivista *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2023
- G. Rapaccini, *Il nuovo diritto connesso degli editori online (artt. 15 e 16)*, in “*Il diritto d’autore nel mercato unico digitale*” di S. Lavagnini
- G. Colangelo, *Copyright, news, digitale: decreto da ripensare*, 4 agosto 2021
- Finocchiaro – Pollicino, *Il recepimento della Direttiva Copyright. Il caso italiano in una prospettiva comparata ed europea*, *Media Laws*
- Montagnani M.L., *Internet, contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*, Milano, 2018
- Colangelo G., *L’Italia stravolge la Direttiva Copyright. Secondo il prof. Colangelo, sarà un grosso problema*, intervista di G. Rutelli, in *Formiche*, 31 luglio 2021
- Scialdone M., *Il governo dà l’ok al decreto sulla Direttiva Copyright. Cosa non funziona secondo Scialdone (UER)*, intervista di G. Rutelli, in *Formiche*, 5 agosto 2021
- I. Genna, *Direttiva copyright: tutti i rischi di una legge nazionale precipitosa*, 21 maggio 2020, in *Agenda Digitale*
- Balkin J., *Free Speech and Hostile Environments*, in *Columbia Law Review*, 99, 1999
- Bassini M.-De Gregorio G., *The implementation of the Copyright Directive in Italy and the proper understanding of the “best efforts” clause*, in *medialaws.eu*, 29 marzo 2021
- I. Genna, *Copyright, tutti i nodi della direttiva per il recepimento in Italia e gli impatti prevedibili*, in *Agenda Digitale*, 1° aprile 2019

- M. Fasan, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, in *Rivista di BioDiritto*, 1, 2019
- A. Papa, “*Democrazia della comunicazione*” e formazione dell’opinione pubblica, in P. Bilancia (a cura di), *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Torino, 2018
- C. Casonato, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, numero speciale, maggio 2019
- G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell’era di Internet*, in *Media Laws*, 1, 2018
- A. D’Aloia, *Il diritto verso “il mondo nuovo”. Le sfide dell’Intelligenza artificiale*, in *Rivista di BioDiritto*, 1, 2019
- A. Perruzzi – F. Zollo – A. L. Schmidt – W. Quattrociochi, *From Confirmation Bias to Echo-Chambers: a data-driven approach*, in *Sociologia e Politiche Sociali*, 3, 2018
- J. M. Reyes, *Social network, polarizzazione e democrazia: dall’entusiasmo al disincanto*, in E. Vitale – F. Cattaneo (a cura di), *Web e società democratica. Un matrimonio difficile*, Torino, 2018
- G. Giacomini, *Potere digitale. Come Internet sta cambiando la sfera pubblica e la democrazia*, Milano, 2018
- G. Riva, *Fake news*, Bologna, 2018
- R. Montaldo, *La tutela del pluralismo informativo nelle piattaforme online*, in *MediaLaws*, n.1/2020
- F.R. De Martino, *L’attualità del principio pluralista come problema*, in *Rivista AIC*, 2, 2019
- G. Sartori, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei*, Milano, 2000
- C.R. Sunstein, *#republic. La democrazia nell’epoca dei social media*, Bologna, 2017
- Y. Mény, *Popolo ma non troppo. Il malinteso democratico*, Bologna, 2019
- E. Assante, *Cosa ci può insegnare il caso Cambridge Analytica*, in *federalismi.it*, 25 aprile 2018
- I. Diamanti – M. Lazar, *Popolocrazia. La metamorfosi delle nostre democrazie*, Bari, 2018
- B. Caravita, *Social network, formazione del consenso, istituzioni politiche: quale regolamentazione possibile?*, in *federalismi.it*, 23 gennaio 2019
- M. Delmastro – A. Nicita, *Big Data – Come stanno cambiando il nostro mondo*, Bologna, 2019
- B. Caravita, *Il consenso ai tempi dei social*, in *federalismi.it*, 20 giugno 2018
- A. D’Atena, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell’era digitale*, in *Rivista AIC*, 2, 2019
- S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957
- E. Cheli, *La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana in materia di media*, in www.cortecostituzionale.it, giugno 2013
- A. PAPA, *La tutela del pluralismo informativo in Rete. Il ruolo e le prospettive della direttiva europea 2019/790*, in AA. VV., *Il diritto d’autore nell’era digitale*, a cura di A. Papa, Torino, 2023, 2019

- Zancan, *La nuova direttiva sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale*
- F. Tozzi, *Value gap e diritti d'autore*, in *Il diritto d'autore nell'era digitale*, a cura di A. Papa, Torino, 2019
- V. GHIONNI, *Gli impatti del decreto legislativo sulle imprese editoriali*
- F. Donati, *L'art 21 della Costituzione sessanta anni dopo*, in *Riv. dir. Media*, 1, 2018
- A. Famengo, *Giornali: on line vs carta*, in *Almanacco della Scienza*
- M. Granieri, *Google News: problemi (sempre più) aperti tra proprietà intellettuale e concorrenza*, in *Foro it.*, 2015
- AGCM, *Segnalazione ai sensi dell'art. 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 in merito alla tutela dei contenuti editoriali su internet*, 17 gennaio 2011
- F. Di Tano, *Diritto d'autore e aggregatori di notizie online: spunti dal caso federazione Italiana Editori Giornali vs. Google News Italia*, in *Cyberspazio e Diritto*, vol. 12(2), 2011
- AGCM, AS787 – *Tutela dei contenuti editoriali su internet*, 17 gennaio 2011
- EU Commission, *Staff Working Document. Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules*, 14 settembre 2016
- E. Rosati, *DSM Directive Series #2: is the press publishers' right wainable?*, in *IPKat*, 1° Aprile 2019
- F. Posteraro, *La tutela amministrativa del diritto d'autore online*, in *Il diritto d'autore nell'era digitale* di A. Papa
- P. Del Vecchio, *Le peculiarità del Regolamento AGCOM*, in *Il diritto d'autore nell'era digitale* di A. Papa
- C. Meo, *Dipendenza economica tra società di gestione collettiva e social network: spunti alla luce del caso Meta c. SLAE*, in *AIDA, Annali Italiani del Diritto d'Autore*, 2023
- G. Portonera, *La nuova disciplina dell'abuso di dipendenza economica: una presunzione di troppo?*, Istituto Bruno Leoni, *Focus*, 2024, n. 367
- A. Iannotti della Valle, *Meta-SLAE: i paletti del Consiglio di Stato alla presunzione di dipendenza economica*, Istituto Bruno Leoni, *Focus*, 2024, n. 373
- G. Pellicano, *C'è una via transatlantica all'IA? La proposta di Pellicano*, in *Formiche.net*
- C. Doctorow, biografia pubblicata sul sito “*Creative Commons*” del 2006
- V. Falce – M.L. Bixio, *Verso un nuovo diritto connesso a favore degli editori on line. Brevi note su recenti derive (iper)-protezionistiche*, in *Diritto Mercato Tecnologia*
- M. Ingram, *An AI engine scans a book. Is that copyright infringement or fair use?*, in *Colombia Journalism Review*, October 26, 2023
- Commissione europea, *Notizie giornalieri - Copyright: Commission calls on Member States to comply with EU rules on copyright in the Digital Single Market*, 26.07. 2021

Agcom, *Indagine conoscitiva su informazione e internet in Italia, modelli di business, consumi, professioni*, di cui alla delibera n. 146/15/CONS

G. Mari, *Rassegne stampa digitali e 11 parole d'autore*, in *Il Diritto d'autore*, 2009, 4

A. Stazi, *La pubblicità commerciale online*, Milano, Giuffrè, 2004

G. M. Riccio, *Concorrenza sleale e tutela dei consumatori nelle reti telematiche*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informazione*, 2006

G. Lucchetta, *Is the Google Platform a Two-Sided Market?*, *Journal of Competition Law & Economics*, 2013

R. Clarizia, *I giorni telematici*, in *AIDA*, 1998

A. Cogo, *"Linking" e "framing" al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014

CEPS, *Should we tax the Internet? – Comments on ancillary copyrights for press publishers*

V. Falce, *La modernizzazione del diritto d'autore*, Torino, Giappichelli, 2012

Testo presentato dall'Accademia Italiana del Codice di Internet alla consultazione aperta dalla Commissione Europea in materia

D. Mula, *Distribuzione digitale di singole testate ed edicole virtuali. Il caso Google News, forme di remunerazione e diritti*, in *Prove di resistenza del diritto d'autore. Modelli di distribuzione delle opere sulle piattaforme digitali. Incontro in memoria di Mario Fabiano*, S. Ercolani a cura di Aracne 2017

G. Scorza, *Antitrust: Fieg vs. Google News 0-1*, *Daily Wired*, 10/03/2011

AGCM, *Tutela dei contenuti editoriali su Internet*, 03/04/2011

Indagine conoscitiva dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, *Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*, 03/04/2011

S. Gordon, *How Compulsory License For Internet Might Help Music Industry Woes*, 03/04/2011

T. Margoni, *Il Three-Step Test nel diritto d'autore: tra necessità di bilanciamento e mancanza di ragionevolezza*, Centro NEXA per Internet e la Società, Politecnico di Torino, 03/04/2011

V. Falce, *Link e citazioni a rischio. Si va verso un ancillary copyright a favore degli editori? Speriamo di no*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 28 maggio 2016

P. Costanzo, *Motori di ricerca: un altro campo di sfida tra logiche del mercato e tutela dei diritti*, in *Diritto dell'Internet*, 2006

M. Ricolfi, *La tutela delle pubblicazioni giornalistiche in caso di uso online*, in *AIDA*, 2019

ANSA, *Francia: Google ricorre in appello su maxi-multa da 500 mln*, 1.09.2021

Ordinanza 12 maggio 2021, n. 580 del Ministero della Cultura, JORF n. 0111 del 13.05.2021

B. Spitz, *Press Publishers'right: the French Competition Authority orders Google to negotiate with the publishers*, 14 aprile 2020, in *Kluwer Copyright Blog*

C. Trevisi, *Il nuovo diritto connesso a beneficio delle agenzie di stampa e degli editori. La protezione ricercata dell'art. 15 Direttiva (UE) 2019/790 e la prima applicazione europea: il caso francese*, in *medialaws.eu*, 13 ottobre 2020

I. Ferranti, *Copyright, i problemi irrisolti dopo la Direttiva UE*, 23 gennaio 2020, in *Agenda Digitale*

M. Rosemain, *Exclusive: Google's \$76 million deal with French publishers leaves outlets infuriated*, in *Reuters*, 12 febbraio 2021

U. Furgal, *Press publishers' right: social media enter the stage*, 4 novembre 2021, in *Kluwer Copyright Blog*

E. Rosati, *The German 'Google Tax' law: groovy or greedy?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice* (2013) 8 (7), p. 497

T. Thiem, *Iter della direttiva 2019/790 e sua implementazione in Europa e in Italia*, in "Il diritto d'autore nel mercato unico digitale" di S. Lavagnini

Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, Bundesgesetzblatt 2021 I, 1204

Disegno di legge del governo tedesco, Bundestags-Drucksache 19/27426

Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, GU L 95 del 21.4.1993

AG Saugmandsgaard Øe

Legge tedesca sul diritto d'autore

Codice civile tedesco

Bill C-11: The Copyright Modernization Act

Crowne, *Parody as Fair Dealing in Canada: A Guide for Lawyers and Judges*, in *4 Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2009

ANSA, 4 marzo 2024

Perrotti E.-Pollicino O.-De Gregorio G., *Flexing the Muscles of Information Power. On the Australian News Media Mandatory Bargaining Code*, in *Verfassungsblog*, 26 febbraio 2021

GIURISPRUDENZA

Sentenza Corte costituzionale n. 84 del 17 aprile 1969

Corte costituzionale, sentenza n. 105 del 1972

Corte costituzionale, sentenza n.112 del 1993

Corte costituzionale, sentenza n.94 del 1977

Sentenza n. 206/2019 Corte costituzionale

TAR Lazio, 30.10.2023, n. 16069/2023 Reg.Prov.Coll., n. 08974/2023 Reg.Ric., n. 08975/2023 Reg.Ric.

CGUE, C-401/19, *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea* (2022), 73, 74 e 75

CGUE, 24.11.2011, C-70/2010 *Scarlet ext. SA c. Sabam*

CGEU, 22.6.2021, *You Tube c. Cyando*

CGUE, 12.7.11, *L'Oreal SA e altri c. E-Bay*, C-324/09

Sentenza della CGUE nella causa *Svensson*, C-466/12

CGUE 7 marzo 2013, C-607/11, *ITV Broadcasting*

CEDU, 1.12.2015, *Cengiz c. Turchia* CE:ECHR:2015:1201JUD 004822610