

AS1788 - RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA UE 2019/790 (DIRETTIVA COPYRIGHT)

Roma, 8 settembre 2021

Presidente del Senato
Presidente della Camera dei Deputati
Presidente del Consiglio dei Ministri
Ministro della Cultura
Presidente 2^a Commissione permanente del Senato (Giustizia)
Presidente 5^a Commissione permanente del Senato (Bilancio)
Presidente 8^a Commissione permanente del Senato (Lavori pubblici, comunicazioni)
Presidente 10^a Commissione permanente del Senato (Industria, commercio, turismo)
Presidente 14^a Commissione permanente del Senato (Politiche dell'Unione europea)
Presidente VII Commissione della Camera dei Deputati (Cultura, Scienza e Istruzione)
Presidente IX Commissione della Camera dei Deputati (Trasporti)
Presidente XIV Commissione della Camera dei Deputati (Politiche dell'Unione europea)

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'adunanza del 31 agosto 2021, ha ritenuto di esprimere il seguente parere, ai sensi dell'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, sullo Schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva (UE) 2019/790 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE (295) (di seguito anche Direttiva Copyright), in attuazione dell'articolo 9 della legge 22 aprile 2021, n. 53, *Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2019-2020*.

La Direttiva Copyright affronta due temi cruciali collegati all'utilizzo di opere, da intendersi quali fattispecie tutelabili ai fini del diritto d'autore, in *Internet* da parte delle grandi piattaforme del *web*, ovvero: l'uso delle pubblicazioni giornalistiche da parte dei prestatori dei servizi di informazione e l'uso di opere sulle piattaforme di condivisione, rispettivamente oggetto degli articoli 15 e 17 della Direttiva.

Prescindendo da possibili ulteriori profili di legittimità costituzionale e di conformità ai principi dell'Unione europea, ad avviso dell'Autorità, lo Schema di decreto in esame introduce, in recepimento delle disposizioni della citata Direttiva, previsioni che, oltre ad essere estranee - e pertanto - non conformi ai principi indicati dall'articolo 9 della Legge di delegazione (articolo 77, comma 1, Cost.), sono altresì idonee a restringere ingiustificatamente la concorrenza.

Quanto all'articolo 15 della Direttiva in merito agli utilizzi *online* delle pubblicazioni di carattere giornalistico, l'articolo 1, lett. *b*), dello Schema di decreto introduce l'articolo 43-*bis* della legge 22 aprile 1941, n. 633 (Legge sul diritto d'autore), in relazione al quale si evidenziano le seguenti criticità concorrenziali.

In via preliminare, l'Autorità osserva che l'articolo 15 della Direttiva è inserito tra le misure a "*tutela del buon funzionamento del mercato*" e, in quanto tale, ha un impatto diretto sullo sviluppo delle dinamiche competitive del settore e, conseguentemente, si intreccia con l'intervento dell'Autorità a tutela della concorrenza. In questo contesto, l'Autorità rileva che l'articolo 1, lett. *b*), dello Schema di decreto appare travalicare i limiti posti dal legislatore europeo e dalla delega parlamentare, introducendo fattispecie soggettive e oggettive non previste dalla disciplina eurounionale e individuando meccanismi negoziali limitativi della libertà contrattuale degli operatori economici.

Le tutele accordate dalla Direttiva Copyright non dovrebbero, infatti, essere perseguite con strumenti di natura pubblicistica - peraltro particolarmente invasivi - e con interventi di regolazione che determinano ingiustificati vincoli alla autonomia negoziale delle parti e, in definitiva, al funzionamento dei mercati, soprattutto in assenza di evidenze circa possibili fallimenti del mercato. Al contrario, queste tutele dovrebbero essere garantite consentendo il riequilibrio tra le forze contrattuali delle parti, anche attraverso un potenziamento del ruolo degli enti che professionalmente e in maniera sistematica curano le posizioni dei propri associati/mandanti attraverso la negoziazione delle licenze. In tal modo, le negoziazioni per la concessione di licenze e per la pattuizione dell'equo compenso verrebbero svolte nel rispetto dei principi di autonomia negoziale e contrattuale, soprattutto in mercati soggetti a rapidi e profondi cambiamenti determinati dall'innovazione tecnologica e che necessitano di ritrovare autonomamente un proprio equilibrio concorrenziale.

Pertanto, per rafforzare il potere contrattuale di autori ed editori nell'ambito delle negoziazioni dei diritti con gli utilizzatori e al fine di tenere conto dell'evoluzione del mercato e della disciplina di riferimento, dovrebbe essere riconosciuto il ruolo di intermediazione degli organismi di gestione collettiva e delle entità di gestione indipendenti, di cui alla Direttiva (UE) 2014/26 (c.d. Direttiva Barnier), recepita dal decreto legislativo 15 marzo 2017, n. 35. Non è superfluo ricordare come la normativa a tutela della concorrenza abbia sovente consentito alle autorità competenti di sanzionare e/o risolvere gli aspetti patologici delle relazioni tra le imprese, quali abusi e altre forme di restrizioni concorrenziali ricadenti nei divieti previsti dalle disposizioni eurounitarie e nazionali.

Per altro verso, il nuovo articolo 43-*bis* della Legge sul diritto d'autore, attualmente in esame, nell'indicare i parametri per la definizione dell'entità dell'equo compenso, prevede variabili quali la durata dell'attività e la rilevanza degli editori, nonché il numero di giornalisti impiegati, che lungi dal contribuire a quantificare l'apporto al risultato economico del contenuto citato, sono invece idonei a determinare improprie discriminazioni a sfavore degli editori nuovi entranti e di dimensioni minori, favorendo ingiustificatamente gli editori *incumbent*.

Infine, lo Schema di decreto, diversamente da quanto previsto dalla Legge di delegazione, non appare fornire una definizione adeguata del concetto di «*estratti molto brevi*», di cruciale importanza per la distinzione tra l'opera che deve essere oggetto di remunerazione e la sua rappresentazione sintetica che non beneficia di tutela. In particolare, in base allo Schema di decreto, per estratto molto breve di pubblicazione di carattere giornalistico deve intendersi «*qualsiasi porzione di tale pubblicazione che non dispensi dalla necessità di consultazione dell'articolo giornalistico nella sua integrità*».

Orbene, l'Autorità rileva che tale definizione appare eccessivamente generica e di difficile applicazione pratica, risultando così inidonea a contribuire alla certezza della tutela riconosciuta dalla Direttiva Copyright agli editori e agli autori. La nozione di «*estratti molto brevi*» dovrebbe, pertanto, essere ricondotta entro i parametri certi e definiti, abitualmente utilizzati nel settore di riferimento e di immediata applicazione, quali ad esempio il numero di caratteri/battute dell'estratto.

Inoltre, l'Autorità rileva che le modalità di recepimento in Italia dell'articolo 15 non trovano riscontro nemmeno nelle esperienze maturate in alcuni dei principali Stati membri che già hanno concluso l'iter di recepimento.

In particolare, la legge tedesca, approvata il 20 maggio 2021 ed entrata in vigore il 1° agosto 2021, prevede il riconoscimento della tutela di cui all'articolo 15 della Direttiva mediante una trasposizione letterale del testo della Direttiva, mentre la legge francese (legge 24 luglio 2019, n. 2019-775) stabilisce che il diritto connesso può essere concesso in licenza dagli editori e affidato in gestione a uno o più organismi di gestione collettiva.

Per quanto riguarda la remunerazione dovuta a seguito dell'esercizio del diritto connesso («*equo compenso*»), la legge francese dispone che: *i)* questa debba essere calcolata sulla base di tutte le entrate dirette e indirette derivanti dall'utilizzo del diritto o, in mancanza, su base forfettaria; *ii)* per determinarne l'ammontare devono essere considerati tutti gli investimenti sostenuti dagli editori e dalle agenzie di stampa, il contributo fornito dalla pubblicazione giornalistica all'informazione politica e generale e l'importanza dell'utilizzo della pubblicazione giornalistica per il servizio *online* di comunicazione al pubblico; *iii)* i servizi di comunicazione *online* al pubblico (ossia le piattaforme) sono tenuti a fornire agli editori e alle agenzie di stampa tutti gli elementi informativi riguardanti gli usi delle pubblicazioni giornalistiche da parte dei loro utenti, necessari a una valutazione trasparente della remunerazione e della sua ripartizione.

Per quanto riguarda l'articolo 17 della Direttiva in merito ai servizi di condivisione dei contenuti *online* – la cui *ratio*, come noto, è quella di colmare il divario tra il valore economico prodotto da un contenuto e l'effettiva remunerazione riconosciuta ai titolari dei diritti (c.d. *value gap*) – giova preliminarmente rilevare che la Commissione europea ha pubblicato, in data 4 giugno 2021, la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al consiglio, *Orientamenti sull'articolo 17 della Direttiva 2019/790 sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*, prevista dall'articolo 17, par. 10, della Direttiva medesima, con l'obiettivo di sostenere un recepimento corretto e coerente di questa disposizione in tutti gli Stati membri.

Al riguardo, si rileva come lo Schema non appare recepire adeguatamente la Direttiva con riferimento ad alcuni punti fondamentali dell'articolo 17, anche alla luce degli orientamenti forniti della Commissione con la Comunicazione sopra richiamata.

In primo luogo, l'Autorità, analogamente a quanto già rilevato in merito al recepimento dell'articolo 15 della Direttiva, ritiene che lo Schema di decreto non abbia tenuto in dovuta considerazione il quadro complessivo della disciplina sulla gestione del diritto d'autore, modificata a seguito del recepimento della richiamata Direttiva Barnier con l'introduzione di una disciplina organica dei requisiti e del sistema di vigilanza delle imprese di intermediazione cui gli aventi diritto possono rivolgersi, sulla base di una libera scelta, per la gestione dei diritti d'autore, dei diritti connessi e del compenso copia privata. Le imprese di intermediazione, infatti, svolgono un ruolo cruciale nella negoziazione delle licenze e nella tutela dei diritti dei propri iscritti.

In questo contesto e coerentemente con gli Orientamenti della Commissione, sarebbe auspicabile che la declinazione normativa «*dei massimi sforzi*» che il prestatore di servizi deve porre in essere per ottenere le necessarie autorizzazioni, includa l'effettivo coinvolgimento delle imprese di intermediazione attive e la cui operatività è già oggi sottoposta, dall'ordinamento vigente, alla verifica del rispetto di ampi obblighi di trasparenza. Parimenti, sarebbe necessario un esplicito richiamo all'articolo 16 («*Concessione delle licenze*») della già citata Direttiva n. 2014/26/UE,

che stabilisce principi essenziali delle negoziazioni sia nei rapporti con gli utilizzatori, sia nei rapporti con i titolari dei diritti.

Infatti, sono note nel settore le difficoltà alle quali spesso vanno incontro le imprese di intermediazione nell'affermare il proprio ruolo innanzi agli utilizzatori e come ciò comporti non solo distorsioni delle dinamiche competitive del settore ma anche una compressione delle posizioni giuridiche ed economiche dei titolari dei diritti. Il riconoscimento esplicito (e doveroso) di un loro ruolo, stante l'attuale evoluzione dei mercati, avrebbe effetti positivi a cascata in una prospettiva più ampia. Il riferimento alle imprese di intermediazione dovrebbe quindi costituire un elemento ricorrente in questa, come in tutte le altre disposizioni dello Schema del decreto legislativo che si riferiscono alla negoziazione sull'utilizzazione/remunerazione diritti.

Il filo conduttore che dovrebbe permeare lo Schema di decreto dovrebbe essere, infatti, lo sviluppo di strumenti che favoriscono l'efficace negoziazione dei diritti, sulla base dell'autonomia negoziale delle parti interessate e del rispetto del principio della libertà d'impresa. Le *collecting* sono per definizione gli enti preposti a stipulare le licenze in nome e per conto dei propri iscritti e a tutelarne i diritti: un rafforzamento del loro ruolo anche nella fase patologica della gestione dei diritti – ovvero in caso di controversia con i prestatori dei diritti *online* – migliorerebbe l'efficacia della tutela del diritto d'autore nel suo complesso.

Inoltre, considerando che la Direttiva Copyright è adeguatamente dettagliata e che la Commissione ha già pubblicato gli orientamenti utili in materia, l'Autorità ritiene che ogni ulteriore livello di regolazione rispetto alla normativa primaria di recepimento, rischia di compromettere l'omogeneità dell'applicazione della Direttiva negli Stati membri, per cui sarebbe più efficace prevedere il coinvolgimento di organismi esistenti costituiti dai rappresentanti del settore (eventualmente con un'apposita rimodulazione, potenziando la presenza delle imprese di intermediazione), nonché, parallelamente, rafforzare gli strumenti di mediazione da esperire innanzi ai Tribunali competenti. In ogni caso, lo Schema di decreto dovrebbe precisare che i reclami dei soggetti interessati devono essere di facile accessibilità e gratuiti per gli utenti.

Alla luce di quanto precede, l'Autorità ritiene che il recepimento in Italia della Direttiva Copyright presenti, allo stato, rilevanti criticità concorrenziali che potrebbero compromettere lo sviluppo dei mercati relativi all'intermediazione dei diritti nel contesto digitale.

Infatti, le previsioni innanzi indicate delineano un approccio eccessivamente dirigistico, con un pervasivo, e sovente inefficace, intervento dei pubblici poteri che non incentiva il dispiegarsi di corrette dinamiche negoziali e che peraltro è foriero di significative e ingiustificate discriminazioni concorrenziali. Al contrario, lo spirito della Direttiva Copyright richiede lo sviluppo di strumenti che favoriscono l'efficace contrattazione dei diritti, sulla base del libero esplicarsi dell'autonomia negoziale delle parti interessate e del rispetto del principio della libertà d'impresa.

L'Autorità auspica che le osservazioni sopra svolte possano essere tenute adeguatamente in considerazione nell'ambito dell'iter di recepimento in corso.

Il presente parere sarà pubblicato sul bollettino ai sensi dell'articolo 26 della legge n. 287/90.

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli