

**Laura Marchegiani**  
Università degli Studi di Macerata

## Le licenze multiterritoriali per l'uso *online* di opere musicali nella disciplina comunitaria della gestione collettiva dei diritti d'autore: profili concorrenziali<sup>1</sup>

**Sommario:** 1. Premessa – 2. La disciplina delle licenze multiterritoriali, tra regolazione e concorrenza – 3. Segue. Le decisioni “Cisac” e “Osa”. Verso il recupero della territorialità nell'intermediazione dei diritti *online*? – 4. L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina comunitaria delle licenze multiterritoriali – 5. Lo statuto concorrenziale degli organismi di gestione collettiva che concedono licenze multiterritoriali per i diritti *online* – 6. Conclusioni

### 1. Premessa

Dare nuovo slancio all'economia europea attraverso il mercato unico digitale, da considerarsi come *locus artificialis* ove l'incontro tra domanda e offerta è costruito, governato, orientato e controllato dalla legge<sup>2</sup> e le potenzialità insite nel mercato unico potranno raggiungere una compiuta realizzazione, pure attraverso la promozione e lo sviluppo

---

<sup>1</sup> Il testo riprende, con il corredo delle indicazioni bibliografiche e tenendo conto dell'evoluzione *medio tempore* del quadro normativo di riferimento, le considerazioni esposte nel corso del convegno dal titolo “Il mercato unico digitale”, tenuto nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata il 26 ottobre 2016.

<sup>2</sup> Una particolare suggestione esercita infatti la notissima definizione di N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2001, p. 112, se applicata alla materia antimonopolistica, ove la regolazione rappresenta in effetti il “significante” del concetto di mercato. In senso convergente, si veda l'ampia analisi di M. Libertini, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir., Annali*, III, 2011, pp. 191 ss..

della distribuzione online delle opere dell'ingegno<sup>3</sup>, rappresenta uno degli obiettivi-cardine della Agenda digitale europea<sup>4</sup>, che puntualmen-

---

<sup>3</sup> Sottolinea le connessioni tra la promozione di una società digitale e la costruzione di un quadro regolatorio che favorisca lo sviluppo di nuovi modelli di distribuzione *online* delle opere dell'ingegno, allo scopo di stimolare le risorse creative e innovative presenti in ambito comunitario e promuoverne l'imprenditorialità nel settore culturale, M.L. Montagnani, *Il diritto d'autore nell'era digitale. La distribuzione online delle opere dell'ingegno*, Milano, 2012, pp. 77 ss..

<sup>4</sup> COM (2010) 245 del 26 agosto 2010, di cui si veda in particolare l'Azione fondamentale 1. Ma il sostrato politico dell'iniziativa può essere più compiutamente compreso alla luce della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva [COM (2010) 2020], che evidenzia la necessità di realizzare un mercato unico per i contenuti e i servizi *online*, attraverso “mercati europei sicuri e senza frontiere per i servizi web e i contenuti digitali, caratterizzati da alti livelli di fiducia, un quadro normativo equilibrato con regimi chiari in materia di diritti, promozione delle licenze multi-territoriali, tutela e remunerazione adeguate per i titolari dei diritti”.

La traiettoria evolutiva orientata al superamento delle limitazioni connesse alla territorialità delle legislazioni nazionali in tema di diritto d'autore è stata intrapresa fin dal Libro verde del 1988 “Il diritto d'autore e le sfide tecnologiche”, 7 giugno 1988, COM (88) 172 def.: tra i documenti di maggiore rilievo, possono utilmente consultarsi la Comunicazione della Commissione “Un mercato unico dei diritti di proprietà intellettuale”, 24 maggio 2011, COM(2011) 287 def., in ordine alla creazione di un quadro globale per il diritto d'autore nel mercato unico digitale, ed alla previsione di un quadro di *governance* europeo promotore dell'uso efficiente delle tecniche di tutela per creatori e utilizzatori delle opere; il Libro verde sulla distribuzione *online* di opere audiovisive nell'Unione europea del 13 luglio 2001, COM (2011) 427 def., che pone l'accento sull'esigenza di semplificazione dei processi di concessione delle licenze relative al diritto d'autore”. Più di recente, la modernizzazione della legislazione comunitaria in tema di diritto d'autore ha insistito sull'individuazione delle modalità tecniche di superamento della frammentazione territoriale dei diritti, che persiste pure a fronte di “sistemi di regolazione giuridica regionali” (P. Spada, *Parte generale*, in Auteri e al., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2016, p. 40) per lo più agendo a favore di una maggiore connettività, della facilitazione all'accesso dei servizi in linea, del potenziamento della portabilità transnazionale dei contenuti protetti e dei servizi che li utilizzano, ma anche usando gli strumenti di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri: si vedano, in particolare, la Comunicazione della Commissione “Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore”, 9 dicembre 2015, COM (2015) 626 *final* e la Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che garantisce la portabilità transfrontaliera dei servizi di contenuti online nel mercato interno COM (2015) 627 *final*, nonché, principalmen-

te individua, nel descrivere le Azioni fondamentali all'uopo necessarie, l'esigenza di semplificare le procedure di autorizzazione e di gestione del diritto d'autore per concedere licenze transfrontaliere, da un lato, e l'opportunità di rafforzare le regole di *governance*, di trasparenza e di capacità di trattare licenze paneuropee sui diritti online, dall'altro<sup>5</sup>.

Una simile cornice regolatoria, secondo la Commissione Europea, attenuerebbe gli effetti deterrenti allo sviluppo di un mercato dei prodotti culturali che sono insiti nella frammentazione territoriale della disciplina sostanziale dei diritti d'autore<sup>6</sup> contribuendo alla creazione di un "mercato unico pienamente funzionante", ove creatività degli autori e capacità di promuovere servizi transfrontalieri innovativi da parte degli utilizzatori delle opere, potrebbero definitivamente espandersi<sup>7</sup>.

Nel quadro programmatico così delineato, si inserisce la nuova disciplina della concessione di licenze multiterritoriali per l'uso *online*

---

te, la Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce norme relative all'esercizio del diritto d'autore e dei diritti connessi applicabili a talune trasmissioni online degli organismi di diffusione radiotelevisiva e ritrasmissioni di programmi televisivi e radiofonici, COM (2016) 594 e la Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale COM (2016) 593. Per una revisione critica dell'approccio sotteso al c.d. "copyright package" del 14 settembre 2016, comprensivo anche dell'implementazione del Marrakesh Treaty (Proposta di Regolamento COM (2016) 595 *final*), si vedano le osservazioni generali di MAX PLANCK INSTITUTE, *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules*, al sito [www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI\\_Position\\_Statement\\_Part\\_A\\_Update24022017.pdf](http://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI_Position_Statement_Part_A_Update24022017.pdf)

<sup>5</sup> Comunicazione della Commissione del 26 agosto 2010 COM (2010) *final* "Un'agenda digitale europea", p. 10.

<sup>6</sup> Si veda, ad esempio, la Comunicazione della Commissione "Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore", cit.

<sup>7</sup> L'attività di distribuzione online autorizzata di opere musicali si confronta, in Europa, con evidenti criticità, soprattutto dovute alla complessità delle transazioni in ambiente digitale ed alla non costante possibilità di accedere, sul territorio europeo, ad un ampio repertorio di opere per una vasta gamma di servizi musicali, Commission Staff Working Document, Impact Assessment 11 luglio 2012, SWD(2012) 204 *final*, p. 21

delle opere musicali, introdotta, in un'apposita sezione<sup>8</sup>, con la Direttiva di riordino del sistema di gestione collettiva dei diritti d'autore<sup>9</sup>. Il percorso regolatorio della materia è tuttavia più risalente, potendosi individuare l'atto introduttivo, almeno per quanto concerne il profilo di disciplina delle licenze multiterritoriali per gli usi online delle opere musicali, nella Raccomandazione della Commissione dell'ottobre 2005 in tema di gestione transfrontaliera dei diritti d'autore e dei diritti connessi<sup>10</sup> che aveva già tentato di imprimere una spinta modernizzatrice ai

---

<sup>8</sup> Secondo il Parere del comitato economico e sociale europeo, COM (2012) 372 final – 2012/0180 (COD), in G.U. dell'Unione europea, 13 febbraio 2013, § 3.4, “sarebbe forse stato preferibile presentare due progetti di direttiva, una di portata generale sulle società di gestione collettiva e l'altra relativa alle licenze multiterritoriali per la distribuzione della musica online”. Tuttavia, la stretta connessione tra le regole poste a presidio della trasparenza della gestione e della contabilità delle *collecting societies* e i meccanismi di ricerca dell'efficienza nella gestione delle licenze paneuropee si evidenzia nelle previsioni in materia di capacità di trattamento elettronico dei dati (art. 24), di trasparenza e correttezza delle informazioni sui repertori (artt. 25-26) e di correttezza e puntualità nelle comunicazioni sull'uso e sulle fatturazioni (art. 27) e nel pagamento dei titolari dei diritti (art. 28), che compongono lo statuto delle *collecting* dotate di *passport* per la concessione di licenze paneuropee. Inoltre, la combinazione di più intensi requisiti di trasparenza nell'azione delle società intermediarie con la previsione di condizioni abilitanti per la concessione del *passport* per la concessione di licenze paneuropee consentirebbe ai titolari dei diritti di avere una chiara rappresentazione, comprese le implicazioni di carattere finanziario, dell'opportunità che la loro società gestisca direttamente o tramite un accordo di rappresentanza la concessione multiterritoriale delle licenze, scegliendo, di caso in caso, la soluzione più appropriata e coerente con gli interessi dei titolari medesimi, *Impact of Assessment*, cit., pp. 190 ss..

<sup>9</sup> Il riferimento è al Titolo III della Direttiva 2014/26/UE del 26 febbraio 2014 sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso *online* nel mercato interno ed al “corrispondente” capo III del D.Lgs. 15 marzo 2017, n. 35, (in G.U. n. 72 del 27 marzo 2017), che ne ha dato attuazione nell'ordinamento italiano.

<sup>10</sup> Raccomandazione della Commissione, del 18 ottobre 2005, sulla gestione transfrontaliera dei diritti d'autore e dei diritti connessi nel campo dei servizi musicali *on line* autorizzati, in G.U. dell'Unione europea, 21 ottobre 2005, n. L 276/54. Tra gli antecedenti di tale innovativa posizione (J. Drexler, *Competition in the Field of Collecting Management: Preferring “Creative Competition” to Allocate Efficiency in European Copyright Law*, in P. Torremans, (ed.), *Copyright Law, A Handbook of Contemporary Re-*

sistemi di licenze territorialmente universali, comprensive di tutti i diritti necessari alle attività di produzione professionale dei nuovi servizi introdotti dalla società dell'informazione, in particolare il *downloading* e la diffusione interattiva, ma anche il *webcasting* e il *simulcasting* non interattivi<sup>11</sup>.

## **2. La disciplina delle licenze multiterritoriali tra regolazione e concorrenza**

Tali istanze di modernizzazione, si inseriscono in un percorso ultraventennale di armonizzazione del diritto d'autore, alla ricerca di un difficile punto di equilibrio tra la natura statale e nazionale dell'esclusiva, so-

---

*search*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007, pp. 256 ss., vanno segnalati, in ordine di prossimità decrescente, *Commission Staff Working Document, Study on a Community Initiative on the Cross-Border Collective Management of Copyright*, 7 luglio 2005, disponibile al sito [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/management/study-collectivemgmt\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/management/study-collectivemgmt_en.pdf) e Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato economico e sociale europeo "Gestione dei diritti d'autore e diritti connessi nel mercato interno", 16 aprile 2004, COM(2004) 261 definitivo.

<sup>11</sup> È probabilmente superfluo sottolineare che i fornitori dei servizi musicali online abbisognano, per la fornitura dei servizi innovativi – interattivi e non – introdotti dalla società dell'informazione, quali il download dei contenuti musicali e/o i servizi in streaming, (T. Lueder, *First Experience with EU Wide Online Music Licensing*, in *GRUR Int.*, 2007, pp. 649 ss.) dell'autorizzazione relativa ad una combinazione di diritti meccanici e di esecuzione per le applicazioni *online*, cui corrisponde una nozione unitaria di "diritti online" già delineata da Commissione, 19 aprile 2012, Case No COMP/M.6459 – Sony/Mubadala Development/Emi Music Publishing e poi ripresa dall'art. 3, Direttiva 2014/26/UE.

Il riferimento congiunto all'art. 2 – Diritto di riproduzione e all'art. 3 – Diritto di comunicazione di opere al pubblico, compreso il diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti, conferma la natura (anche) oggettivamente composita dei diritti online. Per la definizione dei servizi online la Direttiva richiama le disposizioni di un'altra Direttiva, la 98/34/CE, individuando tra i servizi della società dell'informazione individuati dall'art. 1.2, quelli oggetto del regime di licenze multi-territoriali qualora richiedano la concessione di licenze per opere musicali protette.

lo lambita dalla regolazione giuridica regionale dell'Unione, e l'ubiquità degli interessi sottesi alla proprietà intellettuale, enormemente potenziata dall'ambiente digitale, a seguito dell'evoluzione tecnologica<sup>12</sup>.

L'architettura tradizionale del sistema di gestione, come è noto, si fonda(va) su una riserva di intermediazione – di fatto o di diritto<sup>13</sup> – a favore di un singolo ente o associazione per ciascun territorio nazionale<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Sulla tendenza alla “disintermediazione” determinata dall'influsso delle nuove tecnologie, A.M. Gambino-A. Stazi, *Diritto dell'informatica e della comunicazione*, Torino, 2009, pp. 1 ss., e, per una visione prospettica del nuovo ruolo istituzionale delle *collecting*, sempre più orientato alla realizzazione dell'ottimalità allocativa, M. Ricolfi, *Figure tecniche di gestione, del diritto d'autore e dei diritti connessi*, in AA.VV., *Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali*, cit., pp. 6 ss., a pp. 24 ss.. Si è osservato che l'attività di produzione professionale esercitata nel campo del diritto d'autore, ed in particolare nella distribuzione dei contenuti digitali ha perduto il carattere della intermediazione per acquisire quello della “organizzazione e della “aggregazione” E. Prosperetti, *L'opera digitale tra regole e mercato*, Torino, 2017, secondo una tendenza già emersa in ambito analogico, come osserva V. Falce, *Gestione dei diritti, disintermediazione e Collecting Societies. La modernizzazione del diritto d'autore*, in *AIDA*, 2012, pp. 97 ss, e destinata ad eliminare il ruolo intermediario delle *collecting*, V. Falce, *Copyright Societies Under Scrutiny: form the EU Approach to the Italian Solution*, in *World Competition*, 2014, pp. 121 ss..

<sup>13</sup> Esempio, dell'ipotesi di monopolio di fonte legale, la posizione della Società Italiana degli Autori ed Editori, ente pubblico economico a cui, in base all'art. 180 L. 633/1942, è riservata in via esclusiva “l'attività di intermediario, comunque attuata”. Vale la pena al riguardo di osservare che la natura imprenditoriale dell'attività della SIAE e la sua qualificazione di “soggetto rilevante per la normativa interna in materia di concorrenza” non si ritiene possano ricadere nell'ambito di operatività dell'eccezione indicata dall'art. 8, comma 2, L. 287/90, laddove consente di escludere dall'applicazione della disciplina antitrust nazionale alcune imprese che operano in regime di monopolio: così, M. Libertini, *Gestione collettiva dei diritti di proprietà intellettuale e concorrenza*, in AA.VV., *Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali*, cit., pp. 103 ss., spec. p. 117. Poiché i mercati nazionali dell'intermediazione tendono naturalmente ad assumere un assetto monopolistico, la previsione di un monopolio legale può fungere da meccanismo di selezione dell'operatore più efficiente: J. Drexl, *Competition in the Field of Collective Management*, p. 263 s.

<sup>14</sup> Per una descrizione della parabola evolutiva dei sistemi di gestione e dei soggetti ivi emergenti, D. Sarti, *Gestione collettiva e modelli associativi*, in AA.VV., *Gestione collettiva*, cit., pp. 30 ss., M. Ricolfi, *Figure tecniche*, cit., pp. 20 ss..

In un sistema di gestione collettiva costruito su base territoriale, con la diffusa previsione di regole di appartenenza obbligatoria ed esclusiva alla società di gestione dello Stato membro di residenza dell'autore, e la conseguente aggregazione dei repertori su base nazionale, le esigenze di autorizzazione transfrontaliera si realizzavano attraverso gli accordi di reciproca rappresentanza, che consentivano a ciascuna società nazionale di autorizzare l'esecuzione, sul proprio territorio, delle opere appartenenti ai repertori delle "consorelle" straniere<sup>15</sup>, ma anche di concedere agli utilizzatori residenti licenze estese a tutti i territori nazionali degli enti parte degli accordi di rappresentanza volontaria.

L'introduzione nel modello convenzionale di clausole di residenza economica permetteva dunque di mantenere una delimitazione territoriale pure in un sistema orientato alla creazione di uno sportello unico (c.d. *one-stop-shop*), tale da ridurre costi di transazione, altrimenti eccessivamente ingenti, per gli operatori dell'ambiente digitale<sup>16</sup>.

La Commissione, agendo come garante della concorrenza, ha sotto-

---

<sup>15</sup> Per una rassegna delle numerose decisioni della giurisprudenza comunitaria sugli accordi di rappresentanza reciproca, E.J. Mestmäcker, *Collecting Societies*, in C.D. Ehlermann-I. Athanasiu (eds.), *The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Oxford, 2005, pp. 343 ss..

Da segnalare, in particolare, la Decisione della Commissione, 71/224/CEE, *GEMA* in cui si vietava alle società di gestione collettiva di discriminare i titolari dei diritti in base alla nazionalità, sia con riguardo alle royalties corrisposte, sia con riguardo alla possibilità di affiliazione, negando anche la legittimità di contratti esclusivi su scala mondiale che vincolassero a lungo termine i titolari dei diritti. Nello stesso senso, Corte di giustizia, Causa 7/82, *GVL*, in *Raccolta*, 1983, p. 483.

Sulla restrittività dei contratti di rappresentanza reciproca, laddove prevedessero l'obbligo della società di gestione collettiva a non dare accesso al proprio repertorio agli utilizzatori di musica registrata stabiliti in altro Stato membro si pronunciano CGUE, Causa 395/87, *Tournier*, in *Raccolta*, 1989, 2521 e CGUE, Cause riunite 110/88, 241/88 e 242/88, *Lucazeau*.

<sup>16</sup> Il modello convenzionale di rappresentanza multiterritoriale si è sviluppato in tal senso per rispondere ai bisogni degli utilizzatori, P.M. Sanfilippo, *La gestione collettiva*, cit., p. 450. Al vantaggio per gli utilizzatori delle opere protette si aggiungerebbe il beneficio per i consumatori di poter accedere ad un più ampio repertorio, F. Gotzen, *Les licences multiterritoriales entre le juge et le législateur. Des affaires "Cisac" à la Directive 2014/26*, in *RIDA*, 2014, pp. 94 ss., spec. p. 137.

posto a scrutinio gli accordi di rappresentanza promossi in seno alle federazioni di società di gestione dei diritti d'autore e connessi, in due importanti pronunce. Nella decisione sul caso *Trasmissioni in simulcast*<sup>17</sup>, ha affrontato il tema delle relazioni tra società e utilizzatori in ambito transfrontaliero, con riguardo alla utilizzazione *online* delle opere, esaminando l'esentabilità dell'accordo-quadro elaborato nell'ambito della Federazione Internazionale delle Industrie Fonografiche: come si è già accennato, il modello di accordo realizzava un unico sportello di acquisto delle autorizzazioni relative a repertori multipli aggregati su base monoterritoriale, estesi a livello paneuropeo in virtù degli accordi di rappresentanza reciproca<sup>18</sup>. Una volta eliminata la clausola di residenza economica<sup>19</sup>, l'attenzione della Commissione si è incentrata sulla

---

<sup>17</sup> Il riferimento è alla Commissione, 8 ottobre 2002, caso COMP/C2/38.014, IFPI "Trasmissioni in *simulcast*" (2003/300/CE), in GUCE, 30 aprile 2003, L 107/58, avente ad oggetto l'esentabilità dell'accordo quadro elaborato dalla Federazione Internazionale delle Industrie Fonografiche e promosso come modello per i rapporti di rappresentanza reciproca tra le organizzazioni nazionali dei produttori fonografici, per favorire la concessione di licenze multi territoriali e multi repertorio alle emittenti radio e televisive per la trasmissione in *simulcast* delle riproduzioni fonografiche incluse nelle loro trasmissioni. Se ne veda un commento in L. Guibault-S. van Gompel, *Collective Management in the European Union*, in D. Gervais (editor), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, 2<sup>a</sup> ed., The Netherlands, 2010, pp. 144 ss.. Sul tema, in dottrina, Riccio G. M., *Copyright Collecting Societies e regole di concorrenza. Un'indagine comparatistica*, Torino, 2012, pp. 128 ss.; Ercolani, S., *Dalla gestione collettiva*, cit., pp. 241 ss., Lamanini, M., *Televisioni, nuove tecnologie*, cit., p. 142.

<sup>18</sup> Lo stesso tipo di funzione economica concreta si riconnetteva all'accordo noto come Santiago Agreement, anch'esso censurato dalle autorità antitrust nella misura in cui, prevedendo una clausola di residenza economica della controparte, era incompatibile con il divieto delle intese.

<sup>19</sup> Le società di gestione dei diritti connessi dei produttori discografici avevano infatti rapidamente emendato il modello di accordo, disponendo che "le emittenti in *simulcast* stabilite nello Spazio economico europeo potranno rivolgersi a qualsiasi società di gestione collettiva stabilite nel SEE ... per richiedere ed ottenere una licenza multi territoriale per la trasmissione in *simulcast* nei territori delle società partecipanti all'accordo" Commissione, 8 ottobre 2002, *Trasmissioni in simulcast*, cit., p. 2. La clausola di residenza economica, agevolmente soppressa dalle società rappresentative dei produttori discografici, è stata invece tenuta in maggior conto

composizione dei corrispettivi richiesti agli utilizzatori, considerando esentabile la fissazione dei compensi dovuti agli autori secondo le tariffe del paese di destinazione della trasmissione, ma non ammettendo che la residua area di concorrenza nella fissazione dei corrispettivi dei servizi di gestione fosse ulteriormente limitata<sup>20</sup>.

Nella decisione sul caso CISAC<sup>21</sup>, riguardante alcune clausole del modello di contratto di rappresentanza reciproca elaborato dalla Confederazione Internazionale delle Società di Autori e Compositori, e le pratiche concordate in materia di delimitazione dei territori che gli intermediari nazionali realizzavano sui mercati dei servizi amministrativi e della concessione di licenze, ha ritenuto che le clausole di affiliazione, le restrizioni territoriali bilateralmente convenute e le pratiche concordate di delimitazione territoriale, pur realizzando l'obiettivo di offrire in ciascun territorio uno sportello unico per la gestione mondiale ed assicurando alcuni vantaggi in termini di efficienza, "non possono essere considerate indispensabili", se si valuta che i diritti interessati, di ese-

---

dalle società degli editori, tanto da impedire il rinnovo dell'accordo promosso dalla confederazione delle società dei autori, noto come Santiago Agreement, proprio per le perplessità sollevate dalla ritenuta contrarietà al divieto delle intese. L'accordo avrebbe invece meritato l'esenzione centralizzata, secondo F. Gotzen, *Les licences multiterritoriales*, cit., pp. 115 ss.

<sup>20</sup> La tariffa globale, imposta agli utilizzatori per la autorizzazione alla trasmissione in *simulcast* sarebbe comunque stata ampiamente predeterminata, poiché risultante dalla aggregazione di tutte le tariffe nazionali dei soggetti partecipanti all'accordo. Per sfuggire alla criticità concorrenziale della fissazione di prezzo, la Commissione svolge un articolato procedimento logico e argomentativo basato sulla scomposizione del prezzo in due elementi fondamentali, che le società di gestione collettiva si impegnavano a specificare: attraverso tale "isolamento" della componente corrispondente ai costi amministrativi, da quella relativa al compenso dovuto ai titolari dei diritti, ogni società di gestione collettiva avrebbe potuto prevedere uno sconto rispetto alla tariffa globale, in ragione dei propri minori costi di gestione. Nello stesso senso, la decisione della Commissione, 4 ottobre 2006, decisione 2007/735/CE, *Accordo di proroga di Cannes*.

<sup>21</sup> Commissione, 16 luglio 2008, C(2008) 3435 def, (Caso COMP/C2/38.698) *Cisac*, p. 51.

cuzione pubblica per le trasmissioni satellitari, via cavo e via Internet<sup>22</sup> sono caratterizzati da una spiccata “natura” e “vocazione” transfrontaliera, oltre che da procedimenti e costi di monitoraggio in larga misura indipendenti dalla vicinanza territoriale, essendo il controllo dell'utilizzazione delle opere realizzabile a distanza e con modalità telematica<sup>23</sup>.

Che l'obiettivo perseguito dalla Commissione fosse quello di favorire il superamento dello sportello unico, in cui multiterritorialità e completezza dei repertori sono garantiti dalla combinazione di monopoli nazionali e accordi bilaterali di rappresentanza, e di promuovere un modello di gestione “liberalizzato”, reso possibile dalle attuali infrastrutture tecnologiche, idonee a supplire efficacemente al ruolo locale degli intermediari (almeno per le ritrasmissioni via internet, via satellite e via cavo) con il controllo a distanza delle utilizzazioni, era ben chiaro anche dall'attività frattanto intrapresa, dalla Commissione medesima, nel ruolo di regolatore antimonopolistico.

La Raccomandazione del 2005<sup>24</sup> segna infatti un evidente scostamento dai modelli spontanei sviluppati dal mercato dell'intermediazione in ambito transfrontaliero, assegnando valore di pietra angolare del futuro sistema di concorrenza tra le società di gestione collettiva alla *autonomia negoziale* del titolare dei diritti, declinata in una triplice libertà di scelta: del soggetto cui affidare la gestione; dell'ambito oggettivo delle facoltà esclusive affidategli; dell'ambito territoriale della gestione<sup>25</sup>. È evidente la derivazione di una simile fisionomia dall'*acquis communautaire* in

---

<sup>22</sup> Sui contenuti della decisione, ampiamente, G.M. Riccio, *Copyright Collecting Societies e regole di concorrenza. Un'indagine comparatistica*, Torino, 2012, p. 133; S. Ercolani, *Dalla gestione collettiva alla gestione “à la carte”. Licenze online a geometria variabile per la musica in Europa*, in *Dir. aut.*, 2009, pp. 232 ss..

<sup>23</sup> Il controllo a distanza della utilizzazione online delle opere musicali è in effetti reso possibile, limitatamente alle utilizzazioni *autorizzate*, dalla “identità elettronica” dell'opera e dall'unicità dell'indirizzo IP che identifica il personal computer: F. Gotzen, *Les licences multiterritoriales*, cit., pp. 105 ss..

<sup>24</sup> Citata *supra*, nota 10.

<sup>25</sup> Raccomandazione, 18 ottobre 2005, cit., § 3).

tema di applicazione delle regole antimonopolistiche alla gestione collettiva, con il divieto di ogni discriminazione dei titolari dei diritti per la nazionalità e la illegittimità di contratti esclusivi di lunga durata, tra autori e società, comprensivi di ogni prerogativa patrimoniale rivincente dall'attività creativa, anche futura<sup>26</sup>. Lo svolgimento della attività tipica delle società di gestione collettiva, pure in un regime di monopolio di fatto o di diritto<sup>27</sup> non le esonera dunque dal rispetto delle regole concorrenziali nelle diverse, ma funzionalmente convergenti, prospettive dell'accesso dei titolari dei diritti alla gestione collettiva, dell'accesso degli utilizzatori ai servizi transfrontalieri di intermediazione<sup>28</sup>, del divieto

---

<sup>26</sup> Si vedano riferimenti *supra*, nota 15.

<sup>27</sup> Da segnalare, con riguardo alla posizione di monopolista di diritto assegnata alla Società Italiana Autori ed Editori dall'art. 180, l. aut., che la recente attuazione della Direttiva 2014/26, da parte del D.Lgs. 35/2017, non ha intaccato lo *status quo*. L'art. 2, dedicato alle definizioni, nel comma 1 riconduce la SIAE alla categoria degli organismi di gestione collettiva e, nel comma 2, introducendo la figura delle "entità di gestione indipendente", precisa che tale previsione lascia fermo quanto previsto dall'articolo 180 della legge sul diritto d'autore: dunque sembrerebbe che la presenza di altri operatori sul mercato dell'intermediazione non consenta in ogni caso agli utilizzatori di effettuare i pagamenti a soggetti diversi dalla SIAE. Al riguardo è forse opportuno rammentare che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha formulato, in alcuni pareri resi *ex art.* 22, L. 287/1990 in ordine alla proposta di direttiva prima (AS1009, del 24 dicembre 2012, in Boll.) ed alla relativa attuazione poi (AS 1281, 1 giugno 2016, in Boll. 19/2016 e AS1303, 19 ottobre 2016, in Boll. n. 37 del 24 ottobre 2016), alcune osservazioni critiche sull'ambito soggettivo di applicazione della disciplina: in primo luogo, pronunciandosi sul testo della proposta della Commissione, aveva ritenuto che la limitazione dei destinatari della direttiva alle sole società costituite su base associativa potesse produrre effetti discriminatori, determinando "criticità concorrenziali" nell'attività di intermediazione; in secondo luogo aveva osservato che il mantenimento della previsione dell'art. 180 l. aut., "una disposizione ormai isolata nel panorama degli ordinamenti degli Stati membri", avrebbe escluso la possibilità che organismi alternativi potessero operare sul territorio nazionale, raccomandando al legislatore di selezionare criteri attuativi della legislazione comunitaria tali da garantire un livello concorrenziale adeguato nel mercato interno, in modo analogo a quanto è accaduto nell'ambito dei diritti connessi. In fine, nelle considerazioni espresse sullo schema di decreto legislativo, sottolineava l'opportunità di stabilire l'alternatività dei requisiti fissati nell'art. 3, lett. a) e di ridimensionare, per sfuggire ad effetti restrittivi della concorrenza, il livello di patrimonializzazione necessario per l'accesso al mercato.

<sup>28</sup> Da cui deriva la affermazione di illiceità delle clausole di residenza economica,

di abuso di posizione dominante attraverso l'imposizione di prezzi non equi<sup>29</sup>.

La fisionomia dell'attività di intermediazione e la selezione dei modelli di organizzazione della gestione collettiva sono sensibilmente influenzate dal sistema concorrenziale<sup>30</sup> e dai valori che vi sono coinvolti: è dunque necessario che nell'interpretazione della Direttiva di riordino dell'attività di intermediazione si tenga presente la prospettiva antimonopolistica, muovendo dall'enunciato, non di mera prassi linguistica, bensì evocativo della diffidenza comunitaria verso le "legificazioni" del mercato<sup>31</sup>, del cinquantaseiesimo considerando, secondo cui "(l)e disposizioni della presente direttiva non pregiudicano l'applicazione del diritto in materia di concorrenza". E sebbene non possa revocarsi in dubbio la prevalenza della legge dell'Unione sulle decisioni delle Corti in materia di antitrust<sup>32</sup>, la compatibilità concorrenziale delle condotte degli intermediari nell'ottica della valutazione concreta delle autorità preposte ai diversi livelli di controllo, appare indispensabile corollario

---

invece considerate essenziali, per la funzionalità del sistema di intermediazione transfrontaliera, soprattutto dalle società di autori, probabilmente nel timore di una *race to the bottom* nel mercato dei corrispettivi per i servizi di intermediazione, con evidente pregiudizio della vocazione solidaristica delle società generaliste: sul punto, attentamente, P.M. Sanfilippo, *La gestione collettiva*, cit., p. 452. Il potenziamento dei diritti connessi e lo sviluppo in tale ambito di modelli di intermediazione maggiormente orientati al mercato è peraltro considerato uno dei fattori determinanti la crisi dei tradizionali modelli associativi utilizzati nella gestione collettiva, D. Sarti, *Gestione collettiva e modelli associativi*, in AA.VV., *Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali*, cit., pp. 30 ss., e p. 46.

<sup>29</sup> Tale classificazione è proposta da E.J. Mestmäcker, *Collecting Societies*, cit., pp. 343 ss..

<sup>30</sup> Con l'avvertenza tuttavia che l'applicazione della disciplina antimonopolistica ed in particolare l'imposizione di obblighi di contrarre alle società in posizione dominante non sono sufficienti ad allineare il modello *market oriented* a quello solidaristico, né a rappresentare il denominatore comune di tipologie organizzative caratterizzate da strutturale disomogeneità degli interessi coinvolti: D. Sarti, op. loc. ult. cit..

<sup>31</sup> Sulla tutela della concorrenza come principio generale del diritto europeo, M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, pp. 57 ss..

<sup>32</sup> F. Gotzen, *Les licences multiterritoriales*, cit., p. 135.

dei principi generali di diritto europeo, pure nel quadro del nuovo statuto regolamentare disegnato dalla Direttiva<sup>33</sup>.

### **3. Segue. Le decisioni “CISAC” e “OSA”. Verso il recupero della territorialità nell’intermediazione dei diritti *online*?**

È a questo punto utile verificare la compatibilità del modello di sviluppo concorrenziale del mercato della gestione collettiva delineato dalla regolazione, orientato a promuovere una maggiore competizione tra intermediari – non più protetti dalle delimitazioni territoriali – sul mercato della fornitura di licenze agli utilizzatori<sup>34</sup>, con le tendenze emergenti da alcune significative decisioni che hanno avuto occasione di vagliare la “sostenibilità” del sistema di gestione pluralista.

Nelle 23 sentenze gemelle rese nell’aprile 2013<sup>35</sup>, il Tribunale dell’Unione europea, ha parzialmente annullato la decisione della Commissione sul contratto tipo degli accordi di rappresentanza reciproca elaborato dalla Confederazione Internazionale delle Società di Autori e Compositori e sulle pratiche concordate di cui si è prima discusso. Il Tribunale sembra contestare gli stessi postulati della liberalizzazione, discutendo uno dei fondamenti della superabilità del modello territoriale di rappresentanza, l’assunto per cui il controllo delle utilizzazioni delle opere *online* possa essere effettuato a distanza<sup>36</sup>: tale deduzione non è desti-

---

<sup>33</sup> La direttiva comunitaria dovrebbe colmare le carenze regolatorie lasciate intatte dalla applicazione del diritto antitrust e creare una base normativa uniforme che realizzi una “sintesi tra il diritto antitrust e i diritti d’autore”, M. Libertini, *Gestione collettiva dei diritti*, cit., pp. 120 ss..

<sup>34</sup> Che potranno quindi rivolgersi ad una pluralità di rappresentanti del medesimo repertorio per ogni territorio, F. Gotzen, *Les licences multiterritoriales*, cit., p. 95.

<sup>35</sup> Di cui si prende in considerazione Tribunale UE, 12 aprile 2013, causa T-442/08, resa nei confronti della Confederazione Internazionale delle Società di Autori e Compositori.

<sup>36</sup> Commissione, 16 luglio 2008, *Cisac*, § 189 “ogni opera musicale ha un’identità elettronica, mentre ogni personal computer ha un indirizzo internet. Grazie a tali in-

nata a valere per il monitoraggio degli usi illeciti della musica, che non potrebbe efficacemente svolgersi se non su base territoriale<sup>37</sup>.

Non sussisterebbero, per le società di gestione, incentivi economici idonei a supportare una simile attività di controllo sugli usi non autorizzati nel territorio dello Stato di residenza, se gli utilizzatori fossero poi liberi di richiedere la licenza legittimante a qualsiasi concorrente, diverso da chi ha operato in concreto la sorveglianza.

Secondo aspetto, non meno rilevante, sottolineato dal Tribunale, è quello degli effetti della “liberalizzazione” sulla composizione dei repertori, e dunque l’inevitabile tendenza alla loro frammentazione<sup>38</sup>. Con l’abbandono della delimitazione territoriale dello sportello di accesso, le società titolari di repertori diversi non avrebbero interesse a porre in atto una cooperazione per aggregarli, essendo ciascuna in concorrenza

---

formazioni, le società di gestione collettiva sono in grado di garantire, al momento in cui rilasciano la licenza, che l’utente commerciale possa sapere con precisione quale opera musicale viene utilizzata, da quale computer e per quale finalità”. Con la comunicazione di tali informazioni dall’utente all’intermediario, sarebbe poi agevole per quest’ultimo corrispondere le *royalties* ai titolari dei diritti. Analogamente, Commissione, 8 ottobre 2002, *Trasmissioni in simulcast*, § 61: “(l)a concessione di licenze di diritti d’autore e diritti connessi in un contesto “on line” differisce in modo significativo dalla concessione di licenze tradizionale “off line” in quanto non è necessario alcun controllo fisico dei locali che detengono la licenza. Le funzioni di controllo devono necessariamente svolgersi direttamente su internet. I requisiti essenziali per poter controllare l’uso dei diritti d’autore e dei diritti connessi sono per tanto un computer e una connessione a Internet”.

<sup>37</sup> Tribunale UE, 12 aprile 2013, T-442/08, cit., par. 156 s.

<sup>38</sup> Gli interpreti sono concordi nel ritenere che la frammentazione dei repertori produca conseguenze sfavorevoli alla preservazione della diversità culturale, in contrasto con il presupposto di intervento del legislatore comunitario indicato nel terzo considerando della Direttiva 2014/26: stabiliscono in particolare un nesso di proporzionalità diretta tra causa ed effetto. L. Guibault-S. van Gompel, *Collective Management in the European Union*, in D. Gervais (ed.), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, 2<sup>a</sup> ed., Kluwer Law International, 2011, p. 141, mentre più sfumata è la posizione di E. Arezzo, *Competition and Intellectual Property*, cit., che ravvisa nella frammentazione uno dei fattori, insieme all’indebolimento delle piccole società intermediarie, idonei a pregiudicare il valore della diversità culturale.

con le altre per la concessione di licenze sui singoli repertori loro affidati in ogni territorio nazionale<sup>39</sup>.

In una seconda importante pronuncia, la Corte di giustizia<sup>40</sup>, ha affrontato la questione della compatibilità del sistema di monopoli nazionali combinati con gli accordi di rappresentanza reciproca, con il divieto di restrizioni alla libera prestazione dei servizi formulato dall'art. 56 TFUE. La Corte, dopo aver definito l'attività di facilitazione nell'ottenimento da parte dell'utilizzatore dell'autorizzazione all'uso delle opere protette e nel conteggio e versamento delle *royalties* dovute ai titolari dei diritti come prestazione di un "servizio", ai sensi della Direttiva 123 del 2006, ne ha giustificata la restrizione su base territoriale in ragione del perseguimento di uno scopo di interesse pubblico, rappresentato dalla tutela dei dritti di proprietà intellettuale. La restrizione alla libera prestazione di servizi in concreto realizzata con l'attribuzione di un monopolio legale sulla gestione, è infatti funzionale ad una gestione efficace dei diritti d'autore, la cui tutela, per essere effettiva, non può prescindere da un "controllo territorializzato". Non esistono infatti, allo stato attuale del diritto dell'Unione, metodi alternativi che possano consentire il raggiungimento di un omologo livello di tutela implicando minori effetti restrittivi<sup>41</sup>.

Pare dunque che la tensione tra la domanda di efficienza caratteristica dei mercati concorrenziali e il dato ineludibile della territorialità della gestione dei diritti<sup>42</sup>, rimanga cifra caratteristica di una materia fin

---

<sup>39</sup> Tribunale, 12 aprile 2013, cit., §§ 151 e 159.

<sup>40</sup> CGUE, 27 febbraio 2014, causa C-351/12. Per un commento, M.L. Bixio, *Anco-rra una chance per il sistema monopolistico delle collecting societies. Osservazioni sulla decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 27 febbraio 2014 caso OSA*, in *Riv. dir. ind.*, 2015, II, pp. 83 ss..

<sup>41</sup> CGUE, caso OSA, par. 76.

<sup>42</sup> Tensione costantemente presente nella riflessione sulla promozione di un modello pluralista di gestione collettiva dei diritti d'autore: osserva molto bene la duplice tendenza delle linee riformatrici nel dibattito in materia, P.M. Sanfilippo, *La gestione collettiva*, cit., p. 445.

dall'origine connotata da una forte componente regolatoria<sup>43</sup> e da “posizioni di esclusività” positivamente riconosciute<sup>44</sup>, e che dell'insieme di tali tratti caratterizzanti si debba essere avvertiti nella definizione delle regole<sup>45</sup> funzionali al raggiungimento di un assetto competitivo sostenibile sui due versanti del mercato di prestazione dei servizi: di gestione ai titolari dei diritti e di concessione di licenze agli utilizzatori<sup>46</sup>.

Nel quadro così delineato, si possono tentare alcune osservazioni su due profili della Direttiva che assumono particolare rilievo nella definizione dello statuto concorrenziale degli intermediari multiterritoriali: l'ambito soggettivo di applicazione del Titolo III e la previsione di specifici obblighi a contrarre in capo ai soggetti che professionalmente producono il servizio di concessione di licenze su base transfrontaliera.

#### **4. L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina comunitaria delle licenze multiterritoriali**

Destinatari della disciplina sulla concessione delle licenze multiterritoriali, secondo gli artt. 23 e 24 della direttiva, sono gli organismi di

---

<sup>43</sup> Lo sottolinea P.M. Sanfilippo, *La gestione collettiva dei diritti d'autore e connessi tra regolazione e concorrenza*, in *AIDA*, 2007, p. 443.

<sup>44</sup> Che non ne contraddice le origini privatistiche, considerando il percorso evolutivo delle tecniche di protezione degli interessi di particolare rilevanza generale nel nostro ordinamento, P. Rescigno, *Introduzione*, in AA.VV., *Gestione collettiva dell'offerta*, cit., p. 4.

<sup>45</sup> Propone di valorizzare le sfumature di significati diffusamente presenti nella Direttiva 2014/26 e nelle decisioni degli organi comunitari, F. Gotzen, *Les licences multiterritoriales*, cit., pp. 135 ss..

<sup>46</sup> Il contesto competitivo in cui operano le società di gestione appartiene, come è noto, alla categoria dei *two-sided markets*: J. Drexler-S. Nérison-F. Trumpke-R.M. Hilty, *Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Collective Management of Copyright and Related Rights and Multi-Territorial Licensing of Rights in Musical Works for Online Uses in the Internal Market COM (2012)372*, disponibile al sito <http://ssrn.com/abstract=2208971>, p. 4.

gestione collettiva operanti nel territorio dell'Unione che svolgano il servizio di intermediazione dei diritti per gli usi *online*. Come è stato evidenziato nella valutazione di impatto che ha accompagnato il testo legislativo, sul mercato delle licenze paneuropee operano cinque organizzazioni principali, tutte caratterizzate da una composizione mista di *collecting societies* ed editori. Per effetto della Raccomandazione del 2005, infatti, i maggiori editori musicali hanno ritirato i propri diritti dalle società di gestione locali per affidarli a soggetti dedicati, come CELAS, GmbH partecipata da due storiche società di gestione nazionali (la tedesca GEMA e la britannica PRS for Music), nonché gestore dei diritti di riproduzione meccanica dell'editore EMI, e PAECOL, società interamente controllata dall'intermediario nazionale tedesco o ancora ARMONIA, Gruppo Europeo di Interesse Economico costituito, tra gli altri intermediari nazionali, dall'italiana SIAE, dalla francese SACEM e cui partecipano gli editori Sony e Universal Peer Music<sup>47</sup>.

Si pone quindi la questione di qualificare tali soggetti, che si sono affermati sul mercato come produttori professionali<sup>48</sup> del servizio di concessione di licenze paneuropee, al fine di considerare se, ed eventualmente in quali limiti, siano destinatari delle regole che la Direttiva impone agli organismi di gestione collettiva per l'esercizio di attività intermediaia sui diritti *online* in ambito transfrontaliero<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> PAECOL gestisce i diritti meccanici dell'editore Sony: per un prospetto dei principali enti fornitori di licenze paneuropee, si veda l'*Impact Assessment*, cit., p. 105.

<sup>48</sup> Secondo l'argomento *a minori ad maius* il requisito della natura "unica o principale" della finalità di gestione dei diritti d'autore indicata nell'art. 3 lett. a) e b) direttiva e testualmente ripresa nell'art. 2, commi 1 e 2, D.Lgs. 35/2017, ben si iscrive nel requisito della professionalità caratteristico dell'impresa nel diritto italiano, di cui può dunque verificarsi la ricorrenza con riguardo alle entità titolari del *passport* paneuropeo. Peraltro, la definizione del carattere "unico" o "principale" dell'attività di amministrazione dei diritti d'autore e connessi risale alla Direttiva 93/83/CEE, pur non illustrandone adeguatamente "i dati tipologici", come osserva M. Libertini, *Gestione collettiva dei diritti*, cit., p. 103.

<sup>49</sup> La possibilità di ricondurre le figure soggettive dedicate alla gestione transfrontaliera alla categoria delle *collecting societies* è dibattuta: per una efficace sintesi

Le fattispecie di gestori collettivi delineate dalla direttiva sono principalmente due: gli organismi di gestione collettiva, cui è destinata la regolazione nel suo complesso, organizzati in forma non lucrativa, controllati dai titolari di diritti o da enti rappresentativi di titolari di diritti (organismi di gestione collettiva e/o associazioni di categoria); e le entità di gestione indipendenti, organizzate secondo un programma lucrativo, cui non partecipano, nemmeno indirettamente, i titolari di diritti<sup>50</sup>, invece ampiamente esonerate sia dalle regole di *governance* che dallo statuto dei licenzianti multiterritoriali. Occorre quindi innanzi tutto domandarsi se gli operatori che si sono affermati sul mercato della gestione transfrontaliera dei diritti *online*, almeno nei casi in cui assumano una forma organizzativa con fini lucrativi, possano qualificarsi come “entità di gestione indipendenti” e ritenersi per tal via esonerati dall’applicazione della disciplina del Titolo III<sup>51</sup>.

Se è corretto ritenere che l’*indipendenza* delle entità di gestione di cui alla lett. *b)* dell’art. 3 debba predicarsi con riguardo ai titolari dei diritti – e il tenore della lett. *i)* pare confermarlo – non sembra che le entità di gestione indipendente possano essere partecipate dagli organismi di gestione di cui alla lett. *a)*, che annoverano, tra i propri membri, i titolari dei diritti. Se pure si volesse dare un significato assoluto

---

dei termini della questione, si vedano D. Sarti, *La categoria delle collecting*, cit., p. 5, nt. 5) e R. Vuckovic, *Implementation of Directive 2014/26/EU on Collective Management and Multi-Territorial Licensing of Musical Rights in Regulating the Tariff-Setting Systems in Central and Eastern Europe*, in IIC 2016, pp. 28 ss., spec. p. 46, nt. 76.

<sup>50</sup> Entrambe le figure soggettive si caratterizzano, sul piano dell’oggetto, per l’esercizio di un’attività autorizzata “per legge o in base ad una cessione di diritti, una licenza o qualsiasi altro accordo contrattuale a gestire i diritti d’autore o i diritti connessi ai diritti d’autore per conto di più di un titolare dei diritti, a vantaggio collettivo di tali titolari, come finalità unica o principale”.

<sup>51</sup> Il tema della individuazione della tipologia di *collecting* sottoposte alla direttiva non appare di agevole definizione, particolarmente di fronte alle nuove figure di gestione funzionali all’aggregazione di “soggetti specificamente individuati”: D. Sarti, *La categoria delle collecting societies soggette alla direttiva*, in AIDA, 2013, pp. 3 ss..

all'esclusione degli organismi di gestione collettiva dalla nozione di titolari dei diritti di cui all'art. 3, lett. c) e quindi ritenere che la partecipazione di questi ad un organismo di gestione indipendente non implichi una partecipazione *indiretta* ad esso dei titolari dei diritti<sup>52</sup>, le conseguenze di una simile interpretazione letterale non paiono da condividersi. Vi è infatti che, se si ammettesse che tali entità di gestione indipendente possano organizzare organismi di gestione collettiva in un programma con finalità lucrative, realizzando una *collecting* di *collecting* caratterizzata dalla autodestinazione dei risultati, ne deriverebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra le *collecting* di secondo grado organizzate senza scopo di lucro, che sarebbero destinatarie dell'intera disciplina della direttiva, come si evince dal combinato disposto delle definizioni di cui all'art. 3, lett. a) e d)<sup>53</sup>, e le prime, cui sarebbero applicate solo alcune disposizioni, tra le quali si segnalano la previsione del dovere di condurre in buona fede le negoziazioni per la concessione di licenze<sup>54</sup> e la sottoposizione ad una comune area di con-

---

<sup>52</sup> In questo senso, invece, sulla scorta della esclusione testuale degli organismi di gestione dalla definizione di "titolare di diritti" di cui all'art. 3, lett. c), E. Arezzo, *Competition and Intellectual Property Protection*, cit., p. 546, nota 62. È peraltro opportuno sottolineare come la questione della sottoposizione alla disciplina delle entità di gestione indipendenti del Gruppo Europeo di Interesse Economico denominato ARMONIA possa escludersi sulla base della mancanza, nella forma organizzativa prescelta, dello scopo di lucro.

<sup>53</sup> Sull'ammissibilità delle *collecting* di secondo grado, D. Sarti, *La categoria*, cit., p. 31.

<sup>54</sup> Il significato della previsione, con il mancato richiamo del par. 2 dell'art. 16, ove si prescrive che la condizioni di concessione delle licenze siano basate su condizioni oggettive e non discriminatorie, rischia di divenire puramente pleonastico, in considerazione della clausola generale della buona fede in materia (pre)contrattuale: R. Sacco, *Il contratto*, in *Trattato di dir. civ.* diretto da R. Sacco, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2004, pp. 233 ss.; V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, pp. 175 ss.. Non sembra, almeno stando alla interpretazione letterale, che dall'applicazione parziale dell'art. 16 alle entità di gestione indipendenti possa farsi derivare quell'"obbligo di contrarre a condizioni ragionevoli" che rappresenta il tradizionale bilanciamento, in termini di autonomia contrattuale, alla situazione di monopolio delle *collecting*: dubitativo, sul punto, D. Sarti, *Appunti in tema di legittimità ed estensione del monopolio*

trollo da parte delle autorità competenti designate dagli Stati membri<sup>55</sup>.

Che la disciplina dell'attività di gestione collettiva dei diritti d'autore, quale insieme di regole che discende dall'individuazione della corrispondenza ad un certo modello di comportamento positivamente individuato non debba dipendere dal codice organizzativo prescelto, ma debba applicarsi sulla base della consistenza oggettiva del fenomeno produttivo, è peraltro chiarito nel quattordicesimo considerando, ove si demanda agli Stati membri la predisposizione delle misure atte ad evitare "che la scelta della forma giuridica permetta di aggirare gli obblighi previsti dalla ... direttiva". Sul punto mette solo conto di osservare che la questione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina armonizzata, e dunque anche di quella sulle licenze multiterritoriali, aveva indotto l'Autorità Garante a sottolineare le "potenziali criticità concorrenziali derivanti dalla scelta di individuare quali destinatari della direttiva esclusivamente le società di gestione a base associativa", affermando che "al fine di evitare discriminazioni con potenziali implicazioni anticompetitive nell'attività di intermediazione interessata dalla normativa in discussione" è auspicabile che si giunga ad una "applicazione generalizzata dei requisiti soggettivi previsti dalla direttiva a tutti i soggetti che intendono esercitare l'attività di gestione dei diritti d'autore e dei diritti connessi, con le eventuali differenziazioni del caso idonee a salvaguardare le specificità dei singoli soggetti interessati. Ciò al fine di garantire parità di condizioni ai diversi operatori presenti nel mercato".

Escluso dunque che gli organismi ibridi possano avvantaggiarsi della qualificazione in termini di entità di gestione indipendenti ai fini di un ampio esonero dalle disposizioni della Direttiva, occorre valutare se essi siano invece destinatari della previsione dell'art. 2, comma 3, se-

---

*SIAE*, Nota a Trib. Milano, 12 settembre 2014, (ord.), in *AIDA*, 2015, III, pp. 2 ss..

<sup>55</sup> L'art. 2.4 della Direttiva richiama infatti l'articolo 16 par. 1, gli articoli 18 e 20 e l'articolo 21 par. 1, lettere *a)*, *b)*, *c)*, *e)*, *f)*, e *g)* e gli articoli 36 e 42 che si applicheranno a tutte le entità di gestione indipendente stabilite nell'Unione.

condo cui le disposizioni *pertinenti* “si applicano alle entità direttamente o indirettamente detenute o controllate, integralmente o in parte, da un organismo di gestione collettiva purché tali entità svolgano un’attività che, se condotta da un organismo di gestione collettiva”, vi sarebbe soggetta<sup>56</sup>. L’aggettivo *pertinente*<sup>57</sup> assume così portata decisiva al fine di stabilire quali regole dello statuto speciale previsto dalla direttiva per gli organismi di gestione collettiva, possano essere estese ai gestori c.d. ibridi<sup>58</sup>.

Al riguardo va osservato che la clausola di salvezza così delineata prende il posto, attenuandone sensibilmente il contenuto precettivo, dell’art. 31 della proposta di direttiva, ove si disponeva che i soggetti controllati o partecipati da società di gestione collettiva fossero sottoposti a parte della disciplina in materia di concessione di licenze multiterritoriali<sup>59</sup>. È significativo, però, che, anche nella versione in cui più forte appariva l’intento di sottoporre a regolazione l’attività dei gestori ibridi, si escludesse l’applicazione delle norme in tema di obbligo di rappresentanza e di accesso alle licenze multiterritoriali, di cui tra poco si dirà<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> Subentra all’abrogato art. 31 della proposta, ove si prevedeva che le regole su capacità trasparenza e correttezza imposte ai gestori di licenze multiterritoriali si applicassero anche alle entità controllate o partecipate da organismi di gestione collettiva, che svolgessero la medesima attività.

<sup>57</sup> L’esistenza di una relazione di immediata reciprocità (tra disposizione espressiva della norma di comportamento e l’attività esercitata dal soggetto controllato o partecipato dall’organismo di gestione) sembra caratterizzare in modo univoco il significato della clausola di apertura così delineata, almeno a tenore delle parole utilizzate nelle principali traduzioni del testo della direttiva (“relevant”, “pertinentes”, “einschlagigen”, “pertinentes”).

<sup>58</sup> Che il quadro delineato dalla direttiva non abbia intaccato la legittimità dei monopoli nazionali, né abbia segnato l’abbandono di un piano competitivo a forte connotazione regolatoria, è sottolineato da D. Sarti, *Appunti*, cit., p. 9.

<sup>59</sup> Sull’*iter* della disposizione, riflesso di differenti percezioni del ruolo degli enti di gestione indipendente sul mercato dei diritti *online*, E. Arezzo, *Competition*, cit., p. 14.

<sup>60</sup> L’art. 31 della Proposta, infatti, rubricato “Concessione di licenze multiterritoriali da parte di controllate di società di gestione collettiva” richiamava gli articoli 18

## 5. Lo statuto concorrenziale degli organismi di gestione collettiva che concedono licenze multiterritoriali per i diritti *online*

Il sistema di gestione delineato dalla direttiva si basa sulla previsione di speciali “capacità” di trattare per via elettronica, in modo trasparente ed efficace, i dati necessari alla gestione delle licenze transfrontaliere e dunque della disponibilità di risorse di elaborazione e di amministrazione elettronica dei dati che consentano di identificare i repertori rappresentati e di controllare le utilizzazioni, allo scopo di permettere una tempestiva e accurata fatturazione e distribuzione delle somme dovute ai titolari dei diritti.

Ciò significa che solo le organizzazioni dotate dei requisiti organizzativi necessari – e soprattutto delle infrastrutture tecnologiche idonee – a realizzare le condizioni di attività indicate nell’art. 24 della Direttiva<sup>61</sup> potranno operare sul relativo mercato, secondo le condizioni di accesso determinate dagli Stati membri.

Già all’indomani della Raccomandazione del 2005 è stato osservato come l’adozione della prospettiva dei titolari dei diritti, con il riconoscimento di una ampia libertà di scelta in ordine a soggetto, oggetto e territorio coinvolti nell’attività autorizzata di concessione di licenze, avrebbe promosso nel mercato dei servizi loro dedicati l’emersione di un monopolio naturale, anche in quegli ordinamenti in cui non fosse

---

[par. 1, lett. a) e c)], 22, 23, 24, 25, 26, 27, 32 e 36, omettendo dalla serie dei richiami le disposizioni degli artt. 29 e 30. Ora, sebbene l’omissione del richiamo non necessariamente debba significare divieto di applicare il contenuto precettivo della norma attraverso diverse tecniche interpretative (sul punto, R. Guastini, *L’interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2004, pp. 103 ss.) certamente è indicativo dell’intento del legislatore di non prevedere limitazioni dell’autonomia contrattuale dei gestori ibridi a prescindere dalla valutazione del potere di mercato degli stessi.

<sup>61</sup> In senso contrario alla previsione di requisiti patrimoniali minimi per l’esercizio dell’attività di intermediazione dei diritti connessi, che non siano rigorosamente proporzionati alla natura, alla complessità e alla dimensione dell’attività medesima, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Parere AS 1303*, cit., p. 32.

prevista una riserva legale di attività<sup>62</sup>. Una predizione analoga si può a ragione formulare con riguardo al mercato della concessione di licenze transfrontaliere. Da un lato, infatti, la sussistenza dei requisiti postulati dal *passport* paneuropeo non sarà predicabile a tutte le società di gestione collettiva strutturate su base nazionale, ma più probabilmente si realizzerà in (pochi) organismi del tipo di quelli già esistenti, siano essi *collecting* di *collecting*<sup>63</sup> o, più probabilmente, forme organizzative a composizione mista<sup>64</sup>; d'altra parte, è noto che per gli utilizzatori, ossia per i fornitori dei servizi musicali *online*, i repertori sono tutt'altro che sostituibili, essendovene alcuni – quale quello Anglo-Americano - essenziali per la fornitura di servizi musicali: l'esito della concorrenza sui repertori potrebbe facilmente determinare una posizione di vantaggio nel mercato *downstream*, ove i gestori esclusivi delle opere maggiormente apprezzate dal pubblico sarebbero favoriti<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> J. Drexler, *Competition in the Field of Collective Management*, cit., p. 270.

<sup>63</sup> Secondo D. Sarti, *La categoria delle collecting societies*, cit., pp. 27 ss., le *collecting* di secondo grado potrebbero rientrare nella nozione di organismo di gestione armonizzata a condizione che siano caratterizzate dalla funzione associativa di tutela dell'interesse di categoria dei titolari dei diritti intermediati, non, invece, qualora agiscano quali meri gestori di interessi individuali.

<sup>64</sup> E. Arezzo, *Competition*, cit., p. 551. Anche negli Stati Uniti la liberalizzazione ha condotto ad un assetto oligopolistico, R. Pardolesi-A. Giannaccari, *Gestione collettiva e diritto antitrust: figure in cerca d'autor(i)?*, in AA.VV., *Gestione collettiva*, cit., pp. 49 ss., a pp. 99 ss..

<sup>65</sup> Chiaramente sul presupposto che una clausola di esclusiva a favore della società di gestione per l'intermediazione dei diritti *online* sia ammissibile nell'ordinamento attuale: così, E. Arezzo, *Competition*, cit., p. 552, osservando che solo gli accordi di reciproca rappresentanza tra *collecting* debbono avere natura "non esclusiva".

La misurazione del valore economico dei repertori mostra la posizione dominante detenuta nel mercato mondiale dal repertorio Anglo-Americano, G. Mazziotti, *New Licensing Models for Online Music Services in the European Union: From Collective to Customized Management*, in *Columbia Journal of Law and the Arts*, 2011, vol. 34 (4), pp. 757 ss. spec. pp. 770 ss.. Così anche R. Vuckovic, *Implementation of Directive 2014/26/EU on Collective Management and Multi-Territorial Licensing of Musical Rights in Regulating the Tariff-Setting Systems in Central and Eastern Europe*, in *IIC* 2016, pp. 28 ss., spec. p. 5

Proprio per evitare che le piccole società di gestione collettiva rimangano ai margini del sistema della gestione di licenze multiterritoriali e che tale marginalità si ripercuota sulla preservazione della diversità culturale degli Stati membri, che è pure tra gli interessi protetti dalla Direttiva<sup>66</sup>, gli articoli 30 e 31, di valore centrale nel sistema di gestione paneuropea promosso dal legislatore comunitario<sup>67</sup>, definiscono un meccanismo, detto di *tag-on*, con un duplice obiettivo: da un lato consentire anche alle *collecting* minori di (far) accedere (i propri repertori) al sistema delle licenze multiterritoriali, così che le opere degli autori meno conosciuti siano offerte agli utilizzatori alle stesse condizioni alle quali viene offerto il resto dei repertori rappresentati dall'organismo paneuropeo (considerando 46, e art. 30 par. 4 "l'organismo di gestione collettiva interpellato include il repertorio rappresentato dell'organismo di gestione collettiva richiedente in tutte le offerte che trasmette ai fornitori di servizi online"). Ciò contrasterebbe, almeno in parte, il monopolio, anche culturale, dei grandissimi editori musicali, favorendo la possibilità di accesso alle licenze transfrontaliere di opere non (ancora) appetite dal mercato<sup>68</sup>. D'altro lato, il sistema dell'obbligo di rappresentanza è funzionale alla aggregazione dei repertori, che dovrebbe agevolare gli utilizzatori riducendo il numero di entità licenzianti cui rivolgersi per poter conseguire le autorizzazioni relative al repertorio mondiale, e quindi riprodurre i risultati pratici cui si perveniva grazie alla rete di accordi di reciproca rappresentanza in cui la delimitazione territoriale riguardava il punto di accesso per la concessione della licenza transfrontaliera.

---

<sup>66</sup> Si è già fatto cenno al terzo considerando, ove si precisa che l'Unione "deve tenere conto della diversità culturale nell'azione che svolge e contribuire al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali".

<sup>67</sup> "The most important provisions of Title III", secondo J. Drexler-S. Nérissou-F. Trumpke-R.M. Hilty, *Comments*, cit., p. 28.

<sup>68</sup> Sottolinea il rischio della sostituzione di una valutazione tipicamente imprenditoriale a quella del pubblico, che dovrebbe invece fungere da effettivo stimolo alla innovazione estetica, J. Drexler, *Competition in the Field of Collective Management*, cit., p. 266.

Ora, una delle critiche più convincenti alla proposta di direttiva, nella sua connotazione orientata al mercato, era proprio quella di non prevedere – a fronte di un’amplissima libertà di scelta del titolare dei diritti – il supporto di limitazioni dell’autonomia privata, e talvolta di chiari e univoci obblighi a contrarre, idonei a riequilibrare i differenti ordini di rapporti tra *collecting*, titolari dei diritti ed utilizzatori<sup>69</sup>, è dunque alle previsioni di tali obblighi che debbono dedicarsi alcune considerazioni più puntuali.

Le condizioni degli accordi bilaterali di rappresentanza per la gestione di licenze multiterritoriali sono definite dall’art. 29, ove l’autonomia delle parti è limitata dal divieto di prevedere una clausola di esclusiva. Sembrerebbe derivarne la facoltà, per ogni organismo di gestione collettiva, di affidare il proprio repertorio a più di un’entità paneuropea per la concessione transfrontaliera dei diritti *online* agli utilizzatori: sebbene una simile disposizione promuova una apertura più ampia del mercato della concessione di licenze, non ne vanno sottaciuti gli effetti negativi, in termini di efficacia del controllo sulle utilizzazioni illecite dei contenuti e di frammentazione dei repertori rappresentati, che la giurisprudenza comunitaria ha posto in evidenza<sup>70</sup>. Un’interpretazione più coerente con le tendenze emerse in sede europea, invece, condurrebbe ad intendere il divieto di esclusiva nel senso di riservare al mandante la facoltà di concedere licenze dirette extra-territoriali sul proprio repertorio a qualsiasi utilizzatore, ovunque stabilito, secondo una soluzione già formulata dall’antitrust europeo, per gli

---

<sup>69</sup> La titolarità di una posizione di monopolio delle *collecting* nei due versanti del mercato avrebbe dovuto implicare la illiceità del rifiuto di contrattare con i titolari dei diritti e con gli utilizzatori, tuttavia sarebbe stato auspicabile prevedere precise obbligazioni in tale senso, J. Drexler-S. Nérison-F. Trumpke-R.M. Hilty, *Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Collective Management of Copyright and Related Rights and Multi-Territorial Licensing of Rights in Musical Works for Online Uses in the Internal Market COM (202)372*, disponibile al sito <http://ssrn.com/abstract=2208971>.

<sup>70</sup> Vedi *supra*, par. 3.

usi *offline*, ma con analoghe argomentazioni giustificative in termini di ritorno degli investimenti in strutture localizzate di monitoraggio, nel caso *Tournier*<sup>71</sup>. Vale infatti la pena di osservare che, pure a seguito della creazione di nuove figure di gestione delle licenze multiterritoriali per gli usi *online*, successivamente alla Raccomandazione del 2005, il regime non esclusivo della rappresentanza degli organismi di gestione ibridi non abbia prodotto effetti apprezzabili sul pluralismo degli enti licenzianti: sebbene infatti i contratti non contengano più clausole di esclusiva, l'apparenza di esclusività della gestione transfrontaliera in capo ad alcune figure soggettive mandatarie di importanti editori musicali rimane ben radicata nello stato soggettivo degli utilizzatori<sup>72</sup>.

L'art. 30 impone all'organismo dotato di *passport* paneuropeo, un "obbligo di rappresentare" gli altri organismi di gestione collettiva, privi dei requisiti necessari per svolgere l'attività di gestione transfrontaliera, se questi "già concede o offre la concessione di licenze multiterritoriali per la stessa categoria di diritti su opere musicali *online* del repertorio di uno o più altri organismi di gestione collettiva". La previsione dell'obbligo a contrarre in capo all'organismo paneuropeo, lo si è già accennato, dovrebbe consentire a tutti i repertori – ed in particolare a quelli gestiti dai piccoli intermediari – di accedere al sistema delle licenze multiterritoriali, e tuttavia esso non opera se l'organismo offre licenze multiterritoriali limitate al proprio repertorio<sup>73</sup>. La funzione precipua di tale eccezione è quella di consentire alle *collecting* che lo vogliono di specializzarsi su particolari categorie di opere musicali mantenendo l'unicità e la specificità del repertorio, a favore della promozione della diversità culturale<sup>74</sup>. La preservazione della diversità cultu-

---

<sup>71</sup> CGUE, 13 luglio 1989, C-395/87, *Tournier*.

<sup>72</sup> Illustra molto bene queste dinamiche, G. Mazziotti, *New Licensing Models*, cit., pp. 22 ss..

<sup>73</sup> La disposizione solleva altre perplessità, in ordine.

<sup>74</sup> Commission Staff Working Document, 7 luglio 2005, cit., par. 3.3 e 4.1. Il senso della disposizione è anche chiarito dal quarantaseiesimo considerando, ove il riferimento è agli organismi di gestione che si limitano a gestire in ambito transfronta-

rale rappresenta dunque la *ratio* che accomuna la previsione del meccanismo c.d. di *tag-on*, e la norma che esclude l'obbligo di contrarre per i gestori di un unico repertorio. Mi pare dunque da escludere che di una simile eccezione possano avvalersi gli organismi di gestione che partecipano alle figure soggettive ibride di cui si è parlato – a prescindere dalla discussa possibilità di qualificare queste ultime, con pienezza di effetti, quali organismi di gestione collettiva<sup>75</sup> – anche qualora gestiscano i diritti online di un unico titolare<sup>76</sup>. Per questa via mi sembra sostenibile l'ipotesi che alla *collecting* partecipante ad un gestore multi-territoriale, possa applicarsi l'obbligo di far accedere il repertorio di una società di gestione priva di *passport* che ne faccia richiesta, al sistema di concessione di licenze organizzato su base paneuropea<sup>77</sup>. A voler diversamente ritenere, si determinerebbe una ingiustificata disparità di trattamento, nel mercato dei servizi di intermediazione transfrontaliera dei diritti *online*, in base alla forma di aggregazione che è stata prescelta nel mercato della raccolta dei diritti. Il che mi pare in contra-

---

liero “il proprio repertorio”.

<sup>75</sup> Il punto, come si è visto, è dibattuto, ma per la negativa, efficacemente, D. Sarti, *La categoria*, cit., pp. 43 ss..

<sup>76</sup> È il caso di organizzazioni come CELAS e PAECOL, su cui diffusamente, G. Mazziotti, *New Licensing Models*, cit., pp. 12 ss..

<sup>77</sup> In questa ipotesi l'obbligo di contrarre prescinderebbe dall'accertamento del potere di mercato e potrebbe apparire una restrizione ingiustificata dell'autonomia contrattuale dell'organismo di gestione, tuttavia vanno segnalati due argomenti che possono in parte confortare una simile soluzione: in primo luogo, la tendenza del mercato della gestione collettiva ad assumere un assetto fortemente concentrato, non solo per effetto della regolazione; dall'altro la previsione di una struttura dei corrispettivi per i servizi di gestione (art. 30.5) che, sebbene possa determinare un aumento complessivo dei costi di gestione, certamente evita il pericolo della produzione di diseconomie di scala in capo agli enti licenzianti. Preconizzano la tendenza al monopolio europeo di un unico organismo di gestione transfrontaliera, come effetto dell'applicazione degli artt. 31 e 31, J. Drexl-S. Nérissou-F. Trumpke-R.M. Hilty, *Comments*, p. 30.

Vale comunque la pena di osservare che, nell'ipotesi del probabile conseguimento di una posizione dominante da parte di una o più entità licenzianti diverse dalle *collecting societies*, si aprirebbe la strada ad una applicazione rigorosa delle regole a tutela della concorrenza, D. Sarti, *La categoria*, cit., pp. 42 ss..

sto con i corollari applicativi che derivano dal quattordicesimo considerando, per cui gli Stati membri devono “evitare che la scelta della forma giuridica permetta di aggirare gli obblighi previsti dalla presente direttiva”.

Gli obiettivi delle norme in materia di licenze multiterritoriali non potrebbero essere raggiunti interamente, e la formazione di un piano comune di competizione per le società di gestione collettiva nella prestazione dei servizi ai propri membri non potrebbe avvenire, se questi ultimi non fossero posti in condizione di accedere al sistema della concessione di licenze multiterritoriali anche nelle ipotesi in cui le società cui hanno affidato la gestione non concedano, né direttamente, né attraverso la rappresentanza da parte di altre società, licenze paneuropee per l'utilizzazione *online* dei diritti esclusivi<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> Alcuni commentatori hanno osservato che la creazione di un vero punto unitario di accesso alle autorizzazioni multiterritoriali e multirepertorio si sarebbe potuto avere optando per il sistema di licenze collettive estese, eventualmente integrata con il principio del paese di origine, avrebbe funzionato secondo un meccanismo presuntivo per cui ogni società di gestione collettiva avrebbe potuto concedere una licenza multiterritoriale per tutti gli usi online dei diritti ricompresi nel proprio repertorio, purché fosse dotata di rappresentatività e quindi incaricata di fornire i servizi di gestione – direttamente da parte dei titolari dei diritti e indirettamente in virtù di accordi di rappresentanza reciproca con altre società di gestione collettiva – di una quota significativa delle opere utilizzate sul mercato (*Impact Assessment*, cit., pp. 45 ss.).

In tale modello sarebbe rimasta intatta la possibilità che i titolari dei diritti e gli editori esercitassero i diritti esclusivi direttamente o attraverso altre entità per la concessione di licenze, previo passaggio volontario e attivo per un “opt out” di tali diritti dall’effetto estensivo, diversamente presunto, mediante una notifica alla locale società di gestione collettiva. La combinazione con il principio del paese di origine, secondo cui un servizio *online* originato in uno degli Stati membri necessiterebbe, in mancanza di “opt out” da parte dei titolari dei diritti, di un solo atto di autorizzazione all’utilizzazione *online* dei diritti coinvolti (riproduzione e comunicazione al pubblico), i cui effetti si estenderebbero a tutti gli Stati membri, realizzerebbe un risultato pratico di superamento dei problemi legati alla territorialità del diritto, in quanto in base al criterio del paese di origine si determinerebbe anche il diritto applicabile. Un possibile adattamento del principio del paese di origine alla realtà dei servizi musicali *online* - peraltro già applicato dalla Direttiva 93/83 in materia di diritto d’autore e diritti connessi applicabili alla radiodiffusione via sa-

La disposizione dell'art. 31, completa il quadro della *freedom of contract* assicurata ai titolari dei diritti<sup>79</sup>, prevedendo che “se entro il 10 aprile 2017”, un organismo di gestione collettiva non concede o offre la concessione delle licenze multiterritoriali per i diritti *online*, e non conclude un accordo di rappresentanza *ex art. 29*, essi possano ritirare da tale organismo i diritti ali fini della concessione di licenze multiterritoriali senza dover ritirare i diritti per la concessione di licenze monoterrioriali. I titolari dei diritti hanno dunque facoltà di concedere licenze transfrontaliere sui diritti per opere musicali *online* “direttamente o tramite qualsiasi terzo da loro autorizzato o qualsiasi altro organismo di

---

tellite e alla ritrasmissione via cavo, individuando il diritto applicabile in quello del paese di emissione (ma si veda, in senso contrario rispetto all'estensione ai diritti d'autore, R. Matulionyté, *Cross Border Collective Management and Principle of Territoriality: Problems and Possible Solutions in the EU*, 11, *World Intell. Prop.*, 2009, pp. 467 e 475 ss.), e dalla Direttiva 2010/13 [sost. della Direttiva 2007/65] sui servizi di media audiovisivi, che ravvisa il paese di origine nel luogo di stabilimento del *provider* nel caso dei servizi televisivi *online* interattivi e non interattivi - avrebbe potuto essere quello del luogo in cui è avvenuto l'*upload* del contenuto protetto dal diritto d'autore sul *server* connesso alla rete Internet, o il paese di stabilimento del *service provider* o addirittura di quello della residenza dell'autore nel momento in cui l'opera è stata per la prima volta comunicata al pubblico. Per tali due ultime soluzioni si vedano riferimenti rispettivamente in G. Mazziotti, *New Licensing Models for Online Music Services in the European Union: From Collective to Customized Management*, in *Columbia Journal of Law and the Arts*, 2011, vol. 34 (4), pp. 757 ss. e in J. Ginsburg, *Berne without Borders: Geographic Indiscretion and Digital Communication*, (November 2001) Col. Law School, Pub Law Research Paper No. 01-30, disponibile al sito <http://ssrn.com/abstract=29210>.

<sup>79</sup> Il diritto di assegnare e di ritirare liberamente i diritti dalla gestione collettiva rappresenta la pietra angolare del sistema nella prospettiva adottata dal legislatore comunitario, come risulta dal quindicesimo e dal diciannovesimo considerando e dall'art. 5. Anche in Italia, l'art. 4, D.Lgs. 35/2017, stabilisce che “(i) titolari dei diritti possono affidare ad un organismo di gestione collettiva o ad un'entità di gestione indipendente di loro scelta la gestione dei loro diritti, delle relative categorie o dei tipi di opere e degli altri materiali protetti per i territori da essi indicati, indipendentemente dallo Stato dell'Unione europea di nazionalità, di residenza o di stabilimento dell'organismo di gestione collettiva, dell'entità di gestione indipendente o del titolare dei diritti, fatto salvo quanto disposto dall'articolo 180, della legge 22 aprile 1941, n. 633, in riferimento all'attività di intermediazione dei diritti d'autore” (enfasi aggiunta).

gestione collettiva che si attenga alle disposizioni del presente titolo”. In questo caso la società potrà proseguire nella gestione nazionale dei diritti *online* sulle opere musicali, e si realizzerà una segmentazione territoriale della concessione di licenze.

Sempre discorrendo della fisionomia assunta dalla autonomia contrattuale nell’ambito della gestione delle licenze transfrontaliere si può notare che non è previsto, a favore del titolare dei diritti, un obbligo dell’organismo dotato di *passport* paneuropeo di accettare il mandato: certamente una previsione in tal senso potrebbe essere introdotta in fase di attuazione secondo la previsione dell’art. 7, comma 2, che consente agli Stati membri di applicare ai titolari dei diritti “altre disposizioni della presente direttiva” e quindi anche di prevedere, a loro favore, l’obbligo di rappresentanza riconosciuto dall’art. 30 agli organismi di gestione collettiva privi dei requisiti per la concessione transfrontaliera delle licenze<sup>80</sup>.

## 6. Conclusioni

Il sistema di gestione collettiva delineato dall’armonizzazione comunitaria, pur essendo ispirato ad una logica di liberalizzazione, mantiene intatta una significativa componente regolatoria, tanto da consentire che in Italia sia preservato, pure nel quadro dell’attuazione della direttiva europea, il monopolio legale della Società Italiana Autori ed Editori.

Le soluzioni adottate dalla direttiva, in generale, paiono la sintesi del

---

<sup>80</sup> Ma una simile opzione non sembra aver trovato applicazione nelle principali trasposizioni nazionali della Direttiva: si veda ad esempio *l’Ordonnance n. 2016-1823 du 22 décembre 2016 portant transposition de la directive 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d’auteur et des droits voisins et l’octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur*, in *JO*, 23 décembre 2016.

dualismo tra regolazione e concorrenza, che da sempre caratterizza la materia della gestione collettiva dei diritti d'autore.

Da un lato vi sono le ragioni della gestione tradizionale, basata su monopoli territoriali e rappresentanza volontaria, che, a fronte di inefficienze in tema di governo, di trasparenza e di amministrazione dei compensi agli autori, assicuravano un accesso unitario e certo agli utilizzatori dei contenuti ed un efficace controllo delle utilizzazioni illecite delle opere, realizzando gli incentivi per una effettiva cooperazione che la disciplina comunitaria si limita ad auspicare. Dall'altro si segnalano le spinte alla realizzazione di un mercato più contendibile, reso possibile dalla evoluzione tecnologica, stimolato dalle nuove possibilità di sfruttamento e (forse) dalla prospettiva del passaggio ad una gestione disintermediata.

Sullo sfondo, ma non per importanza, i valori fondamentali della cultura europea, declinati nella promozione della creatività, nella protezione della diversità culturale e nella aggregazione associativa in senso forte, anche in contrapposizione all'industria culturale, tratto genetico delle *collecting societies* tradizionali.

La soluzione europea rappresenta dunque un compromesso, o meglio segna il cammino alla transizione verso nuovi modelli di mercato e di gestione, probabilmente consapevole che nella società dell'informazione e della tecnologia l'evoluzione normativa non può che avere anch'essa natura provvisoria ed incedere tipicamente "incrementale".



**Marco Capone**  
Masterlex Palermo

## “Nuovi media, vecchi problemi: il giornalismo nell’era dei *social network*”

**Abstract:** Il giornalismo ai tempi dei *social network* è radicalmente cambiato. Su *Facebook*, infatti, le notizie vengono condivise ad una velocità impressionante: i nostri profili, le nostre bacheche, i gruppi, possono essere fonte di informazione. Per non parlare poi di *Twitter*, che è diventato il principale canale di informazione.

La tecnologia ha rivoluzionato il mondo del giornalismo: certamente, in positivo.

Le fonti si sono moltiplicate, molti cittadini si informano sui *social network*, attraverso i *device* mobili. Il 90% delle notizie sui *social* proviene dai giornali, il restante 10% costituisce un problema perché pone il lettore e anche lo stesso giornalista a rischio bufale. Come fa un giornalista a mettersi in guardia da queste “cantonate”? Il giornalista deve innanzitutto verificare la veridicità della notizia e, quindi, comprendere la fonte. La verifica della notizia è uno dei capisaldi della professione giornalistica e sul *web* questa operazione non sempre è facile. Proprio con il *web*, il compito del giornalista diventa ancora più difficile e la tutela della persona diventa assai più complessa. Pensate alle recenti notizie di video *hard* e foto postate su internet: il *web* è una vera e propria jungla all’interno della quale è veramente difficile muoversi. Tra le recenti creazioni del mondo dell’*online* troviamo anche il triste fenomeno degli *hate speech*. Lo *hate speech* è un tema che alimenta un dibattito molto attuale e ancora più controverso nel caso della libertà di espressione su internet, dove non esistono specifiche normative internazionali condivise.

*Journalism in the times of social networks is radically changed. On Facebook, in fact, the news will be shared at an impressive speed: our profiles, our message boards, groups, can be a source of information. To say nothing of Twitter, which has become the main channel of information.*

*Technology has revolutionized the world of journalism: certainly, positively. The sources have multiplied, many citizens are informed on social networks through mobile devices. 90% of the news in the social network comes from the newspapers, the remaining 10% is a problem because it puts the reader and also the same journalist with the risk of hoaxes.*

*How does a journalist to put themselves on guard against these "blunders"? The journalist must first verify the veracity of the news, and thus understand the source. The verification of the news is one of the cornerstones of the journalistic profession and on the web this is not always easy. Just with the web, the journalist's task becomes even more difficult and the protection of the person becomes much more complex. Think about the recent reports of hardcore videos and photos posted on the Internet: the web is a real jungle inside which is really hard to move.*

*Among the recent creations of the online world we are also the sad phenomenon of hate speech. The hate speech is an issue that feeds a very timely debate and even more controversial in the case of freedom of expression on the Internet, where there are no specific shared international standards.*

**Sommario:** 1. Il nuovo giornalismo con MasterLex.it – 2. I *social network*, il giornalismo e l'evoluzione della professione – 3. Il magma digitale e le insidie del *web* – 4. Il rispetto della *privacy* e il diritto di cronaca – 5. *Facebook* e la *privacy*, confini molto labili. Gli *hate speech* – 6. La diffamazione a mezzo *Facebook* – 7. Una riflessione doverosa e un problema ancora in attesa di concrete soluzioni

## 1. Il nuovo giornalismo con MasterLex.it

MasterLex è un nuovo quotidiano di informazione giuridica, *online* dal 13 settembre. L'idea di dar vita ad un nuovo progetto in realtà è nata lo scorso anno, ma per realizzare il portale e formare la redazione è passato un po' di tempo. Il nostro è un progetto ambizioso, innovativo, certamente non facile: cambiare l'informazione giuridica. Ci siamo resi conto, infatti, di come nel corso del tempo i vari siti che trattavano l'argomento giuridico lo facevano con modalità a nostro avviso obsolete, e soprattutto quasi restringendo l'ambito di pubblico al quale si rivolgevano. Peraltro, utilizzando un linguaggio prettamente elitario, che rendeva difficile la lettura degli articoli ad un qualsiasi soggetto non laureato in giurisprudenza. Ed è così che è nato il progetto MasterLex, un nuovo giornale capace di raccontare il diritto, in tutte le sue molteplici forme, ai cittadini: tutti i cittadini. Chiaramente, *in primis* il pubblico dei professionisti, senza dimenticare però che c'è una vasta gamma di soggetti che magari non riesce sempre a comprendere concretamente la materia giuridica. È così sul nostro portale sono nati i *focus*, gli approfondimenti, le inchieste, le rubriche. Spazi appositi dedicati al mondo del condominio, dei consumatori, dei disabili e così via. Un'informazione totale che ha come perno centrale il mondo del diritto. E la nostra filosofia, cioè il diritto alla portata di tutti, in un certo senso è stata condivisa e portata avanti anche dal palco del XXXIII Congresso Nazionale Forense, svoltosi a Rimini il 6-7-8 ottobre. Gli avvocati che prendevano la parola durante gli interventi sostenevano come la professione dell'avvocato sia una professione di servizio ai cittadini e gli stessi non possono non interessarsi alle novità presenti nel settore. Certo, un conto è raccontare i cambiamenti seguendo un linguaggio tecnico, un conto è farlo diversamente. E così abbiamo colto la sfida, e abbiamo deciso di effettuare delle selezioni interattive, sul *web*. Abbiamo voluto evitare ai potenziali candidati lunghe e costose trasferte, abbiamo deciso di farli restare comodamente seduti da casa e rispondere al nostro test. Su

*telegram*, quindi, circa 400 candidati hanno redatto un articolo di giornale e fornito titoli per farci comprendere, realmente, le capacità di scrittura. Un metodo innovativo che si è coniugato perfettamente con la nostra filosofia di lavoro. E infatti, viviamo in un'era che ha profondamente rivoluzionato il mondo dell'informazione. I nuovi media, infatti, sono profondamente influenzati dalle avanguardie della tecnologia.

## **2. I *social network*, il giornalismo e l'evoluzione della professione**

Il giornalismo ai tempi dei *social network* è radicalmente cambiato. Su *Facebook*, infatti, le notizie vengono condivise ad una velocità impressionante: i nostri profili, le nostre bacheche, i gruppi, possono essere fonte di informazione. Per non parlare poi di *Twitter*, che è diventato il principale canale di informazione. Per farvi un esempio, negli Stati Uniti molte società sportive twittano ancor prima di diramare i comunicati ufficiali alla stampa. Oppure è realmente accaduto che alcune band musicali annunciassero il loro scioglimento o una loro tournée in 140 caratteri e poi dessero la notizia sul sito ufficiale. Un sistema rapido e immediato che consente di essere informati molto facilmente. Peraltro adesso ci sono state delle modifiche ai 140 caratteri e si è cercato di togliere dal conteggio i *file* multimediali per lasciare più spazio al testo. Prima di analizzare come i *social network* abbiano influenzato il sistema occorre però capire come la tecnologia ha cambiato il settore dei media.

La tecnologia ha rivoluzionato il mondo del giornalismo. Certamente, in positivo. Pensiamo al rapporto lettore-giornalista: un tempo si scriveva una lettera indirizzata al giornale, si attendeva che il postino consegnasse la lettera al giornale e il redattore la trovava sulla propria scrivania. Passavano, però, almeno 6-7 giorni prima che il messaggio del lettore giungesse al giornalista. Oggi con i *social network* la situazione è assolutamente cambiata. Ma questi sono esempi, se vogliamo, banali. Pensate agli inviati in guerra, coloro che seguono gli sviluppi per esempio in Si-

ria. In passato i corrispondenti dovevano recarsi all'ambasciata e adempiere una serie di obblighi abbastanza noiosi e lunghi. Ora, con i computer, il tutto è immediato. La tecnologia ci mette a disposizione una serie di strumenti che hanno radicalmente cambiato il modo di fare notizia. Anche la formazione del giornalista è cambiata, la professione veniva trasmessa spesso di generazione in generazione. I taccuini, gli appunti, sono ormai solo un ricordo. I tempi sono profondamente nuovi: il nuovo avanza continuamente e la tecnologia è la novità costante e crescente che anima la professione e i suoi cambiamenti. Ormai andiamo verso una produzione multiplatforma, non esiste più solo il cartaceo. Per renderci conto di questi cambiamenti dobbiamo necessariamente analizzare un aspetto, che è quello connesso alla crisi della carta stampata.

Vero è che c'è una crisi della carta stampata ma inevitabile è il fattore connesso alle diverse modalità di reperire informazioni. Le fonti si sono moltiplicate, molti cittadini si informano sui *social network*, attraverso i *device* mobili. Il 90% delle notizie sui social proviene dai giornali, il restante 10% costituisce un problema perché pone il lettore e anche lo stesso giornalista a rischio bufale. Anche su *Twitter*, per esempio, la bufala è dietro l'angolo visto che spesso i *followers* prendono qualche cantonata dai profili falsi. Il modo di condividere la notizia è cambiato, anche la figura dell'addetto stampa ha subito questa evoluzione. Come fa un giornalista a mettersi in guardia da queste "cantonate"? Il giornalista deve innanzitutto verificare la veridicità della notizia e, quindi, comprendere la fonte. La verifica della notizia è uno dei capisaldi della professione giornalistica e sul *web* questa operazione non sempre è facile. Mentre in passato era spesso il giornalista a dover reperire la notizia, oggi sono le notizie ad arrivare al giornalista. E questo perché il *web* porta le notizie. Ma, come detto, è un flusso incontrollato e incontrollabile. Adesso, il giornalista ha l'importante compito di filtrare le notizie, selezionarle e verificarle.

La professione è, quindi, cambiata. Bisogna misurarsi con le nuove fonti dell'informazione. Non esiste un mezzo comparabile al digitale, e questo è assolutamente oggettivo. Il digitale, per sua natura, è molto più competi-

tivo rispetto al cartaceo. Premendo un tasto otteniamo l'informazione in tempo reale, con foto, commenti, video, tutto.

Ma chiaramente l'informazione non è gratis, questo è un messaggio che deve assolutamente passare. È soltanto cambiato il modo di condividere la notizia, ma l'indipendenza dei giornali è garantita dal fatto che la gratuità delle notizie non sia assoluta. La pubblicità, infatti, non basta a coprire le spese di una grande redazione. Il cartaceo offre una linea editoriale molto sofisticata, e contenuti che per loro natura devono essere pagati. I giovani leggono sui cellulari, sugli ipad, al pc. Non è che non si informano, anzi, condividono spesso le notizie che apprendono. Il pubblico del digitale è destinato ad aumentare.

### **3. Il magma digitale e le insidie del *web***

Ma le notizie sul *web* vanno “controllate”: esiste un magma digitale, ma non tutte le notizie che passano sul *web* sono degne di nota. Un giornale *online* seleziona le notizie più importanti e le pubblica; il cartaceo invece da questo punto di vista è, ovviamente, limitato. La capacità di aggiornare un portale *web*, in tempo reale, offre la possibilità di decidere immediatamente la gerarchia delle notizie. La bravura del giornalista sta nel “pesare” le notizie, decidendo quali sono più importanti e attraenti e quali no. Una scala di valori è assolutamente fondamentale, ogni sito internet presenta dei parametri nello stabilire un palinsesto.

Sul *web* cambia anche la velocità con cui si scrive: è chiaro che i tempi di lavoro del giornalista *online* sono diversi da quelli di un collega che lavora per la carta stampata. Le regole che sovrintendono un portale *web* sono le medesime di quelle che sorreggono una redazione di un giornale cartaceo ma diverso è il modo di proporre le notizie.

Quali sono le insidie che il *web* può proporre, oltre il pericolo bufale? Il problema principale, a fronte di una notizia immediata che rischia di poter diventare virale è quello legato alla *privacy*. Il rispetto della *privacy* e il diritto di cronaca: come contemperare i due aspetti?

#### 4. Il rispetto della *privacy* e il diritto di cronaca

La *privacy* è stata introdotta in Italia con legge 675/1996, emanata nel nostro ordinamento per adeguarsi ad una direttiva europea, la 46 del 24 ottobre 1995, che aveva imposto agli Stati membri di darsi delle norme per disciplinare la circolazione dei dati personali e sensibili. Un *diktat* proveniente dall'ordinamento dell'UE per tutti gli Stati membri. Questa legge distingue dati personali e dati sensibili: i primi quelli che compaiono nei nostri documenti di identità e che quindi consentono l'identificazione del soggetto; i dati sensibili sono, invece, dati più intimi, che consentono di tracciare un profilo più specifico e particolareggiato di un soggetto (condizioni di salute, credo religioso, orientamento politico, ecc.). Questa distinzione, per i giornalisti, assume una rilevanza decisiva. Come lavorare nel trattamento dei dati personali? La Corte di cassazione si è più volte pronunciata sulla questione, fornendo dei parametri, se così possiamo dire, al giornalista.

Il diritto di cronaca è costituzionalmente garantito, trovando esplicitazione nell'articolo 21 Cost. nella libertà di manifestazione del pensiero, che infatti ricomprende ogni prodotto dell'intelletto e ogni estrinsecazione di opinione.

L'articolo 21, dunque, come diritto ad informare e diritto ad essere informati. I limiti c.d. interni del diritto in questione sono: interesse sociale del contenuto, verosimiglianza alla realtà, riproduzione autentica e trasparente della notizia.

È necessario, quindi, che la notizia sia conforme al criterio della "continenza", ossia correlazione e proporzione tra il fatto, che sta a fondamento del giudizio critico, e il contenuto della critica stessa. Limite esterno al diritto di cronaca è quello del rispetto della *privacy* del soggetto coinvolto nella notizia.

Si evidenzia così il conflitto tra interessi di pari rango. Infatti il diritto alla riservatezza si annovera tra i diritti della personalità, che secondo alcuni trovano piena copertura costituzionale, secondo altri

rinvengono nella Costituzione il loro referente ordinario, dovendo rinviare tuttavia alle altre fonti di diritto per la loro puntuale definizione. In realtà la tutela della vita privata del soggetto deve essere garantita in quanto espressione necessaria della rilevanza costituzionale che la persona ha acquisito nel sistema costituzionale, in forza dell'articolo 2 Cost., dando garanzia ad ogni proiezione della persona nella realtà sociale ed ogni esplicitazione della sua personalità.

Se quindi il diritto alla riservatezza non può essere catalogato tra i diritti espressamente coperti da garanzia costituzionale, tuttavia non sembra potersi contestare la riconducibilità di tale diritto ai principi espressi dagli articoli 2 e 3 della Costituzione.

*Ergo* la tutela della *privacy* deriva dalla tutela della persona, fulcro dell'intero *corpus* normativo, ed ancor più della Carta costituzionale.

Recentemente, purtroppo, non sempre queste regole vengono seguite. Peraltro, proprio con il *web*, il compito del giornalista diventa ancora più difficile e la tutela della persona diventa assai più complessa. Pensate alle recenti notizie di video *hard* e foto postate su internet: il *web* è una vera e propria jungla all'interno della quale è veramente difficile muoversi. Per muoversi è necessario predisporre delle importanti tutele e dei meccanismi che possano concretamente evitare problemi di qualsiasi tipo.

## **5. Facebook e la privacy, confini molto labili. Gli hate speech**

E arriviamo, in questo senso, ai *social network*. Come *Facebook* può diventare strumento pericoloso? Beh è molto semplice. Postare o condividere qualcosa di riservato è facilissimo, immediato appunto, tutto ciò senza che il consenso dell'interessato sia realmente prestato. Infatti dall'America gli sviluppatori di *Facebook* stanno cercando di predisporre nuovi algoritmi di protezione dei dati personali. A ciò si aggiunga anche che recentemente *Facebook* ha acquistato il servizio di messaggistica istantanea, *whatsapp*, con tutta una serie di problemi

connessi alla *privacy* di cui certamente avrete sentito parlare. Alcuni dati statistici che devono certamente farci riflettere: *Facebook* ha abbondantemente superato un miliardo di utenti registrati: i quali, tutti insieme, pubblicano circa due miliardi e mezzo di messaggi al giorno. Su *Twitter* gli utenti attivi sono circa 200 milioni e la media di *tweet* in un giorno è di 400 milioni. Su *YouTube* vengono caricati filmati a una media di 48 ore di nuovi contenuti ogni minuto. Per i *social network* e i grandi gruppi del *web* è evidentemente impossibile valutare ogni singolo contenuto caricato dagli utenti, ed è anche tecnicamente difficile sviluppare sistemi automatici efficienti di blocco preventivo dei contenuti offensivi o violenti.

Jeffrey Rosen – un giurista statunitense molto popolare e molto attento alle cose di internet – fu invitato l’anno scorso a un convegno organizzato dalla Facoltà di Legge di Stanford sulla libertà di espressione in rete, a cui parteciparono anche i giovani rappresentanti di grande aziende del *web* come *Google* e *Facebook*. Rosen **ha ora raccontato** del loro contributo alla discussione e di come si regolano con i contenuti offensivi o pericolosi, e con le espressioni che nella tradizione anglosassone rientrano o potrebbero rientrare nella categoria dello *hate speech*.

### **Cos’è lo *hate speech***

Lo *hate speech* – espressione spesso tradotta in italiano con la formula “incitamento all’odio” – è una categoria elaborata negli anni dalla giurisprudenza americana per indicare un genere di parole e discorsi che non hanno altra funzione a parte quella di esprimere odio e intolleranza verso una persona o un gruppo, e che rischiano di provocare reazioni violente contro quel gruppo o da parte di quel gruppo. Nel linguaggio ordinario indica più ampiamente un genere di offesa fondata su una qualsiasi discriminazione (razziale, etnica, religiosa, di genere o di orientamento sessuale) ai danni di un gruppo. La condanna dello *hate speech* – sia sul piano giuridico che nelle

conversazioni al bar – sta in un equilibrio elastico ma spesso problematico con la libertà di parola, principio tutelato dal Primo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti (e fondante, con le sue regole, di ogni democrazia).

### **Come la risolvono i social network**

Lo *hate speech* è un tema che alimenta un dibattito molto attuale e ancora più controverso nel caso della libertà di espressione su internet, dove non esistono specifiche normative internazionali condivise. Le grandi aziende come *Google* e *Facebook* affidano la compilazione delle norme di utilizzo dei servizi a un gruppo di lavoro specifico, che chiamano scherzosamente i *Deciders*, “quelli che decidono” (dal nomignolo dato al direttore del settore legale di *Twitter*, Nicole Wong, quando lavorava per *Google*).

*YouTube* (che fu acquistata da *Google* nel 2006) **vieta** esplicitamente lo *hate speech*, inteso secondo la definizione generale di linguaggio offensivo di tipo discriminatorio. *Facebook* allarga un po’ le maglie: lo vieta ma **aggiunge** che sono ammessi messaggi con «chiari fini umoristici o satirici», che in altri casi potrebbero rappresentare una minaccia e che molti potrebbero comunque ritenere «di cattivo gusto». *Twitter* è il più “aperto”: non vieta esplicitamente lo *hate speech* e neppure lo cita, eccetto che in una **nota** sugli annunci pubblicitari (in cui peraltro specifica che le campagne politiche contro un candidato «generalmente non sono considerate *hate speech*»).

Alcuni studenti di cartografia della *Humboldt State University* in California hanno elaborato una “mappa dello *hate speech*” su *Twitter* selezionando manualmente i contenuti inequivocabilmente offensivi da un campione di 150 mila *tweet* contenenti parole dispregiative come *nigger* (“negro”), *cripple* (“storpio”) *owetback* (“clandestino”). Il campo di ricerca è limitato al territorio degli Stati Uniti e al periodo da giugno 2012 ad aprile 2013, e il risultato – per quanto parziale – può avere chiavi di lettura significative per quel paese. Ma la definizione di *hate speech* non è

univoca in tutto il mondo (a volte non lo è neanche negli Stati Uniti) e solleva un problema più articolato se si considera che la maggior parte degli utilizzatori di *social network* e portali *web* non sono americani.

### **Le tecniche e le regole usate da Facebook**

Il capo dei *Deciders* di Facebook si chiama Dave Wilner: ha ventotto anni, ha scritto lui le norme d'uso del servizio ed è sposato con una collega del *team* Sicurezza dell'utente, che si occupa di protezione dei bambini e prevenzione dei suicidi (chissà che conversazioni a cena, si chiede Rosen). Il genere di domanda a cui Wilner e il suo *team* devono cercare di dare risposta ogni giorno è questo: «questa persona in foto è nuda? questa foto di Hitler è razzismo o commento politico? postare una foto di qualcuno alterata tramite *Photoshop* è bullismo? postare la foto di una pistola è una minaccia credibile? e se la pistola è quella della copertina di un album rap?».

Le difficoltà teoriche ma anche tecniche legate alla valutazione dei contenuti offensivi o critici – quelli che potrebbero provocare incidenti o reazioni violente – hanno spinto aziende come Facebook e YouTube ad affidare una parte importante del lavoro alla comunità di utenti, tramite il sistema delle segnalazioni. Questo serve a elaborare un algoritmo sviluppato in parte tramite l'apprendimento meccanico di questi dati e in parte tramite il lavoro umano di supervisione da parte dei *Deciders*, che aggiustano il tiro laddove ritengono che una segnalazione sia ingiustificata o condizionata da fattori non rilevanti secondo le norme di utilizzo. Primo emendamento e Libertà di parola sono due concetti relevantissimi nelle valutazioni finali.

### **Il Primo emendamento e internet**

Il Primo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti – che garantisce e tutela la libertà di culto, di parola e di stampa, e a cui diversi commentatori di lingua inglese si appellano spesso in difesa della libertà di espressione in rete – è un argomento molto presente

nella giurisprudenza statunitense, e anche oggetto di lunghe controversie. La libertà di espressione è considerata un diritto fondamentale e generalmente non ammette l'interferenza dello Stato: in una **sentenza** del 1988 molto citata (*Boos contro Barry*) i giudici ribadivano che «nel dibattito pubblico i cittadini dovrebbero tollerare le parole offensive, e perfino quelle oltraggiose, per fornire spazio sufficiente alle libertà protette dal Primo emendamento».

Ma la libertà di espressione non è un diritto assoluto – conosce ovvie e meno ovvie regolazioni – e non tutte le espressioni individuali sono considerate materia da Primo emendamento: quelle che non riguardano temi di interesse pubblico e da cui la società non potrebbe trarre beneficio non hanno alcuna tutela costituzionale (*unprotected speech*). Viene spesso citato un caso del 1942: un tale Chaplinsky diede in pubblico del “maledetto fascista e delinquente” a un agente dello Stato del *New Hampshire*, la Corte lo condannò – non per il bersaglio dell'offesa ma per l'offesa in sé – e lui si appellò inutilmente al Primo emendamento.

## **6. La diffamazione a mezzo *Facebook***

Un ultimo passaggio, infine, non può non essere dedicato alla possibilità di diffamare qualcuno a mezzo *Facebook*. Fino a qualche anno fa sembrava quasi impensabile una ipotesi del genere. Invece, oggi, tutto ciò è possibile. Diffamare un soggetto attraverso l'utilizzo dei *social network*. Postare un commento offensivo sulla bacheca di *Facebook* della persona offesa integra il reato di diffamazione a mezzo stampa. La Corte di cassazione, già lo scorso anno con la sentenza 24431/2015, ha stabilito che inserire un commento su una bacheca di un *social network* significa dare al suddetto messaggio una diffusione che potenzialmente ha la capacità di raggiungere un numero indeterminato di persone, sicché, laddove questo sia offensivo, deve ritenersi integrata la fattispecie aggravata del reato di diffamazione.

La Corte di cassazione si confronta con l'utilizzo illecito e smodato dei cosiddetti *social network*, e sottolinea la diffusività delle affermazioni che compaiono su tali siti. Proprio in ragione del fatto che i commenti che compaiono su tali *social network* hanno una diffusione capillare e potenzialmente illimitata, i Giudici di ultima istanza ritengono che le offese espresse in tal modo debbano ritenersi aggravate, come se commesse a mezzo stampa. Anche quest'anno la Corte ha affrontato ancora il problema, ritenendo possibile su *Facebook* anche la diffamazione aggravata. Tutto ciò si inserisce, inevitabilmente, nel circuito pocanzi descritto e inevitabilmente si raccorda a quel magma incontrollabile che il *web* ha generato.

## **7. Una riflessione doverosa e un problema ancora in attesa di concrete soluzioni**

Chiaramente, le questioni sono ancora aperte e certamente in questo mio breve intervento non troveremo soluzioni ma spunti. Ciò su cui occorre riflettere, a mio avviso, è che i *social network* vanno utilizzati con grande cura e soprattutto i giornalisti devono fare molta attenzione a quelle che sono le notizie che reperiscono sui *social* e che poi, successivamente, vanno a postare in questa mostruosa piattaforma.

## *Annotazioni*

## *Annotazioni*

Euro 20,00

