

L'approvazione dell'art. 17 della Direttiva Copyright: genesi, applicazione, criticità.

di Stefano Longhini

Direttore gestione Enti Collettivi, protezione Diritto di Autore e Contenzioso presso Direzione Affari Legali R.T.I. S.p.A.

SOMMARIO: 1) Introduzione – 2) La battaglia contro lo sfruttamento illecito dei contenuti - 3) La Genesi della Direttiva Copyright - 4) Il recepimento dell'art. 17 nell'ordinamento giuridico italiano – 5) Le criticità del nuovo intervento normativo -6) Conclusioni

1. Introduzione

Il salto innovativo generato dalla rivoluzione digitale ha condotto ad una nuova prospettiva di distribuzione e fruizione dei contenuti audiovisivi. Si è assistito all'emersione di nuovi mercati e servizi *online*, allo sviluppo di nuovi *player* e nuovi modelli di *business* innovativi. L'ampio bouquet di servizi offerti dalle piattaforme *online* ha consentito alle stesse di svolgere un ruolo di intermediazione, gestendo, di fatto, la circolazione, l'elaborazione, la memorizzazione e l'archiviazione delle opere protette e di dati. Le grandi piattaforme hanno così assunto una posizione di potere senza precedenti sul mercato del diritto d'autore sfruttando in modo le opere altrui e facendo della gestione della pubblicità (sui contenuti di terzi) e del trattamento indisciplinato dei dati degli utenti il loro *core business*.

2. La battaglia contro lo sfruttamento illecito dei contenuti

Era il lontano dicembre del 2009 quando il portale YouTube vedeva ai primi dieci posti della classifica dei video stralci di programmi Mediaset. Se agli occhi del titolare dei diritti appariva palese la violazione del diritto di autore per il quale è appunto l'autore o il suo avente causa (sempre nel rispetto del diritto morale del primo) a poter decidere se e dove l'opera possa essere pubblicata, ai rappresentanti delle piattaforme questa tesi suscitava, al contempo, stupore ed indignazione; certamente un fermo diniego di tale impostazione, considerata temeraria oltre che retrograda.

Sta di fatto che il Tribunale di Roma ordinava a Youtube, in sede d'urgenza e poi di reclamo¹, di rimuovere dai propri server e di disabilitare l'accesso di tutti i contenuti della X edizione del programma "*Grande Fratello*".

Già allora il Tribunale aveva respinto la tesi dell'irresponsabilità del provider allorché eroga servizi aggiuntivi (la gestione dei contenuti video), sfruttandoli economicamente attraverso inserzioni pubblicitarie.

Con questa decisione, Mediaset inaugurava la stagione della lotta allo sfruttamento illecito dei propri contenuti audiovisivi, caratterizzata da numerose decisioni dei Giudici italiani, che hanno visto coinvolte molteplici piattaforme, a titolo meramente

* *Un doveroso ringraziamento alla dottoressa Greta Calabrese, sempre al mio fianco nella preparazione di queste relazioni.*

¹ Rispettivamente ordinanza del Tribunale di Roma, Sez. IX civ., del 15 dicembre 2009 e ordinanza del Tribunale di Roma, Sez. specializzata in materia di proprietà industriale ed intellettuale, del 22 gennaio 2010.

esemplificativo e non esaustivo Vimeo², Facebook³ (condannata per la messa a disposizione del pubblico di opere protette dal diritto d'autore tramite il c.d. *hyperlink*, in quanto i link pubblicati sul social che conducevano a piattaforme pirate), Veoh⁴, per arrivare a Yahoo, oggetto di una sentenza epocale della Corte di Cassazione (I Sez. Civ., sentenza n. 7708, 19 marzo 2019), che ha indicato quali sono gli elementi che consentono di qualificare come attivo un *hosting*:

- filtro;
- selezione;
- indicizzazione;
- organizzazione;
- catalogazione;
- aggregazione;
- valutazione;
- uso;
- modifica;
- estrazione o promozione dei contenuti, operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio;
- adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione.

Sono in sostanza di condotte che hanno l'effetto di completare ed arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte degli utenti tramite:

- a) un motore di ricerca interno;
- b) la segnalazione dei "preferiti";
- c) collegamenti e contenuti correlati;
- d) classificazioni per argomenti e categorie di soggetti;
- e) *toplist* e *hotlist*;
- f) sistemi di segnalazione degli abusi, organizzando quindi i contenuti, indicizzandoli e selezionandoli per finalità pubblicitarie.

In tutti questi casi, in cui c'è un diretto concorso (attivo, appunto) nell'illecito, trovano applicazione le regole comuni sulla responsabilità civile.

La sentenza della Cassazione ha poi precisato che anche l'*hosting* passivo è responsabile, qualora, venuto a conoscenza dell'illecito (o su comunicazione dell'avente diritto ovvero *aliunde*), non procede a rimuoverlo o a bloccarne l'accesso.

A distanza di circa due anni, la Suprema Corte è tornata sul tema della responsabilità dell'*hosting provider* attivo (caso RTI c. TMFT Enterprises-Break Media) con un'ordinanza (n. 39763/2021) che conferma i principi espressi con la pronuncia Yahoo anche in riferimento al tema della comunicazione dell'illecito da parte del titolare dei diritti, precisando, a tale riguardo, che non è necessaria l'indicazione di tutti gli URL relativi ai contenuti ritenuti lesi, non solo perché gli URL non sono identificativi del contenuto violato ma anche perché ciò che rileva è la conoscenza effettiva dell'illecito avuta per il tramite della diffida o *aliunde*.

La Cassazione 2021 affronta inoltre due ulteriori tematiche molto importanti. Una prima riguarda l'onere probatorio del titolare dei diritti, in relazione al quale la Suprema Corte conferma che "*in tema di diritto d'autore, la violazione del diritto d'esclusiva che spetta al*

² Tribunale di Roma, Sez. spec. in materia di imprese, sentenza del 10 gennaio 2019.

³ Tribunale di Roma, Sez. spec. in materia di imprese, sentenza del 15 febbraio 2019.

⁴ Tribunale di Roma, Sez. spec. in materia di imprese, sentenza del 20 gennaio 2021.

*suo titolare costituisce danno in re ipsa, senza che incomba al danneggiato altra prova del lucro cessante che quella della sua estensione*⁵. Una seconda, afferisce alla quantificazione del danno subito dal titolare del diritto, il quale va valutato *ex post* avendo conto, quale misura minima, quella del “prezzo del consenso”, vale a dire il valore che il prezzo che sarebbe stato richiesto dal titolare dei diritti per concederne lo sfruttamento.

3. La Genesi della Direttiva Copyright

La necessità di ricercare regole giuridiche in grado di disciplinare la materia autoriale alla luce sia della rapidità con cui i contenuti protetti da *copyright* circolano, sia delle esigenze di bilanciamento fra i vari interessi in gioco, aveva indotto la Commissione europea ad avviare, nel 2014, una consultazione pubblica sulla revisione delle norme europee in tema di diritto d'autore. Tra i temi oggetto della consultazione spiccavano quello relativo alla creazione di regole tra loro armonizzate, volte a disciplinare lo sfruttamento delle opere e altri materiali protetti e quello afferente le limitazioni e le eccezioni all'applicazione del diritto d'autore all'interno dell'Unione europea.

Un anno dopo, sulla scorta delle risultanze della consultazione pubblica, la Commissione europea annunciava la sua Strategia per un Mercato Unico Digitale con l'obiettivo di uniformare le disposizioni legislative in materia di diritto d'autore e garantire più ampio accesso alle opere online.

Nel frattempo, nell'ambito di una risoluzione riguardante l'implementazione della Direttiva 2001/29/CE (“Direttiva InfoSoc”), il Parlamento europeo, chiedeva alla Commissione europea di parametrare il concetto di “intermediario” all'attuale contesto digitale.

Così, il 14 settembre 2016, la Commissione presentava la sua proposta di Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, la quale, sin da subito destava reazioni contrapposte. L'iter di approvazione della Direttiva è stato quindi impervio e ricco di complicazioni. Ed infatti, nel maggio del 2018, la Bulgaria aveva avviato i negoziati con il Parlamento europeo al fine di raggiungere un accordo che, tuttavia, non raccoglieva l'appoggio di alcuni paesi tra cui Belgio, Germania, Francia, Paesi Bassi, Slovenia ed Ungheria. Lo stesso accadeva al testo approvato nel giugno del 2018 dalla Commissione giuridica (JURI) del Parlamento europeo, che veniva poi bocciato nella votazione in seduta plenaria.

Sulla scorta delle interlocuzioni nel frattempo intercorse, nel settembre del 2018, il Parlamento europeo adottava un nuovo testo al quale seguivano una pluralità di negoziati/incontri a tre tra Commissione, Consiglio e Parlamento, intavolati dalla Presidenza di turno austriaca ed aventi l'obiettivo di pervenire ad una soluzione di compromesso.

Nel marzo del 2019, la Direttiva veniva approvata in prima lettura in Parlamento, mentre riceveva l'approvazione del Consiglio il 17 aprile 2019 a maggioranza qualificata a causa del voto contrario di diversi Paesi tra cui l'Italia ed un mese dopo veniva pubblicata in Gazzetta Ufficiale, lasciando agli Stati membri il compito di trasporla nei rispettivi ordinamenti giuridici.

Nell'ambiziosa prospettiva di riequilibrare i rapporti tra le grandi piattaforme e i titolari del diritto si colloca l'art. 17 della Direttiva *Copyright*, il quale, rivolgendosi ai prestatori

⁵ Cass. Civ. Sez. III, n. 8730 del 15.4.2011.

di servizi di contenuti online dispone che, nel momento in cui questi ultimi consentono agli utenti il caricamento di opere protette dal diritto d'autore o di altro materiale tutelato, pongono in essere un "atto di comunicazione al pubblico" o "di messa a disposizione del pubblico"⁶. Pertanto, devono ottenere un'autorizzazione dal titolare dei diritti per il caricamento lecito dei contenuti pubblicati dai loro utenti attraverso la stipula di accordi di licenza, che dovranno essere improntato ai principi di equità ed equilibrio negoziale tra le parti.

Il fatto che la condotta del prestatore di servizi online sia qualificata come atto di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico rende inapplicabile a detti soggetti l'esonero di responsabilità di cui all'art. 14 par. 1 della Direttiva E-commerce (Direttiva 2000/31/CE).

Se i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online non ottengono la preventiva autorizzazione dal titolare dei diritti e, ciò nonostante, utilizzano i contenuti del titolare dei diritti, sono responsabili salvo che dimostrino di aver posto in essere, cumulativamente, le seguenti condotte cd. *best efforts*:

"a) avere compiuto i massimi sforzi per ottenere l'autorizzazione;

b) "avere compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti; e in ogni caso, di"

c) "avere agito tempestivamente, una volta ricevuta una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dal proprio sito web i contenuti oggetto di segnalazione e avere compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro conformemente al punto che precede" c.d. *stay down*⁷.

Ponendo in capo al *provider* l'onere della prova di aver compiuto i *best efforts*, il legislatore ha previsto un coinvolgimento "proattivo" degli intermediari online così da evitare la proliferazione degli illeciti. In breve, trattasi di disposizioni che fanno gravare sui prestatori di servizi obblighi di diligenza (o, in altre parole, obblighi di mezzo) rispetto ai servizi offerti. Al fine di "assicurare che non siano disponibili" opere e altri materiali protetti identificati dai titolari di diritti e di "impedirne il caricamento in futuro", i prestatori di servizi devono adottare "tutte le misure che un operatore diligente adotterebbe" per rilevare e bloccare o rimuovere, in maniera attiva, i contenuti caricati dagli utenti.

Obblighi meno cogenti sono previsti per i *provider* di dimensioni ridotte: nuovi prestatori di servizi di condivisione di contenuti online i cui servizi sono disponibili al pubblico nell'Unione da meno di tre anni e che hanno un fatturato annuo inferiore a 10 milioni di euro. Questi ultimi saranno ritenuti responsabili a meno che non provino di aver compiuto i massimi sforzi e "di aver agito tempestivamente, in seguito alla ricezione di una segnalazione sufficientemente motivata, per disabilitare l'accesso alle opere o ad altri materiali notificati o rimuovere dai loro siti web tali opere o altri materiali". In sostanza, non è loro richiesto l'obbligo dello *stay down*, salvo che il numero medio di visitatori unici mensili di tali prestatori di servizi superi i 5 milioni annui⁸.

Nell'ottica di una sinergia positiva tra l'industria culturale e lo sviluppo tecnologico a tutela dell'interesse pubblico del pluralismo dell'informazione, l'art. 17 fa salvo il regime delle eccezioni e delle limitazioni esistenti. Pertanto, è consentita la disponibilità di quelle

⁶ Paragrafo 1, art. 17 della Direttiva Copyright.

⁷ Paragrafo 4, art. 17 della Direttiva Copyright.

⁸ Paragrafo 6, art. 17 della Direttiva Copyright.

opere che non violino il diritto d'autore, quali: “a) citazione, critica, rassegna; b) utilizzi a scopo di caricatura, parodia o pastiche”⁹.

Se da un lato l'articolato normativo richiama i *provider* ad un ruolo proattivo nel rapporto con il titolare dei diritti, dall'altro esclude un obbligo generale di sorveglianza a loro carico.

Infine, l'art.17 istituisce un meccanismo di reclamo e ricorso “*celere ed efficace*”¹⁰ che le piattaforme sono chiamate a mettere a disposizione degli utenti qualora dovessero sorgere controversie aventi ad oggetto le opere dagli stessi caricate.

4. Il recepimento dell'art. 17 nell'ordinamento giuridico italiano

Con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del Decreto Legislativo di attuazione della Direttiva UE 2019/790 sul Diritto d'Autore e i diritti connessi nel mercato unico digitale (D. Lgs. 8 novembre 2021, n. 177), avvenuta il 27 novembre 2021, il legislatore italiano ha recepito la Direttiva Copyright nell'ordinamento giuridico nostrano, conformandolo alle disposizioni europee.

In particolare, la trasposizione dell'art. 17 della Direttiva Copyright ha comportato l'introduzione nella Legge sul Diritto d'Autore del Titolo II-*quater*, rubricato “*Utilizzo di contenuti protetti da parte dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti online*”, che disciplina la responsabilità delle grandi piattaforme online per i caricamenti di opere protette effettuati dagli utenti.

Ragioni di coerenza e opportunità avrebbero suggerito un recepimento quanto più fedele possibile al testo legislativo europeo, cosa che di fatto è accaduta solo in parte.

5. Le criticità del nuovo intervento normativo

Pur accogliendo con favore le novità introdotte all'ordinamento giuridico italiano a seguito del recepimento dell'art. 17 della Direttiva Copyright, appare evidente come alcuni passaggi riecheggiano quel compromesso di cui è figlia la stessa Direttiva europea.

Il fatto che anche in sede di recepimento si siano lasciate formulazioni normative poco definite, rende difficile la comprensione di quali siano i criteri secondo cui debba essere negoziata l'autorizzazione, di che cosa si intenda esattamente per “massimo sforzo” e quando, in concreto, possa considerarsi integrato questo principio. Ed è proprio nella genericità del dato legislativo che alberga il timore che le piattaforme possano volere continuare a beneficiare di previsioni che, all'atto pratico, le pongono in una posizione di vantaggio negoziale rispetto ai titolari dei diritti.

Ed infatti, post Direttiva, l'atteggiamento manifestato dalle grandi piattaforme appare poco mutato ed orientato a diminuirne l'efficacia anche con interpretazioni difformi a quelle del legislatore europeo (si pensi alla battaglia per tradurre i massimi sforzi con i migliori sforzi o il continuo tentativo di strumentalizzare il principio di ragionevolezza). Ciascuna piattaforma continua a voler imporre le proprie condizioni generali nel negoziare le licenze (impossibile parlare di embedding, condivisive dei dati, raccolta di pubblicità in capo al titolare dei diritti con percentuali di revenues bilanciate, compartecipazione di spese per la creazione dei contenuti sfruttati); il proprio “strumento di tutela del contenuto”, a richiedere modalità di segnalazione della violazione in modo diverso da quanto sancito dalla giurisprudenza e a negare la possibilità della rimozione tempestiva

⁹ Paragrafo 7, art. 17 della Direttiva Copyright.

¹⁰ Paragrafo 9, art. 17 della Direttiva Copyright.

delle violazioni sebbene segnalate dal titolare dei diritti. A ciò si aggiunga l'assenza di qualsivoglia compartecipazione alle spese che questi ultimi sostengono per monitorare che i sistemi di protezione messi a disposizione siano effettivamente efficienti come paventano le stesse piattaforme.

6. Conclusioni

E' certo, quindi, è che ancora una volta spetterà ai giudici nazionali il fondamentale compito di dare concreta interpretazione ed applicazione al nuovo assetto normativo e favorire quindi il raggiungimento di accordi congrui tra editori tradizionali e piattaforme. A tal fine, elemento fondamentale, sarà quello della valorizzazione del danno che compensi il soggetto defraudato e disincentivi l'utilizzo illegittimo con il criterio del prezzo del consenso da considerarsi come una soglia minima cui aggiungere il danno derivante dalla mancata richiesta preventiva e la retroversione degli utili. E' infatti solo una valorizzazione del danno punitiva che potrà rendere l'illecito non conveniente e incentivare accordi per una più ampia, ma legale distribuzione delle opere.