

Quando il diritto d'autore cade nella rete europea

A cura di Francesca Fieconi, consigliere Corte d'appello di Milano, sezione prima civile

Gli operatori del settore oggi avvertono un'esigenza di cambiamento d'impostazione nell'affrontare il tema della protezione del diritto d'autore poiché si devono sempre più confrontare con un mondo digitale che non ha più le caratteristiche del mondo analogico.

Nell'era che stiamo vivendo, in cui la tecnologia di *internet* vive con ogni essere umano e lo accompagna in pressoché ogni attività quotidiana, la platea dei fruitori delle opere o dei prodotti protetti dai diritti di autore è potenzialmente composta da tutti coloro che in un determinato istante sono collegati alla rete telematica. Essendo un numero di soggetti imprecisato, incommensurabile, privo di confini o di certa identità, il rapporto tra autore e pubblico si è certamente invertito e la costruzione classica del diritto d'autore non regge più, o per lo meno è stata sottoposta a uno *stress* molto severo.

Una delle ragioni di tale inversione di tendenza si riscontra nel fatto che l'autore, sempre più spesso, si fa conoscere attraverso la rete comunicativa di *internet* senza apparenti intermediari e il pubblico diviene arbitro indiscusso del valore dell'opera e suo immediato fruitore, scegliendo l'opera degna di menzione, e così sulla base dell'indice di apprezzamento in rete si assegna un valore all'opera stessa, a volte senza intervento di alcun intermediario. La rivoluzione compiutasi nell'era informatica, ove è la "*audience*" che attribuisce valore all'opera intellettuale, costringe a ridisegnare i contorni del diritto d'autore proprio perché il veicolo divulgativo e promozionale dell'opera intellettuale o dei prodotti che ne derivano è cambiato e appare come un campo neutro di incontro diretto coi suoi naturali fruitori .

Gli autori divengono così quasi i soggetti passivi delle loro opere perché ne perdono la materiale detenzione, o quanto meno il controllo, quando proprio nella fase di lancio delle medesime opere in *internet* necessiterebbero di maggiore protezione e tutela. Le opere rischiano così di diventare di pubblico dominio ancor prima che si possano disegnare i tempi e i modi della loro divulgazione e fruizione. Purtroppo un fatto è sicuro, vale a dire che un'opera intellettuale non circolante in *internet* è destinata a ricevere valore solo all'interno di una ristretta cerchia di intenditori o amatori, e dunque ad acquisire un valore relativo e non universalmente riconosciuto. In questo senso si può dire che anche l'autore più raffinato ha oramai necessità di ottenere comunque un riscontro da parte della platea di *internet* per poterne ricevere un indice di apprezzamento importante.

Di conseguenza, in tale contesto l'attività promozionale dell'intermediario dell'opera ha assunto certamente una rilevanza marginale rispetto a un tempo, perché il vero intermediario dell'opera è impersonato dalla rete digitale in cui interagisce la platea dei fruitori della rete con l'opera stessa. Gli intermediari delle opere si trovano così a dovere proteggere i diritti ad esse connessi con molto ritardo e affanno, magari quando il pubblico se ne è in qualche modo appropriato o sbarazzato in via definitiva, senza possibilità di poter incidere più di tanto.

E' molto facile in questo caso cadere nella tentazione di volere attribuire la responsabilità di improprie appropriazione dei diritti connessi all'opera d'autore, se non addirittura di svalORIZZARE le medesime, al gestore della rete *internet*, il quale non fa altro che offrire servizi di ospitalità a chi ne vuole usufruire.

Come l'esperienza ha sinora dimostrato, il legislatore europeo e i giudici nazionali ed europei non si sono spinti più di tanto ad attribuire specifiche responsabilità ai gestori delle reti *internet* quando

non sia stato concretamente dimostrato che essi hanno operato come veri e propri gestori di servizi di rivendita di prodotti protetti da diritti d'autore. Gli *hosting provider* in effetti non fanno altro che offrire uno spazio in cui i fruitori di *internet* possono navigare liberamente e scambiarsi notizie, video, brani musicali, filmati o addirittura beni o prodotti. Soprattutto in questi spazi liberi si riscontrano violazioni macroscopiche dei diritti d'autore. Tuttavia la responsabilità dell' *hosting provider* nella maggior parte dei casi si profila come secondaria e limitata.

Vero è infatti che per gli *hosting provider* opera una vera e propria eccezione di responsabilità generale nell'art. 14 della direttiva europea sul commercio elettronico 2000/31/CE, perché la direttiva li protegge nella loro essenziale funzione di meri canali di comunicazione. Lo statuto giuridico di queste piattaforme è difatti centrale per garantire un' economia aperta, corretta e lecita e, parimenti, uno spazio di libera comunicazione e di libero pensiero, ma è anche vero che le linee di demarcazione tra *provider* di servizi e *provider* di meri contenuti sono sempre più difficili da tracciare nei fatti, perché è oramai universalmente riconosciuto che vi possono essere *hosting provider* che hanno un ciclo di proficua produzione interna che li rende simili ai gestori di servizi.

Non è neanche ipotesi peregrina che i cosiddetti *hosting provider* possano impropriamente tramutarsi da neutri elargitori di spazi di comunicazione in concorrenti nell'illecito di appropriazione dei diritti di sfruttamento dell'opera. In questo caso la direttiva in esame rimuove il privilegio dell'esenzione da responsabilità. Tuttavia la via per potere vedere riconosciuta una tale diretta responsabilità in capo agli *hostings provider* è assai ardua, poiché la Corte dell'Unione europea ha già fissato i paletti interpretativi oltre i quali i giudici nazionali non possono spingersi nell'affermare la responsabilità della piattaforma neutra .

La direttiva in esame, difatti, impedisce ogni tentativo di addossare agli *hosting provider*, anche se sempre più evoluti, un obbligo generale di sorveglianza, prevedendo solo la possibilità di imporre ai medesimi obbligazioni di monitoraggio in seguito a specifiche segnalazioni ricevute dagli aventi diritto. Altrimenti ne andrebbe, si dice, della libertà dei terzi fruitori di circolare in *internet* e di manifestare il proprio pensiero e le proprie opinioni con tale mezzo di comunicazione.

E' importante sottolineare come la responsabilità secondaria dell'*hosting provider*, nello spazio dell'Unione europea, si definisca sempre in relazione all'azione di un terzo che commette l'illecita appropriazione dell'opera, e non a una condotta assunta in maniera autonoma da parte della piattaforma ospitante. Questo elemento di terzietà vale come effettivo e unico elemento discriminante la responsabilità indiretta propria dell' *hosting provider* da quella diretta del *service provider*. Sicché ogni tentativo di allargare lo spettro di responsabilità del primo rischia di rendere evanescenti le specifiche prerogative tracciate dal legislatore a tutela dei diritti di comunicazione dei terzi fruitori di *internet*. Difatti è previsto solo che gli Stati membri debbano garantire la possibilità d'intervento nei confronti dell'*hosting provider* che non effettui un monitoraggio sulle opere o sui prodotti messi in circolazione illecitamente da terzi, ma certamente non si può giungere a sostenere che un' eventuale sua omissione di controllo lo renda per ciò solo responsabile in via generale e diretta.

Il caso *l'Oreal c. eBay*, C-324/09 , deciso dalla Corte di Giustizia il 12 luglio 2011, rappresenta un importante precedente dell' Unione europea in tema d'interpretazione della direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE e di direttiva 2004/48/CE sui diritti di proprietà intellettuale. In proposito, è interessante leggere il passaggio in cui la Corte si limita a constatare che la mera circostanza che il gestore di un mercato *online* memorizzi sul proprio *server* le offerte di vendita, stabilisca le modalità del suo servizio, sia ricompensato per quest'ultimo e fornisca informazioni d'ordine generale ai propri clienti non possa avere l'effetto di privarlo delle deroghe in materia di

responsabilità generale accordate dalla direttiva 2000/31/CE, come se avesse assunto un ruolo attivo. In questo caso la Corte dell'Unione europea indica gli elementi caratterizzanti la maggior parte degli *hosting provider*, e così facendo afferma che detti elementi di alta specializzazione sono del tutto connaturati alla loro caratteristica di stazione neutra ospitante e non generano obblighi di sorveglianza preventiva sul contenuto ivi immesso e circolante.

Viceversa, laddove detto gestore avesse in ipotesi prestato un'assistenza consistente segnatamente nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita e nel promuovere tali offerte, si dovrebbe considerare che esso non abbia occupato una posizione neutra tra il cliente e i potenziali fruitori, ma abbia svolto un ruolo attivo atto a conferirgli una conoscenza concreta o un controllo effettivo dei dati relativi a dette offerte, non potendosi in tal caso avvalere della deroga in materia di responsabilità di cui all'art. 14 della direttiva 2000/31/CE (cfr. p.116 della decisione nel procedimento C-324/09 di cui sopra). Conseguentemente, solo la conoscenza effettiva o il controllo in concreto del dato inserito da un terzo fungono da elementi indiziari della perdita di neutralità da parte dell'intermediario che il giudice nazionale dovrà in ogni caso valutare in concreto e caso per caso, entro i margini di discrezionalità sopra descritti.

Di qui si comprende come, anche con riferimento ai sistemi tecnicamente più evoluti di gestione dei dati, per l'interprete sia normalmente difficile potere riscontrare *tout court* uno sconfinamento della attività di gestione della rete in attività di vero e proprio servizio di *marketing*. Sino a che il legislatore europeo manterrà lo spartiacque epistemologico sopra descritto, la responsabilità dell'intermediario rimarrà inesorabilmente confinata nel caso classico in cui sussista una concreta consapevolezza *ex ante* del dato illecitamente inserito da terzi, unita a una possibilità di effettivo controllo della sua gestione e circolazione in rete.

Diverso è il problema attinente al contenuto delle ingiunzioni giudiziali o amministrative che possono emanarsi in seguito al rilievo di una lesione dei diritti da parte dell'avente diritto, ai sensi dell'art. 11 della direttiva 2004/48, le quali sono intese a eliminare la fonte della lesione. In tal caso si pone la questione se esse possano avere un contenuto generale volto all'impedimento di future violazioni del diritto d'autore rivendicato. Anche in riferimento a questo dubbio interpretativo sulla legge europea, la Corte di Giustizia si è pronunciata nel senso che la normativa nazionale deve essere configurata in modo tale che la finalità dissuasiva possa essere realizzata onde ottenere una tutela effettiva (v. caso *L'Oreal c. eBay* C- 324/09).

Tuttavia la stessa Corte, in tale ipotesi di responsabilità *ex post* dell'intermediario, rammenta che le misure contemplate nella direttiva 2004/48 non implicano un obbligo di vigilanza di tutti i dati di ciascuno dei suoi clienti per prevenire qualsiasi futura violazione dei diritti di proprietà intellettuale, in quanto l'art. 3 della direttiva 2004/48/CE enuncia espressamente che le misure contemplate devono essere eque e proporzionate e non devono essere eccessivamente costose o creare ostacoli al commercio legittimo. Pertanto il provvedimento cautelare o definitivo, rivolto al gestore della piattaforma neutra, di rimuovere contenuti illeciti inseriti da terzi non potrebbe avere l'effetto di imporgli un divieto generale e permanente di messa in vendita, nello spazio digitale, di prodotti riferibili all'avente diritto. Quello che conta è infatti che l'autore della violazione sia sempre identificabile attraverso il gestore e che il gestore reagisca prontamente e proporzionalmente nei suoi confronti dopo la segnalazione fatta dall'avente diritto, impedendogli di commettere altre violazioni o di proseguire nella condotta illecita. Sotto il profilo della legittimazione, è prevista una prova agevolata nella presunzione del diritto d'autore o di titolarità dei diritti data dall'indicazione del nome dell'autore sull'opera nei modi d'uso.

Un eventuale inadempimento, da parte del gestore, di un ordine giudiziale o amministrativo d'impedimento della prosecuzione della condotta, non potrebbe in ogni caso ampliare i margini della ristretta responsabilità del gestore e i conseguenti suoi obblighi di sorveglianza, i quali restano di monitoraggio specifico e non generale. Pertanto un sistema di filtraggio preventivo e generale non sarebbe certamente in linea con il sistema di protezione accordato alle opere immesse nella rete *internet* dal legislatore europeo.

In modo tutt'altro che sorprendente o eccezionale, nel caso *Sabam /Scarlet C-70/10*, deciso il 24 novembre 2011, la Corte di Giustizia europea, considerando che un simile sistema di monitoraggio preventivo avrebbe richiesto una costante analisi di tutte le comunicazioni elettroniche degli utenti del singolo *provider*, ha chiaramente sancito che l'ordine imposto all' *hosting provider* di apprestare tale sistema di filtraggio dei dati viola il principio stabilito dall'art. 15 della direttiva 2000/31/CE secondo cui il prestatore di servizi della società dell'informazione non ha un generale obbligo di vigilanza sui dati originati ed immessi in rete dai suoi clienti (e a maggior ragione sui dati "in entrata").

Inoltre, la Corte di Giustizia, ha rilevato come un simile ordine giudiziale o amministrativo imporrebbe un limite eccessivo alla libertà imprenditoriale posto che costringerebbe l' *hosting provider* ad adottare costose misure tecniche di filtraggio (nel caso di specie si dovrebbe adottare un filtraggio tipo *deep packet inspection*). La Corte di Giustizia ha, altresì, evidenziato – e questo è il punto essenziale e centrale della decisione – che tale imposizione violerebbe il principio di proporzionalità e di giusto bilanciamento degli interessi in gioco. A questo punto la Corte richiama la sentenza del "caso *Promusicae*" per ribadire che nel contesto delle misure adottate dalle autorità amministrative e giudiziarie nazionali a protezione degli interessi dei titolari del diritto d'autore occorre valutare anche la giusta protezione dei diritti fondamentali degli individui interessati dall'apprestamento di tali misure di filtraggio (come, ad esempio, il diritto alla riservatezza delle comunicazioni e il diritto alla protezione dei dati personali).

Da un lato, infatti, è pacifico che l'ingiunzione di predisporre il sistema di filtraggio controverso implicherebbe un'analisi sistematica di tutti i contenuti, nonché la raccolta e l'identificazione degli indirizzi "IP" degli utenti all'origine dell'invio dei contenuti illeciti sulla rete, indirizzi che costituiscono dati personali protetti, in quanto consentono di identificare in modo preciso i suddetti utenti.

Dall'altro, un'ingiunzione che imponesse un comportamento esplorativo ad ampio raggio rischierebbe di ledere la libertà d'informazione, poiché tale sistema potrebbe non essere in grado di distinguere adeguatamente tra un contenuto lecito e un contenuto illecito, sicché il suo impiego potrebbe produrre il risultato di bloccare comunicazioni aventi un contenuto lecito. Infatti, è indiscusso che la questione della liceità di una trasmissione dipende anche dall'applicazione di eccezioni di legge al diritto di autore che variano da uno Stato membro all'altro. Inoltre, in certi Stati membri talune opere possono rientrare nel pubblico dominio o possono essere state messe in linea gratuitamente da parte dei suoi autori, proprio per il fenomeno sopra citato. Pertanto la Corte di Giustizia ha dichiarato che, adottando un'ingiunzione che costringa l'*hosting provider* a predisporre il sistema di filtraggio ad ampio spettro, il giudice nazionale in questione non rispetterebbe l'obbligo di garantire un giusto equilibrio tra, da un lato, il diritto di proprietà intellettuale e, dall'altro, la libertà di impresa, il diritto alla tutela dei dati personali e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni.

In sintesi, le direttive europee 2000/31, 2001/29, 2004/48, 55/46 e 2002/58, lette in combinato disposto e interpretate tenendo presenti le condizioni derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali

applicabili, devono essere interpretate nel senso che ostano all'ingiunzione ad un *hosting provider* di predisporre il sistema di filtraggio sopra descritto.

In altri termini, la sentenza della Corte di Giustizia emessa nel caso Sabam /Scarlet C-70/10, deciso il 24 novembre 2011, ha contribuito a mettere ordine in casa a livello europeo e risulta di enorme impatto sulle vicende giudiziarie degli *hosting provider*. Intervenuta per chiarire il portato della norma europea cui ogni Stato dell'Unione si dovrà adeguare, tale decisione veste certamente i panni di "pietra miliare" nella commisurazione del tasso di protezione accordato ai diritti d'autore circolanti su *internet*, in quanto vieta l'imposizione di un sistema di filtraggio che si applichi indistintamente nei confronti degli utenti, a titolo preventivo, a spese esclusive del prestatore, senza limiti di tempo, idoneo a identificare i *file* elettronici contenenti opere musicali, cinematografiche o audiovisive rispetto alle quali il richiedente il provvedimento di ingiunzione affermi di vantare diritti di proprietà intellettuale. Tale decisione, per sua natura, impone a tutti i giudici dei Paesi aderenti di disapplicare la normativa nazionale nel punto in cui sia in contrasto con tale decisione.

All'impostazione indicata dal legislatore europeo e dalla sua Corte si è ispirata la Corte d'appello di Milano, nel caso R.T.I. c. Yahoo ! Italia, deciso con la sentenza n. 29 del 7 gennaio 2015. In tale decisione la Corte d'Appello di Milano ha ritenuto che il Tribunale, pronunciandosi con sentenza n. 10893/2011, abbia errato nel considerare il ruolo svolto dalla Yahoo! Italia, nei fatti oggetto della controversia, assimilabile a quello di un *hosting provider* di tipo attivo. Secondo la Corte, la mera presenza di sofisticate tecniche di intercettazione del contenuto dei *file* caricati, di varie modalità di gestione del sito e di un interesse del gestore a conseguire vantaggi economici dal sito stesso, non sono infatti sufficienti a mutare la natura del servizio della Yahoo! Italia da *hosting provider passivo* in *hosting provider attivo*, in tal modo riformando la sentenza di primo grado del Tribunale. La sentenza della Corte d'appello di Milano sottolinea inoltre due punti importanti: a) che è obbligo dell' *hosting provider* rimuovere i contenuti illeciti presenti nel sito, o impedirvi l'accesso, appena ricevuta notizia della loro presenza sul sito stesso da parte dell'avente diritto; b) che l'*hosting provider* in ogni caso non ha obblighi di sorveglianza generale e preventiva. Pertanto l'*hosting provider* non è tenuto ad agire in base a una diffida dell'avente diritto che elenchi genericamente i contenuti illeciti da rimuovere (in particolare i titoli dei programmi televisivi pubblicati illecitamente sul sito), senza indicare specificamente gli URL dei *file* da rimuovere. L'onere di identificare con precisione tali contenuti, data la natura pubblicamente accessibile del portale su cui si trovavano, ricade infatti sul titolare del diritto d'autore .

A questo punto giova rammentare che nel Dicembre del 2015, la Commissione Europea ha presentato una serie di proposte di riforma della normativa dell'Unione europea sul diritto d'autore. Queste proposte hanno come obiettivo principale quello di permettere ai cittadini europei di accedere legalmente a un grande numero di contenuti digitali, garantendo protezione e una giusta retribuzione agli autori e ai titolari dei diritti. Queste proposizioni, da tradursi in proposte legislative, daranno sicuramente vantaggi anche a settori chiave quali istruzione, cultura, ricerca e innovazione (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6261_it.htm) .

La serie di riforme proposte della Commissione presenta quattro argomenti principali, i quali rappresentano coerentemente una visione a lungo termine per il diritto d'autore nell'Unione europea:

- 1) Ampio accesso ai contenuti in tutta l'Unione. Oggigiorno, per i cittadini europei che circolano all'interno dell'Unione europea, non è possibile usufruire di servizi *online* (film, *e-book*, giochi) in un paese diverso da quello d'origine. Per esempio, se un italiano si reca in Germania potrà accedere solo ai film che il servizio offre ai consumatori tedeschi. Grazie a

queste riforme, gli utenti potranno usufruire dei contenuti *online* ai quali hanno accesso nel proprio paese anche quando viaggiano all'interno dell'Unione europea;

- 2) Eccezioni alle norme sul diritto d'autore per una società inclusiva e innovativa. La Commissione ha intenzione di intervenire modificando le principali eccezioni al diritto d'autore previste dalla normativa della Unione europea. Con queste riforme si cercherà di favorire i ricercatori, e si renderà più semplice l'utilizzo di tecnologie di "*text mining e data mining*" per l'analisi di grandi insiemi di dati senza dover richiedere preventive autorizzazioni agli aventi diritto; si favoriranno l'istruzione e la diffusione del sapere in tutte le forme, in particolare vi saranno norme più chiare per gli insegnanti che offrono lezioni *online*; si favoriranno le persone con disabilità, che potranno accedere a un maggior numero di opere (Trattato di Marrakesh); si favoriranno i cittadini, riducendo l'incertezza giuridica per gli utenti di *internet* che caricano foto di edifici e opere d'arte collocati stabilmente in luoghi pubblici (libertà di panorama);
- 3) Un mercato più equo. La Commissione accerterà se l'utilizzo *online* delle opere protette dal diritto d'autore è autorizzato e se i benefici derivati dall'utilizzo delle opere sono equamente ripartiti. A livello giuridico si cercherà di aumentare la trasparenza e uniformare la retribuzione degli autori e degli interpreti ed esecutori, tenendo conto delle competenze dell'Unione europea e di quelle del singolo Stato;
- 4) Lotta contro la pirateria. Oltre ad ampliare la disponibilità dei contenuti *online*, che è il primo passo per combattere la pirateria, considerando che il 22% dei cittadini europei è convinto che l'estrazione di contenuti illeciti sia tollerabile se non via è altra alternativa nel loro paese, la Commissione farà in modo che le norme in materia di diritto d'autore siano applicate correttamente in tutti gli Stati membri dell'Unione europea. L'Unione europea inoltre si impegnerà a tracciare e tagliare i flussi finanziari verso le imprese che traggono profitti dalla pirateria e intende facilitare la rimozione di contenuti illegali da parte degli intermediari *online*.

Dovendo tracciare una finale considerazione sullo stato dell'arte in materia di diritti di autore, si può sostenere che, dopo la rivoluzione che ha innescato *internet* nel sistema del bilanciamento dei diritti che circolano all'interno del suo spazio, il legislatore europeo si trova a dovere configurare per la prima volta una nuova scala di valori con cui i diritti di proprietà intellettuale devono risultare conformi, tanto in relazione al rispetto dovuto ai diritti fondamentali degli utenti della rete *internet* (*privacy* e libertà di espressione su tutti), quanto in rapporto alla necessità di assicurare ai *provider* la possibilità di offrire a tutti i potenziali fruitori i propri servizi a costi contenuti e di garantire un equo compenso ai detentori di diritti d'autore. Solo tenendo presente questa nuova scala di valori si potrà costruire, a livello europeo, un'effettiva tutela del diritto d'autore che, allo stato e per come sino ad oggi è stato concepito, quando naviga in *internet* nel suo complesso non attraversa acque così insidiose come può superficialmente apparire.