

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA



DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DELL'ECONOMIA
XXXIII CICLO

LA RESPONSABILITÀ DELLE PIATTAFORME *ONLINE* PER L'UTILIZZO DI
CONTENUTI PROTETTI DAL DIRITTO D'AUTORE E CONNESSI

Tutor:

Chiar.mo Prof. Roberto Mastroianni

Dottoranda:

Dott.ssa Giovanna De Sanctis

Anno accademico 2019/2020

INDICE

PREFAZIONE	3
CAPITOLO I	10
Il disegno europeo in tema di responsabilità dei prestatori di servizi online per la violazione del diritto d'autore e connessi.	10
1. Introduzione.....	11
2. Il sistema di “irresponsabilità condizionata” dei prestatori di servizi <i>online</i> previsto dalla Direttiva 2000/31/CE.	17
2.1 La relazione tra la disciplina europea del diritto d'autore e quella sul commercio elettronico.	24
2.2 Nozione di “comunicazione al pubblico”.	28
3. La rinnovata responsabilità del prestatore di servizi di <i>hosting</i> : la giurisprudenza europea.	33
4. La giurisprudenza italiana recepisce la ricostruzione offerta dalla Corte di Giustizia.	41
5. Alcune riflessioni sul bilanciamento tra diritti fondamentali alla luce della giurisprudenza europea.	45
6. La Direttiva 2019/790/UE interviene sulla responsabilità delle piattaforme di condivisione di contenuti <i>online</i>	50
CAPITOLO II	53
Genesi e finalità della nuova disciplina sull'utilizzo di contenuti protetti da parte di piattaforme <i>online</i>.	53
1. La Strategia per il “Mercato unico digitale” e il ruolo delle piattaforme.	54
2. Principali obiettivi di riforma in materia di diritto d'autore e connessi.....	62
3. Il tema del <i>Value gap</i>	67
4. Nuove norme sull'utilizzo di contenuti protetti.	73

5. Alcune riflessioni sulla portata protezionistica degli elementi innovativi proposti.	81
5.1 Profili problematici della proposta di direttiva dal punto di vista dei diritti fondamentali.	85
CAPITOLO III	90
L'articolo 17 della Direttiva 2019/790/UE: profili critici e prospettive future.	90
1. Introduzione.....	91
2. Sulla “ricalibrazione” della responsabilità dei prestatori di servizi <i>online</i>	95
3. Osservazioni sul nuovo sistema di protezione dei diritti dei titolari. L'autorizzazione.	100
3.1 Il regime speciale di responsabilità in assenza di autorizzazione tra “best efforts” e proporzionalità.	107
3.2 I diritti degli utenti.	113
4. Il ruolo della Commissione europea e lo <i>Stakeholder Dialogue</i>	117
5. Una corretta interpretazione del concetto dei “best efforts”.	119
6. Tecnologie di identificazione dei contenuti e questioni collegate. .	126
7. Le scelte effettuate e il rispetto dei diritti fondamentali.....	133
8. Alcune riflessioni conclusive.	140
9. Prospettive future per la responsabilità delle piattaforme online: il <i>Digital Services Act</i>	143
CONCLUSIONI	151
BIBLIOGRAFIA	163

PREFAZIONE

L'esigenza di adeguare la tutela del diritto d'autore e connessi alle mutate modalità di fruizione dei contenuti in rete è da tempo questione assai rilevante in ragione della delicatezza dei diversi interessi coinvolti.

Si assiste a una forte contrapposizione e quindi a un difficile bilanciamento tra diritto d'autore, rientrante nel diritto della proprietà intellettuale e, pertanto, tutelato dall'articolo 17, paragrafo 2, della Carta europea dei diritti fondamentali, e altri diritti e libertà fondamentali come la libertà d'impresa – di cui godono gli operatori economici quali i fornitori di servizi della società dell'informazione – e la libertà di espressione e d'informazione – comprensiva del diritto di accesso degli utenti *online* alle opere culturali – rispettivamente tutelate dagli articoli 16 e 11 della Carta.

Tra le molteplici problematiche emerge l'individuazione del confine tra l'utilizzo lecito e illecito delle opere disponibili in rete nonché del limite oltre il quale possono essere ritenuti responsabili i soggetti che vi operano.

I servizi di condivisione di contenuti *online* hanno, di fatto, contribuito a far diventare internet un ambiente privilegiato nel quale vengono diffusi contenuti creativi, spesso senza l'autorizzazione dei titolari dei diritti.

Ciò rende di particolare attualità l'inquadramento giuridico dei prestatori di servizi effettuato dal legislatore europeo attraverso la Direttiva 2000/31/CE (di seguito, anche "Direttiva sul commercio elettronico"), la quale, nel prevedere un regime di esenzione di

responsabilità per tali soggetti, mirava a espandere la società dell'informazione.

Tuttavia, con il passare del tempo, le tradizionali categorie di inquadramento del ruolo svolto dal cd. *internet service provider* sono state fortemente messe in discussione proprio dall'evoluzione tecnologica, generando ripensamenti, dapprima di matrice giurisprudenziale e dottrinale, rispetto all'adeguatezza della disciplina in parola a garantire una tutela effettiva al diritto d'autore e connessi.

Nel tentativo di risolvere tali questioni, il legislatore europeo è intervenuto con la Direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore nel mercato unico digitale (di seguito, anche "Direttiva *Copyright*"), introducendo un nuovo specifico regime di responsabilità per le piattaforme di condivisione di contenuti *online*.

In via più generale, le tematiche connesse al settore dei servizi media audiovisivi hanno da sempre accompagnato la mia formazione accademica (ed anche professionale), sempre sotto la guida del Professor Roberto Mastroianni. Ciò a partire dalla laurea in diritto dell'Unione europea, presso l'Università degli Studi di Napoli, Federico II, con una tesi su "L'armonizzazione comunitaria dell'attività radiotelevisiva" e, successivamente, durante il Corso di Perfezionamento in "Diritto dell'Unione europea: la tutela dei diritti", che ho seguito presso la medesima Università.

Nel 2016 – anno in cui la Commissione europea presentava la proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale – avevo da poco terminato il "Master universitario di secondo livello in diritto della concorrenza e dell'innovazione", presso l'Università Luiss Guido Carli di Roma. In quella sede, avevo approfondito alcuni aspetti della tematica, di cui già mi occupavo dal 2013 come funzionario della Direzione contenuti audiovisivi dell'Autorità per le garanzie nelle

comunicazioni (Agcom) e, pertanto, dedicavo la tesi finale del corso di studi ai poteri della citata Autorità in materia di tutela del diritto d'autore *online*.

Anche per tali ragioni, le questioni riguardanti la responsabilità dei prestatori di servizi *online* per la violazione dei diritti d'autore e connessi hanno catturato sempre più la mia attenzione e, nell'anno accademico 2017/2018, ho deciso di concentrare sulla tematica in parola la tesi di dottorato.

Così, ho dedicato il presente lavoro all'analisi delle nuove norme sull'utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* (e, in particolare, dell'articolo 17 del citato atto europeo), laddove il legislatore ha provveduto ad attenuare, per il settore specifico, la disciplina sulla responsabilità del *provider* di cui alla Direttiva sul commercio elettronico.

In considerazione della delicatezza del tema, ciascun capitolo della tesi è strutturato al fine di approfondire e chiarire un elemento necessario per procedere alle fasi successive della ricerca, come risulterà evidente dalla breve disamina che segue.

Il primo capitolo intende ricostruire il contesto normativo in materia di responsabilità del *provider* per la violazione del diritto d'autore e connessi, inquadrando, in primo luogo e in via generale, il sistema di "irresponsabilità condizionata" previsto dalla Direttiva 2000/31/CE.

In tale contesto, si procede a un'analisi della relazione tra la disciplina europea del diritto d'autore, di cui alla cd. Direttiva *Infosoc* (Direttiva 2001/29/CE) e quella sul commercio elettronico nonché della nozione di "comunicazione al pubblico" (di cui all'articolo 3, paragrafo 1, della citata direttiva).

Nel ripercorrere le tappe evolutive compiute dalla giurisprudenza europea e dalla dottrina nella creazione di una rinnovata responsabilità

del prestatore di servizi di *hosting* cd. “attivo” – ricostruzione recepita anche dalla giurisprudenza italiana – si introduce l’intervento del legislatore in materia, operato attraverso la Direttiva *Copyright*.

Il secondo capitolo vuole, pertanto, approfondire la genesi e la finalità della nuova disciplina, facente parte della Strategia della Commissione europea per il “Mercato unico digitale”, concentrando l’attenzione sul crescente ruolo delle piattaforme *online* e soprattutto sulla *ratio* degli innovativi strumenti finalizzati a riequilibrare il mercato, per compensare il cd. *Value gap*.

Si tratta del riconoscimento, per la prima volta, del delicato tema derivante dalla crescente diffusione delle opere *online* e che attiene alla differenza, in termini di ricavi, tra quanto percepito dall’industria culturale e quanto generato dallo sfruttamento dei contenuti da parte delle piattaforme digitali.

Si procede, in tal senso, ad un’analisi della proposta di riforma in materia di diritto d’autore nel Mercato unico digitale e, in particolare, delle norme in materia di “Utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi della società dell’informazione che memorizzano e danno accesso a grandi quantità di opere e altro materiale caricati dagli utenti” (articolo 13, poi articolo 17 nell’atto definitivamente approvato). In proposito, si effettuano alcune riflessioni in merito alla portata protezionistica degli elementi innovativi proposti.

Una volta tratteggiata la cornice di riferimento, il terzo capitolo restringe il campo di osservazione all’ambito del nuovo regime di protezione dei diritti dei titolari previsto dall’articolo 17 della Direttiva *Copyright*, il quale recepisce gli avanzamenti giurisprudenziali compiuti dalla Corte di giustizia.

In proposito, si effettua un’accurata analisi del nuovo istituto dell’autorizzazione e del regime speciale di responsabilità delle

piattaforme di condivisione di contenuti *online* in assenza di autorizzazione, tra la previsione dei *best efforts* e il rispetto del principio di proporzionalità. Particolare attenzione è dedicata, inoltre, ai nuovi diritti previsti a favore degli utenti.

È opportuno evidenziare che tutte le tematiche descritte sono state approfondite alla luce delle delicate questioni emerse dal dialogo tra la Commissione europea e gli *stakeholders*, finalizzato alla stesura di “orientamenti” per la corretta attuazione della norma in parola (di cui al paragrafo 10, dell’articolo 17 della Direttiva *Copyright*), ad oggi non ancora adottati.

Dopo aver effettuato un’indagine sulla relazione tra le scelte effettuate dal legislatore europeo e il rispetto dei diritti fondamentali, la trattazione si sofferma brevemente sulle prospettive future per la responsabilità delle piattaforme *online* in relazione alla recentissima proposta di regolamento “Legge sui servizi digitali”, nota come proposta di *Digital Services Act*, la quale fa comunque salva la disciplina speciale trattata nel presente lavoro.

Vorrei esprimere la più profonda riconoscenza a tutti coloro che hanno fatto parte del mio percorso di crescita nel mondo accademico: il Professore Roberto Mastroianni, il Professore Fabio Ferraro, il Professore Amedeo Arena, insieme alla dottoressa Teresa Cimmino, al dottor Adriano Maffeo, alla dottoressa Claudia Massa, al dottor Emmanuel Pagano, al dottor Oreste Pallotta, al dottor Andrea Pezza e alla dottoressa Flavia Rolando.

Mi sia consentito ringraziare, con affetto particolare, il Professore Roberto Mastroianni, per avermi guidato sin dalla laurea, per i suoi preziosi insegnamenti e consigli, per avermi fatto crescere professionalmente e personalmente e avermi trasmesso la passione per la materia.

Vico Equense, 15 marzo 2021

G.D.S.

**Le opinioni espresse sono strettamente personali e non riflettono quelle dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.*

CAPITOLO I

Il disegno europeo in tema di responsabilità dei prestatori di servizi *online* per la violazione del diritto d'autore e connessi.

CAPITOLO I

Il disegno europeo in tema di responsabilità dei prestatori di servizi *online* per la violazione del diritto d'autore e connessi.

Sommario: 1. Introduzione. 2. Il sistema di “irresponsabilità condizionata” dei prestatori di servizi *online* previsto dalla Direttiva 2000/31/CE. 2.1 La relazione tra la disciplina europea del diritto d'autore e quella sul commercio elettronico. 2.2 Nozione di “comunicazione al pubblico”. 3. La rinnovata responsabilità del prestatore di servizi di *hosting*: la giurisprudenza europea. 4. La giurisprudenza italiana recepisce la ricostruzione offerta dalla Corte di Giustizia. 5. Alcune riflessioni sul bilanciamento tra diritti fondamentali alla luce della giurisprudenza europea. 6. La Direttiva 2019/790/UE interviene sul tema della responsabilità delle piattaforme di condivisione di contenuti *online*.

1. Introduzione

L'evoluzione tecnologica, fortemente accelerata nel corso degli ultimi anni, insieme allo sviluppo su internet delle moderne forme di fruizione dei contenuti digitali, ha determinato un ripensamento della concezione tradizionale del diritto esclusivo d'autore, in ragione della dematerializzazione delle opere creative, sempre più facilmente accessibili.

I servizi di condivisione di contenuti *online* sono, infatti, strumenti in grado di consentire agli utenti un più ampio accesso alle opere culturali nonché di offrire ai settori creativi importanti opportunità per lo sviluppo di nuovi modelli di *business*; tuttavia, rappresentano un veicolo per la diffusione, di frequente non autorizzata, di contenuti protetti dal diritto d'autore e connessi.

È evidente come ciò sollevi importanti criticità di ordine giuridico.

La stretta connessione tra lo sviluppo di internet e lo sfruttamento non autorizzato delle opere intellettuali pone il tema della tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi come uno dei più complessi nella definizione delle regole del *web* e della convergenza tecnologica nonché all'origine del dibattito venutosi a creare a livello europeo sull'adeguatezza degli attuali sistemi di tutela all'uopo predisposti.

Invero, nel contesto dell'era digitale, il legislatore non sempre riesce a far fronte ai rapidi cambiamenti tecnologici, adattando in modo automatico il quadro normativo di riferimento.

L'esigenza di adeguare la tutela dei diritti in parola alle mutate modalità di fruizione dei contenuti in rete si rende particolarmente rilevante in considerazione del crescente contrasto tra i diversi interessi in gioco.

La questione attiene all'esigenza di effettuare un giusto bilanciamento tra il diritto d'autore e connessi¹ e altri diritti fondamentali come la libertà d'impresa, di cui godono gli operatori economici quali i fornitori

¹ Si veda R. MASTROIANNI, *Diritti d'autore e diritti connessi*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1996. Tali diritti rientrano nel diritto della proprietà intellettuale e pertanto sono tutelati dall'art. 17.2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il quale dispone che: "La proprietà intellettuale è protetta". Per approfondimenti, si veda, R. MASTROIANNI, *La tutela internazionale e comunitaria del diritto d'autore come diritto fondamentale dell'uomo*, in *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, Atti del Convegno, Università europea di Roma 27 maggio 2008, a cura di A.M. GAMBINO e V. FALCE, Roma, Edizioni Arte, 2008, p. 13 ss.

di servizi *online*² e la libertà di espressione e d'informazione³, insieme al diritto di accesso degli utenti alle opere culturali⁴.

² L'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dispone che: "È riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali". Si veda R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri*, in L. S. ROSSI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali*, Napoli, 2011, p. 359 ss. Vedi C. MALBERTI, *Commento all'articolo 16, Libertà d'impresa*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 310 – 328.

³ A norma dell'articolo 11 della Carta sulla "Libertà di espressione e d'informazione": "1. Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. 2. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati". Per approfondimenti si veda R. MASTROIANNI E G. STROZZI, *Commento all'art. 11 Libertà di espressione e di informazione*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 217 - 237. Con riferimento ai rapporti tra i sistemi a tutela del diritto d'autore e le libertà di espressione e informazione, anche nel contesto internazionale, vedi G.M. RUOTOLO, *A season in the abyss. Il nuovo copyright UE tra libertà di informazione, diritti fondamentali e mercato unico digitale*, in *Il diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, 2019. L'Autore ricorda come l'ordinamento dell'Unione contempli tra i diritti fondamentali anche la proprietà intellettuale, attraverso l'articolo 17, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali. Tale disposizione, pertanto, dà rilevanza primaria alla protezione degli autori, fornendo una rilevante base giuridica per le relative misure di diritto derivato. Il fatto che la proprietà intellettuale sia equiparata ad altri diritti, contemplati nella stessa Carta e potenzialmente confliggenti, esclude la possibilità di ricorrere a criteri gerarchici per la soluzione delle antinomie imponendo, in linea di principio, operazioni di bilanciamento tra diritti fondamentali. Il conflitto citato e la relativa esigenza di procedere a un bilanciamento tra diritti fondamentali sono stati trattati, per simili aspetti, anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU). A tal proposito, si evidenzia che il diritto e il rispetto della vita privata e familiare, la libertà di pensiero e di coscienza e quelle di espressione e informazione sono derogabili in presenza di interessi contrapposti ed eventualmente preminenti nel caso specifico. È tra questi che può rientrare, in particolari situazioni, il diritto d'autore, protetto ai sensi dell'articolo 1 del protocollo 1 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, anch'esso chiaramente derogabile. Per un esame del rapporto tra libertà di espressione comprensiva del diritto d'accesso alla cultura e alle informazioni e tutela della proprietà intellettuale, la Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ha tracciato considerazioni particolarmente interessanti e utili al raggiungimento di un equo bilanciamento tra diritti e libertà. Il riferimento è, in particolare, alla pronuncia della Corte di Strasburgo del 10 gennaio 2013, nel caso *Ashby Donald and Others v. France* e della

Le problematiche che emergono sono molteplici, a partire dall'individuazione del confine tra la diffusione lecita e illecita delle opere disponibili *online* e in relazione al limite oltre il quale possono essere ritenuti responsabili i soggetti che vi operano.

Come è ben noto, il più ampio tema della responsabilità dell'*internet service provider* rappresenta una delle questioni giuridiche maggiormente delicate poste dall'avvento dell'era digitale e uno dei temi più dibattuti nella legislazione europea, così come in dottrina e giurisprudenza⁵.

Il presente lavoro, che mira ad analizzare il nuovo regime di responsabilità delle piattaforme *online*, previsto dalla Direttiva 2019/790/UE⁶ (di seguito, anche Direttiva *Copyright* o Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale), non può prescindere da una preliminare ricostruzione del contesto normativo in materia di

pronuncia del 19 febbraio 2013, caso *Fredrik Neji and Peter Sunde Kolmisoppi v. Sweden*.

⁴ Come noto, nel pieno rispetto dei poteri e delle funzioni dell'Unione europea e del principio di sussidiarietà, la Carta dei diritti fondamentali riafferma i diritti così come risultanti dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle Carte sociali adottate dall'UE e dal Consiglio d'Europa e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo. Con riferimento, in particolare, al diritto di accesso degli utenti *online*, vedi R. ZACCARIA, A. VAASTRO, E. ALBANESI, *Internet e contenuti on-line*, in R. ZACCARIA, A. VAASTRO, E. ALBANESI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, CEDAM 2018, p. 203 ss.

⁵ Per approfondimenti si vedano: G. CASSANO, A. CELOTTO, *Diritti della persona, Internet e responsabilità dei soggetti intermediari*, in *Corriere Giur.*, 2010; M. ASTONE, *La responsabilità del prestatore di servizi della società di informazione nella direttiva 2000/31/CE*, in *Europa e dir. priv.*, fasc. 2, 2003; M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Torino, 2011; A. SARACENO, *La responsabilità degli Internet service provider per le violazioni del diritto d'autore*, in *Giur. it.*, 2011, p. 2200.

⁶ Direttiva 2019/790/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019 (*Sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE – cd. Direttiva Copyright o anche Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*).

responsabilità dei prestatori di servizi *online* per la violazione del diritto d'autore e connessi⁷.

Si procederà, pertanto, in ordine cronologico, all'esame delle disposizioni rilevanti della Direttiva 2000/31/CE⁸ (di seguito, anche Direttiva sul Commercio elettronico), della Direttiva 2001/29/CE⁹ (di seguito, anche Direttiva *Infosoc*) e della Direttiva 2004/48/CE¹⁰ (di seguito, anche Direttiva *Enforcement*).

Alla luce del quadro legislativo ormai superato dall'innovazione tecnologica¹¹ – laddove le nuove modalità di evoluzione del *web* non sembrano trovare un'effettiva corrispondenza con le norme di cui alla

⁷ In generale, sul sistema delle fonti nel diritto dell'Unione europea, vedi G. VITALE, *principi generali e diritto derivato. Contributo allo studio del sistema delle fonti dell'Unione europea*, G. Giappichelli Editore, Torino 2013.

⁸ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 (*Relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno* – cd. *Direttiva E-commerce* o anche *Direttiva sul commercio elettronico*).

⁹ Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001 (*Sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione* – cd. *Direttiva Infosoc*).

¹⁰ Direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 (*Sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale* – cd. *Direttiva Enforcement*).

¹¹ Il principale riferimento è alle moderne tecniche di intercettazione dei contenuti e all'evoluzione di tecnologie come il *watermarking* e, ancor più, il *fingerprinting*. La prima associa all'opera una sorta di tatuaggio digitale o marchio digitale normalmente visibile all'utente che impedisce, o riduce le possibilità di "hackeraggio", la copia senza il marchio di appartenenza, che identifica univocamente mediante un logo o un testo il titolare dei diritti di sfruttamento patrimoniale. La seconda, di cui si dirà in maniera più approfondita nel prosieguo della trattazione, è inserita direttamente nel codice sorgente dell'opera, restando pertanto invisibile all'utente e dando la possibilità al titolare di rintracciarla, seppur compressa o trasformata in diversi formati. Al riguardo si veda V. IAIA, *La rinnovata responsabilità dell'internet service provider tra tenaci esigenze imprenditoriali e copiose istanze di tutela dei diritti d'autore nel mercato unico digitale*, in *Ius in itinere* n. 1/2019 e, per un più completo approfondimento sul tema: S. M. ABD EL-WAHED, A. ELFATATRY, M. S. ABOUGABAL, *Detection of Plagiarism in Database Schemas Using Structural Fingerprints*, atti della *ACS International Conference on Computer Systems and Applications (AICCSA)*, 2009, Rabat; M. J. DEEPA, R. KARUPPATHAL, A. KUMAR, *Copyright protection using digital watermarking*, in *International Journal of Computer Applications*, 2012, Chennai; C. OBIMBO, B. SALAMI, *Using digital watermarking for copyright protection*, in *Intechopen*, 2011, Londra.

Direttiva sul commercio elettronico¹² – verrà richiamato il ruolo centrale svolto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea, nonché da quella italiana, in merito all’introduzione di una rinnovata responsabilità *provider*, in virtù del necessario adeguamento alle attuali esigenze di tutela¹³.

La ricostruzione descritta si inserisce in un dibattito dottrinale che mette in discussione la figura del prestatore di servizi nella nuova realtà digitale, in continua evoluzione. Ed infatti, l’istituto della responsabilità per le violazioni che si verificano *online*, a causa dell’attività realizzata dagli utenti della rete, assume oggi una nuova fisionomia, da cui deriva un nuovo modo di intendere il suo ruolo: non più mero trasportatore di informazioni¹⁴.

La questione principale attiene, pertanto, alla difficoltà di individuare se e come possa essere definita la responsabilità dell’*hosting provider* – ossia del soggetto che memorizza le informazioni fornite da un

¹² Vedi M. BASSINI, *La rilettura giurisprudenziale della disciplina sulla responsabilità degli internet service provider. Verso un modello di responsabilità “complessa”?*, Bocconi Legal Papers, Milano, 2015, p. 44-49.

¹³ Vedi al riguardo R. D’ARRIGO, *La responsabilità del provider, Come difendersi dalla violazione dei dati su internet*, in E. BASSOLI (a cura di) *Diritti e responsabilità*, Santarcangelo di Romagna, 2012, p. 333 – 374; A. SARACENO, *La responsabilità degli Internet service provider per le violazioni del diritto d’autore*, Giur. it., cit; A.M. ROVATI, *La responsabilità civile degli ISP*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Il regolamento Agcom sul diritto d’autore*, in *Quaderni di AIDA n.25*, Giappichelli editore, Torino, 2014; A. SALVATO, *La Corte di giustizia si pronuncia sul diritto d’autore online*, Giur. It., Roma, 2014; S. SCUDIERI, *La responsabilità dell’internet service provider alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea*, causa c-610/15, *Diritto Mercato Tecnologia*, Roma, 2018; R. PETRUSO, *La responsabilità dell’internet service provider nella legislazione e nella giurisprudenza europea*, in P. CERAMI e M. SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, Torino, Giappichelli editore, 2011.

¹⁴ La figura dell’intermediario viene messa in discussione dalla giurisprudenza europea. Da mero trasportatore di informazioni in rete fornite dagli utenti lo stesso sembra ergersi a “giudice della rete”, dovendosi attivare per la tutela dei diritti della persona *online*. Si veda, più in generale: R. BOCCHINI, *La responsabilità di facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, in *Giur.it.*, fasc. 3, 2017, p. 632.

destinatario del servizio – nei casi di violazione del diritto d'autore e connessi e, soprattutto, se possa ritenersi attuale il regime di responsabilità previsto dalle norme contenute nel quadro europeo sul commercio elettronico.

Alla luce delle criticità sopra individuate, questo capitolo vuole completare la ricostruzione del disegno europeo in materia di responsabilità del *provider* nel settore specifico, introducendo l'atto legislativo oggetto del presente lavoro, per la parte specialmente rivolta al "prestatore di servizi di condivisione di contenuti online".

In particolare, l'articolo 17 della Direttiva *Copyright* introduce un nuovo specifico regime di responsabilità per le piattaforme di condivisione *online*, che sembra discendere dalle continue riletture e forzature interpretative effettuate da parte della giurisprudenza e della dottrina rispetto alle norme espressamente dedicate alla responsabilità del *provider* di cui alla disciplina sul commercio elettronico, sulle quali, tuttavia, il legislatore europeo non interviene.

2. Il sistema di "irresponsabilità condizionata" dei prestatori di servizi online previsto dalla Direttiva 2000/31/CE.

Il quadro giuridico europeo relativo ai servizi digitali è rimasto invariato a partire dall'adozione, nel 2000, della Direttiva sul commercio elettronico.

Tale atto rappresenta la cornice regolatoria dei servizi digitali e interviene sulla questione delle limitazioni di responsabilità dei fornitori di servizi intermediari *online* e sul divieto per gli Stati membri

di imporre agli stessi obblighi generali di monitoraggio preventivo dei contenuti.

L'obiettivo è quello di rendere omogenei i principi essenziali su cui si fonda la fornitura transfrontaliera dei servizi digitali.

Pertanto, prima di approfondire il tema dei contenuti e limiti delle responsabilità del cd. *internet service provider*, per le violazioni dei diritti d'autore e connessi perpetrate in rete, occorre evidenziare che la Direttiva sul commercio elettronico ha inteso predisporre “uno spazio privo di frontiere nazionali per i servizi della società europea dell'informazione”¹⁵.

L'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva in parola, stabilisce il principio generale del divieto di limitare la libera circolazione nel mercato interno dei servizi della società dell'informazione¹⁶; tuttavia è previsto, al successivo paragrafo 3, che tale divieto non si applica, tra gli altri, ai “diritti d'autore, diritti vicini (...) nonché i diritti di proprietà industriale”¹⁷.

In tale contesto la direttiva definisce, agli articoli 12, 13, 14 e 15¹⁸, una puntuale disciplina sul tema della responsabilità dell'*internet service*

¹⁵ Vedi N. PARISI, *Il commercio elettronico*, in S. SICA e V. ZENO-ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, CEDAM, Padova, 2012.

¹⁶ Così l'art. 3, paragrafo 2: “Gli Stati membri non possono, per motivi che rientrano nell'ambito regolamentato, limitare la libera circolazione dei servizi società dell'informazione provenienti da un altro Stato membro”

¹⁷ Vedi allegato alla Direttiva 2000/31/CE “Deroghe all'articolo 3”.

¹⁸ Il recepimento della direttiva in Italia è avvenuto con il decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70 (*Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno e, per i media audiovisivi – cd. Decreto sul commercio elettronico*). In particolare, gli articoli 14, 15, 16 e 17 del decreto definiscono i poteri inibitori nei confronti dei prestatori di servizi della società dell'informazione. Vedi F. BRAVO, *Commercio elettronico*, in *Annali dell'Enc. dir.*, vol. V, Milano, 2012.

*provider*¹⁹ che, come si vedrà nel prosieguo, si può spiegare proprio alla luce degli obiettivi perseguiti dall'atto europeo²⁰.

È previsto, infatti, uno specifico regime di esclusione della responsabilità per ciascuna delle attività poste in essere dai prestatori *online* dei diversi servizi²¹, quali il mero trasporto dei dati (cd. *mere conduit*)²², la memorizzazione temporanea degli stessi (cd. *caching*)²³ e la memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio (cd. *hosting*)²⁴.

¹⁹ Si vedano: R. D'ARRIGO, *La responsabilità del provider, Come difendersi dalla violazione dei dati su internet*, in E. BASSOLI (a cura di) *Diritti e responsabilità*, Santarcangelo di Romagna, 2012, cit. p. 333 – 374; A. SARACENO, *La responsabilità degli Internet service provider per le violazioni del diritto d'autore*, in *Giur. it.*, cit. p. 2200; P. FALLETTA, *La responsabilità degli Internet Service Provider*, in P. FALLETTA, M. MENSI (a cura di), *Il diritto del web. Casi e materiali*, Padova, 2015, p.142; A. BERTONI, M. L. MONTAGNANI, *Il ruolo degli intermediari internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, Milano.

²⁰ Al riguardo vedi A.M. ROVATI, *La responsabilità civile degli ISP*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Il regolamento Agcom sul diritto d'autore*, cit.: “Da un lato il legislatore europeo ha infatti voluto garantire anche nell'ambiente digitale la più ampia libertà di informazione e manifestazione del pensiero, date le grandi potenzialità della Rete per lo sviluppo di queste libertà nell'ambito di una società democratica e favorire lo sviluppo della prestazione dei servizi degli ISP in un mercato concorrenziale ed in un quadro normativo armonizzato. A questo proposito, l'art. 1 punto b) dir. 2009/140 che ha modificato diverse direttive relative all'istituzione di un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, considera l'accesso ad Internet e l'utilizzo dei servizi informatici un diritto fondamentale che può essere limitato solo in alcuni casi eccezionali”.

²¹ Vedi G. DE SANCTIS, *Il modello amministrativo adottato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sulla tutela in rete del diritto d'autore: la Corte Costituzionale decide per l'inammissibilità delle ordinanze del Tar Lazio (Corte Cost., 3 dicembre 2015 n. 247)*”, *Neldirittoeditore*, maggio 2016.

²² Art. 12 della Direttiva 2000/31/CE sul semplice trasporto, cd. servizio di *mere conduit*.

²³ Art. 13 della Direttiva 2000/31/CE sulla memorizzazione temporanea, cd. servizio di *caching*.

²⁴ Art. 14 della Direttiva 2000/31/CE sulla memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, cd. servizio di *hosting*. Con riferimento all'esclusione del cd. *content provider*, l'intermediario che fornisce una vasta gamma di contenuti di vario genere per riempire le pagine di un sito internet, si veda, in dottrina: G.M. RICCIO, *Nota a Tribunale Grande Instance di Nanterre 8 Dicembre 1999*, in *Dir. Inf. e Inf.*, 2000, p. 315.

Uno degli aspetti maggiormente rilevanti è la norma, comune a tutte e tre le fattispecie, che solleva il *provider*, nell'esecuzione delle prestazioni dei servizi, dall'obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni trasmesse o memorizzate, nonché dall'obbligo di indagare attivamente su fatti o circostanze che segnino la presenza di attività illecite²⁵.

Più precisamente, a tutela di tutti gli intermediari dei servizi *online*, l'articolo 15 prevede che “gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite”.

Ad ogni buon conto, il prestatore di servizi è tenuto “ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati”²⁶.

Pertanto, alla generale esclusione di un filtraggio preventivo da parte del prestatore, si accompagna l'imposizione di un obbligo di informare le autorità competenti riguardo attività illecite commesse dagli utenti valendosi dei suoi servizi nonché – e solo su richiesta – di comunicare informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi.

²⁵ Come si vedrà nel prosieguo della trattazione, tale principio sarà definito successivamente principio della neutralità. Si tratta del cd. *Safe harbor* di cui al modello statunitense stabilito dal *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) del 1998, secondo il quale gli *internet service provider* sono esentati da responsabilità sia diretta che indiretta per le violazioni perpetrate sui loro servizi.

²⁶ Art. 15, paragrafo 2, della Direttiva 2000/31/CE.

Infine, è previsto che l'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente possa esigere che il prestatore, nell'esercizio delle attività sopra descritte – *mere conduit, caching e hosting* – impedisca o ponga fine alle violazioni commesse²⁷.

Ai fini della presente trattazione, pare opportuno dare evidenza della specifica disciplina prevista dal legislatore europeo per la figura del prestatore che fornisce servizi di *hosting*, e quindi di memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio.

Emerge un'esclusione da responsabilità, in linea di principio, per le informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, salvo che nell'ipotesi in cui questi sia divenuto in qualche modo partecipe dell'illiceità di quanto comunicato e non abbia prontamente rimosso quel contenuto o disabilitato l'accesso allo stesso²⁸.

Anche in questo caso è previsto che le autorità competenti possano esigere che il prestatore impedisca o ponga fine alle violazioni commesse e, a differenza delle corrispondenti previsioni relative ai

²⁷ Art. 12, paragrafo 3, art. 13 paragrafo 2, e art. 14, paragrafo 3, della Direttiva 2000/31/CE.

²⁸ Così l'art. 14, paragrafo 2, della Direttiva 2000/31/CE “1. Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, o b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. 2. Il paragrafo 1 non si applica se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore. 3. Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, per un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa, in conformità agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di esigere che il prestatore ponga fine ad una violazione o la impedisca nonché la possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime.”. Per ulteriori approfondimenti, vedi A. GENOVESE, *Diffusione di video pirata in rete e responsabilità dell'hosting internet service provider*, in AIDA 2010.

servizi di *mere conduit* e di *caching*, gli Stati membri possono qui definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime.

Si evince quindi come la regolamentazione di dettaglio degli obblighi di rimozione di contenuti illeciti e disabilitazione dell'accesso agli stessi sia stata fundamentalmente affidata alla discrezionalità normativa degli Stati membri²⁹.

Come già chiarito nell'introduzione, il periodo storico nel quale si colloca la Direttiva sul commercio elettronico si caratterizza dall'esigenza imprescindibile di favorire la diffusione di internet e delle prestazioni correlate all'erogazione dei servizi connessi alla rete³⁰; così come è evidente che la scelta principale del legislatore sia stata quella di evitare un'eccessiva responsabilizzazione del *provider*, che potesse

²⁹ Nell'ambito dei servizi della società dell'informazione, la disciplina sulla responsabilità per la “*memorizzazione di informazioni – hosting*” è prevista, nell'ordinamento italiano, dall'art. 16, del d.lgs. n. 70/2003, di recepimento della Direttiva 2000/31/CE. In particolare: “*Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.*” È evidente come la scelta del legislatore italiano sia stata quella di restringere l'obbligo di immediata rimozione e disabilitazione dell'accesso alle informazioni, gravante sull'*hosting provider*, alla sola ipotesi in cui sia stato informato dalle autorità competenti dell'illiceità delle stesse. Qualora invece tale soggetto sia venuto a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita (o con riferimento alle azioni risarcitorie, sia venuto a conoscenza di fatti o circostanze che rendono manifesta l'illiceità) e ciò anche mediante segnalazione di un soggetto non qualificato, sorge a suo carico l'obbligo di informare senza indugio le autorità competenti.

³⁰ Si veda, a tal proposito, A. MAIETTA, *Il sistema delle responsabilità nelle comunicazioni via internet*, in G. CASSANO, P. CIMINO (a cura di), *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, Padova, 2009, pp. 511 ss.

ostacolare il commercio elettronico e i servizi della società dell'informazione.

È su tali presupposti che si fonda l'assenza di un obbligo di controllo preventivo sulle informazioni trasmesse o memorizzate e quindi di un principio di tendenziale irresponsabilità anche del prestatore di servizi di *hosting*³¹.

³¹ In relazione al sistema dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, di cui alla Direttiva 2018/1808/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 recante modifica della direttiva 2010/13/UE (*Relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato)*), emergono importanti riflessioni sul concetto di “responsabilità editoriale”, il quale attiene esclusivamente gli operatori tradizionali. È stata infatti sottolineata l'esigenza di un adattamento al nuovo contesto digitale del concetto stesso di responsabilità editoriale che nel mondo digitale tende a sfumare “e tutta una serie di operatori tendono ad operare in «un'area grigia». Si veda, a tale riguardo, il documento approvato dalla IX Commissione permanente (trasporti, poste e telecomunicazioni) della Camera dei deputati, nella seduta del 21 maggio 2015, a conclusione dell'Indagine conoscitiva sul sistema dei servizi di media audiovisivi e radiofonici. In tal senso, anche F. POSTERARO, lezione in materia di “*Diritto d'autore online*”, inserita nell'ambito del *Corso di perfezionamento in diritto dell'Unione europea, “La tutela dei diritti”*, presso l'Università degli studi di Napoli Federico II, luglio 2020. In proposito, F. POSTERARO, *La tutela amministrativa del diritto d'autore online*, in A. PAPA (a cura di), *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Collana del Dipartimento di Studi Economici e Giuridici dell'Università degli Studi di Napoli “Parthenope”, Giappichelli editore, 2019, p. 10 e ss. In particolare, l'autore evidenzia come “La principale questione irrisolta è quella della responsabilità editoriale. Da essa sono in linea di principio esenti le piattaforme digitali in virtù del regime di *safe harbour* previsto dalla direttiva sul commercio elettronico. Un regime risalente al 2000, e quindi a un'epoca ormai remota in termini di sviluppo tecnologico e di evoluzione dei modelli di business. Un regime di esenzione che non tiene conto di come le grandi piattaforme – attraverso funzioni di ricerca basate su algoritmi da esse stesse elaborati in funzione dei loro profitti – esercitino sulle scelte e sugli orientamenti del pubblico un'influenza certo non inferiore a quella attribuibile ai mezzi di comunicazione tradizionali. Le piattaforme si battono strenuamente, in Europa, perché sia mantenuto questo regime”. Sul tema vedi anche, in generale, R. ZACCARIA, A. VAASTRO, E. ALBANESI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, CEDAM 2018.

Si tratta della clausola del cd. *Safe Harbor*³²: esonero da responsabilità, che viene meno solo nel momento in cui ci sia l'effettiva conoscenza dell'esistenza e del carattere illecito dei contenuti immessi nella rete e quindi della sussistenza della violazione.

2.1 *La relazione tra la disciplina europea del diritto d'autore e quella sul commercio elettronico.*

Al fine di inquadrare il tema della responsabilità dei prestatori di servizi intermediari *online* per le violazioni dei diritti d'autore e dei diritti connessi, occorre richiamare ulteriori norme europee di particolare rilevanza, dalle quali discende la relazione tra la disciplina europea del diritto d'autore nella società dell'informazione e quella sul commercio elettronico³³.

³² Principio stabilito dapprima dal *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) nel 1998. *The digital millennium copyright act of 1998 U.S. Copyright Office Summary*. Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998).

³³ Relativamente al quadro giuridico internazionale pattizio in materia di diritto d'autore e connessi, occorre evidenziare che lo stesso non prevede un'espressa esenzione da responsabilità a favore dei cd. *internet service provider*. In tal senso, vedi A.M. ROVATI, *La responsabilità civile degli ISP*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Il regolamento Agcom sul diritto d'autore*, cit. Con riferimento, in particolare, ai diritti esclusivi d'autore e connessi e libere utilizzazioni, occorre rilevare, in generale, come il *WIPO Copyright Treaty* (detto anche WCT) e il *WIPO Performances and Phonograms Treaty* (detto anche WPPT), entrambi firmati a Ginevra nel dicembre del 1996, prevedano ampi diritti esclusivi d'autore o connessi di riproduzione, comunicazione al pubblico, distribuzione e noleggio. Ciò anche attraverso il rinvio, rispettivamente, alla Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche (CUB), da ultimo rivista a Parigi il 24 luglio 1971, e alla Convenzione di Roma per la protezione degli artisti dei produttori fonografici e degli organismi di emissione (CR), firmata a Roma il 26 ottobre 1961. Sempre in generale, l'articolo 9, paragrafo 2, della CUB, l'articolo 13 del *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*, (firmato a Marrakech 15 aprile 1994 – Accordo relativo agli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio), cd. TRIPS, l'articolo 10 del WCT e l'articolo 16 del WPPT, prevedono che “i Membri possono imporre limitazioni o eccezioni ai diritti esclusivi soltanto in taluni casi speciali che non siano in conflitto con un normale sfruttamento dell'opera e non

Secondo il considerando 50 della Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, “è importante che la proposta di direttiva sull’armonizzazione di taluni aspetti del diritto d’autore e dei diritti connessi nella società dell’informazione e la presente direttiva entrino in vigore secondo un calendario simile, per creare un quadro normativo chiaro a livello comunitario sulla responsabilità degli intermediari per le violazioni dei diritti d’autore e dei diritti connessi”.

Tale affermazione indica chiaramente l’esistenza di un necessario “coordinamento” tra le due discipline³⁴ e ciò è rilevante, come si avrà

comportino un ingiustificato pregiudizio ai legittimi interessi del titolare”. Il riferimento è, in particolare, all’art. 13 TRIPS, relativo al cd. *three step test*. Nell’ordinamento europeo rileva, in merito, l’articolo 5, della Direttiva 2001/29/CE, che, al paragrafo 1, prevede che: “sono esentati dal diritto di riproduzione di cui all’articolo 2 gli atti di riproduzione temporanea di cui all’articolo 2 privi di rilievo economico proprio che sono transitori o accessori, e parte integrante e essenziale di un procedimento tecnologico, eseguiti all’unico scopo di consentire: a) la trasmissione in rete tra terzi con l’intervento di un intermediario o b) un utilizzo legittimo di un’opera o di altri materiali”. Quest’eccezione ai diritti esclusivi d’autore e connessi riguarda dunque “atti di riproduzione temporanea” che siano (i) “privi di rilievo economico proprio”; (ii) “transitori o accessori”; e (iii) “parte integrante e essenziale di un procedimento tecnologico, eseguiti all’unico scopo di consentire (...) la trasmissione in rete tra terzi con l’intervento di un intermediario”. Questa norma europea pare legittimare, pertanto, la previsione di una esenzione, comunque parziale, da responsabilità a favore di detti intermediari e porta a ritenere che questa esenzione, sul diverso piano della responsabilità civile, non sia impedita dall’esistenza di diritti esclusivi d’autore e connessi ed anzi sia coerente al *three step test* come previsto dai legislatori internazionale ed europeo. Sulle norme internazionali relative alle libere utilizzazioni, vedi, in particolare, J. C. GINSBURG, *Toward a supranational copyright law? The two panels decision and the “three step test” for copyright exceptions*, in *RIDA* 2001, 39, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=253867; M. FICSOR, *The law of the copyright and the internet*, Oxford university press, 2002, 166; P. MARZANO, *Diritto d’autore e digital technologies*, Giuffrè, Milano, 2005, 277; C. GEIGER, *The three-steps test, a threat to a balanced copyright law*, in *IIC* 2006, 398; A. AMENDOLA, *sub art. 13 TRIPs*, in L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, CEDAM, Padova, 2007, 4 ed.; L.C. UBERTAZZI, *Introduzione*, in ID. *La proprietà intellettuale*, Giappichelli, Torino, 2011, 11. Sull’art. 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE e sulla corrispondente norma interna di attuazione prevista all’art. 68 bis l.a. vedi M. BERTANI, *Diritti d’autore e connessi*, in L.C. UBERTAZZI *La proprietà intellettuale*, cit, 335 ss.

³⁴ Al riguardo vedi A.M. ROVATI, *La responsabilità civile degli ISP*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Il regolamento Agcom sul diritto d’autore*, cit.

modo di illustrare nel corso della trattazione, anche e soprattutto con riferimento all'aggiornamento della disciplina europea del diritto d'autore che il legislatore ha inteso effettuare attraverso la Direttiva 2019/790/UE, cd. Direttiva *Copyright*, diversi anni dopo.

Come noto, la tutela del diritto d'autore è contenuta nella Direttiva 2001/29/CE, cd. Direttiva *Infosoc*, mentre la Direttiva 2004/48/CE, cd. Direttiva *Enforcement*, intende assicurare il rispetto della proprietà intellettuale, attribuendo agli Stati membri il compito di stabilire le misure, le procedure e i mezzi di ricorso necessari ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale in modo che siano leali ed equi.

L'articolo 8, paragrafo 3, della Direttiva 2001/29/CE prevede che “gli Stati membri si assicurano che i titolari dei diritti possano chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un diritto d'autore o diritti connessi”³⁵.

³⁵ Pare opportuno soffermarsi sulla nozione di prestatore intermediario ai fini della possibilità di richiedere un provvedimento inibitorio, come previsto dall'art. 8, comma 3, della direttiva 2001/29/CE. A tale proposito, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha chiarito che, dal momento che il fornitore di accesso è parte necessaria di ogni trasmissione *online* di una violazione tra un suo abbonato e un terzo, in quanto, consentendo l'accesso alla rete, rende possibile tale trasmissione, si deve considerare che tale soggetto, che consente ai suoi abbonati l'accesso a materiali protetti messi a disposizione del pubblico su internet da un terzo, è un intermediario i cui servizi sono utilizzati per violare un diritto d'autore o un diritto connesso ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29/CE. Si veda il punto 32 della pronuncia della Corte di giustizia del 27 marzo 2014 – in causa C-314/12 – *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*. Pertanto, l'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29/CE, deve essere interpretato nel senso che un soggetto che mette a disposizione del pubblico su un sito internet materiali protetti senza l'accordo del titolare dei diritti, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2 della citata direttiva (che individua un elenco dei soggetti aventi il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la messa a disposizione del pubblico), utilizza i servizi del fornitore di accesso dei soggetti che consultano tali materiali, il quale deve essere considerato un intermediario ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 3 (si veda in merito il punto 40 della pronuncia sopracitata).

Così, l'ultima frase dell'articolo 11 della Direttiva 2004/48/CE afferma che “gli Stati membri assicurano che i titolari possano chiedere un provvedimento ingiuntivo nei confronti di intermediari i cui servizi sono utilizzati da terzi per violare un diritto di proprietà intellettuale, senza pregiudizio dell'articolo 8, paragrafo 3 della direttiva 2001/29/CE”³⁶.

Conseguentemente, il “provvedimento ingiuntivo”, finalizzato al rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, può riguardare tutti i soggetti che concorrono nell'attività illecita e quindi anche i prestatori di servizi della società dell'informazione che rendono possibile la violazione del diritto³⁷.

³⁶ Con riferimento ai provvedimenti da parte degli organi giurisdizionali nazionali – ingiunzioni va ribadita l'importanza del bilanciamento dei diritti fondamentali di cui al principio espresso nella Pronuncia della Corte di giustizia del 12 luglio 2011 – in causa C-324/09 - *L'Oréal SA e altri c. eBay International AG e altri* e, in particolare, al punto 7: “L'art. 11, terza frase, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 29 aprile 2004, 2004/48/CE, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, deve essere interpretato nel senso che esso impone agli Stati membri di far sì che gli organi giurisdizionali nazionali competenti in materia di tutela dei diritti di proprietà intellettuale possano ingiungere al gestore di un mercato online di adottare provvedimenti che contribuiscano non solo a far cessare le violazioni di tali diritti ad opera degli utenti di detto mercato, ma anche a prevenire nuove violazioni della stessa natura. Tali ingiunzioni devono essere efficaci, proporzionate, dissuasive e non devono creare ostacoli al commercio legittimo”. Le eventuali misure inibitorie adottate da parte degli organi giurisdizionali devono essere, pertanto, nel rispetto dei diritti fondamentali, efficaci, proporzionate, dissuasive e non devono creare ostacoli ingiustificati al commercio legittimo tra gli Stati membri. Come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo, si anticipa un'ulteriore riflessione in merito al fatto che la pronuncia estende l'ambito dell'inibitoria che il giudice nazionale può pronunciare anche alla prevenzione di violazioni future dei diritti d'autore e connessi. Si tratta invero di un obbligo del prestatore di astenersi dal pubblicare contenuti illeciti dello stesso tipo di quelli già riscontrati come violativi dell'altrui diritto e, di conseguenza, dell'ammissibilità di una pronuncia di inibitoria in tal senso.

³⁷ Vedi A.M. ROVATI, *La responsabilità civile degli ISP*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Il regolamento Agcom sul diritto d'autore*, cit.: tale circostanza si verifica anche qualora i prestatori siano esentati, ai sensi dell'articolo 15 della Direttiva sul commercio elettronico, dal generale obbligo di monitoraggio e nonostante il fatto che gli stessi non vengano considerati gli autori dell'illecito neppure a titolo di concorso ai diversi fini del risarcimento dei danni extracontrattuali. Sul tema vedi M. RICOLFI, *Le misure compulsorie*, in *L'enforcement dei diritti di proprietà*

La norma citata, così come anche il considerando 23 della Direttiva 2004/48/CE, fanno espressamente salvo l'articolo 8, paragrafo 3, della Direttiva 2001/29/CE, dal momento che tale disposizione prevede già autonomamente un'inibitoria per le violazioni di diritti d'autore e connessi.

Alla luce di quanto riportato nonché ai fini dell'obiettivo perseguito dal presente lavoro, si ritiene opportuno porre l'attenzione sul fatto che parte della dottrina ha ritenuto che l'effettività dei diritti esclusivi d'autore e connessi nell'ambiente digitale possa essere ristabilita anche con la responsabilizzazione degli *internet service provider* e, in particolare, dei gestori delle "piattaforme telematiche"³⁸.

E infatti, come si avrà modo di illustrare più nel dettaglio, il ruolo svolto *online* da tali soggetti è considerevole, dal momento che gli stessi gestiscono le infrastrutture fondamentali della rete, traendo vantaggio dalla diffusione di informazioni e contenuti.

Tale dottrina ritiene, in particolare, che le piattaforme *online* debbano intendersi quali soggetti posti nella migliore condizione, sia dal punto di vista giuridico che tecnico, per contrastare le violazioni del diritto d'autore e connessi commesse dai propri utilizzatori.

2.2 Nozione di "comunicazione al pubblico".

L'analisi che la presente trattazione si propone di effettuare, con riguardo al nuovo sistema di protezione dei diritti dei titolari di cui

intellettuale, Giuffrè, Milano, 2005; A.M. ROVATI, *Le sanzioni*, in L.C. UBERTAZZI, *La proprietà intellettuale*, Giappichelli, Torino, 2011.

³⁸ Vedi M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, cit.; S. LAVAGNINI, *La proprietà intellettuale in Internet*, in *AIDA* 2010.

all'articolo 17 della Direttiva 2019/790/UE, non può prescindere, infine, da un breve approfondimento sulla nozione di “comunicazione al pubblico”³⁹.

A tale proposito, l'articolo 3, paragrafo 1, della Direttiva 2001/29/CE, prevede che qualsiasi comunicazione di un'opera al pubblico deve essere autorizzata dal titolare del diritto d'autore⁴⁰.

Da tale disposizione discende, pertanto, che la nozione di comunicazione al pubblico consta di due elementi cumulativi, vale a dire “un atto di comunicazione” di un'opera e la comunicazione di quest'ultima a un “pubblico”⁴¹.

La pronuncia della Corte di giustizia del 14 giugno 2017⁴² ricostruisce, sulla base della propria giurisprudenza, la nozione di comunicazione al

³⁹ Relativamente al quadro giuridico internazionale pattizio in materia di diritto d'autore e connessi, occorre evidenziare che lo stesso tratta espressamente i diritti esclusivi di comunicazione al pubblico. In merito, rilevano, in particolare, l'articolo 8 del WIPO, rubricato “Right of Communication to the Public” e l'articolo 10 del WPPT, rubricato “Right of Making Available of Fixed Performances”. Il primo prevede che “(...) authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them”. Mentre l'articolo 10 del WPPT dispone che “Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of their performances fixed in phonograms, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them”. In linea con tali previsioni l'articolo 3, “Diritto di comunicazione di opere al pubblico, compreso il diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti” di cui alla Direttiva 2001/29/CE.

⁴⁰ “Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente”.

⁴¹ Vedi, in tal senso, la pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea, del 7 marzo 2013, causa C-607/11, *ITV Broadcasting Ltd* (punti 21 e 31). Pronuncia del 13 febbraio 2014 – in causa C-466/12 – *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd c. Retriever Sverige AB* (Punti 15-16).

⁴² Il riferimento è alla pronuncia della Corte di giustizia del 14 giugno 2017 – in causa C-610/15 – *Stichting Brein c. Jack Frederik Wullems c. Ziggo BV, XS4ALL Internet BV*.

pubblico ai sensi del citato articolo e ricorda, inoltre, che la Direttiva *Infosoc* ha, tra l'altro, la finalità di realizzare “un elevato livello di protezione a favore degli autori”, che consenta loro di “ottenere un adeguato compenso” per l'utilizzazione economica delle loro opere.

Secondo la Corte, per valutare se esista un atto di comunicazione al pubblico, occorre tener conto di svariati criteri, complementari non autonomi ed interdipendenti, che in concreto possono essere presenti con intensità variabile. Tra questi: (a) l'utente realizza l'atto di comunicazione in modo intenzionale, con piena conoscenza delle conseguenze del suo comportamento per dare ai suoi clienti accesso ad un'opera protetta⁴³; (b) il pubblico è costituito da un numero indeterminato di destinatari potenziali e comprende un numero di persone piuttosto considerevole⁴⁴; (c) la comunicazione deve avvenire secondo modalità tecniche diverse da quelle fino ad allora utilizzate, o in mancanza deve essere rivolta ad un “pubblico nuovo” e così ad un pubblico che non sia già stato preso in considerazione dai titolari dei diritti d'autore quando hanno autorizzato la comunicazione iniziale

⁴³ Anzitutto, si fa riferimento al “ruolo imprescindibile dell'utente e il carattere intenzionale del suo intervento. Questi realizza infatti un atto di comunicazione quando interviene, con piena cognizione delle conseguenze del suo comportamento, per dare ai suoi clienti accesso a un'opera protetta, in particolare quando, in mancanza di questo intervento, tali clienti non potrebbero, in via di principio, fruire dell'opera diffusa [v., in tal senso, sentenze del 15 marzo 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, punto 82 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 15 marzo 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, punto 31]». Così, la pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea, dell'8 settembre 2016, causa C-160/15, *Sanoma*, p. 35.

⁴⁴ Così la pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea, dell'8 settembre 2016, cit., p. 36: “la nozione di «pubblico» riguarda un numero indeterminato di destinatari potenziali e comprende, peraltro, un numero di persone piuttosto considerevole [v., in tal senso, sentenze del 15 marzo 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, punto 84, e giurisprudenza ivi citata, nonché del 15 marzo 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, punto 33]”.

dell'opera al pubblico⁴⁵; (d) il carattere lucrativo di una comunicazione non è privo di rilevanza⁴⁶; (e) la comunicazione è rivolta ad un pubblico nuovo non presente nel luogo in cui la comunicazione ha origine⁴⁷; (f) è sufficiente che l'opera sia messa a disposizione del pubblico senza che sia determinante che questo utilizzi tale possibilità⁴⁸.

⁴⁵ Secondo la pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea, del 7 marzo 2013, cit, l'art. 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE assoggetta all'autorizzazione del titolare dei diritti "qualsiasi trasmissione o ritrasmissione di un'opera al pubblico non presente nel luogo in cui esse hanno origine su filo o senza filo, inclusa la radiodiffusione" che utilizzi "uno specifico mezzo tecnico" oppure quella che avvenga nei confronti di un pubblico nuovo. Queste affermazioni costituiscono applicazioni puntuali del principio di indipendenza dei diritti esclusivi: (i) a tutte le forme di utilizzazione economica che compongono ognuna delle più ampie macro-facoltà ex artt. 2-4 della direttiva 2001/29/CE. Si tratta, ad esempio, della riproduzione temporanea e permanente; comunicazione al pubblico tramite il mezzo televisivo e via internet come nel caso esaminato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, nella pronuncia del 7 marzo 2013, cit. Vedi, in tal senso, M. BERTANI, *Diritti d'autore e connessi*, in L.C. UBERTAZZI, *La proprietà intellettuale*, Giappichelli, Torino, 2011, 302 ss.; (ii) ad ogni ulteriore comunicazione ad un pubblico nuovo o diverso rispetto a quello originariamente autorizzato. In merito, si rimanda alla pronuncia della Corte di giustizia del 15 marzo 2012, C-162/10, *Phonographic Performance*; e, con particolare riferimento all'ulteriore comunicazione al pubblico di opere dell'ingegno nelle stanze di alberghi alla pronuncia della Corte di giustizia del 7 dicembre 2006, C-306/05, *SGAE*. Sul tema v. in generale D. SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Giuffrè, Milano, 1996, 396 ss.

⁴⁶ L'articolo 3, della Direttiva *Infosoc*, assoggetta al generale consenso del titolare dei diritti ogni attività di comunicazione al pubblico effettuata con "uno specifico mezzo tecnico" a prescindere dal carattere lucrativo o meno di tale attività. Tuttavia, con la pronuncia dell'8 settembre 2016, cit., la Corte di giustizia afferma al riguardo che "il carattere lucrativo di una comunicazione al pubblico, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, non è privo di rilevanza [v., in tal senso, sentenze del 4 ottobre 2011, *Football Association Premier League e a.*, C-403/08 e C-429/08, EU:C:2011:631, punto 204; del 15 marzo 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, punto 88, nonché del 15 marzo 2012, *Phonographic Performance (Ireland)*, C-162/10, EU:C:2012:141, punto 36]".

⁴⁷ In considerando 23, della Direttiva *Infosoc*, prevede che il diritto di comunicazione al pubblico "deve essere inteso in senso lato in quanto concernente tutte le comunicazioni al pubblico non presente nel luogo in cui esse hanno origine. Detto diritto dovrebbe comprendere qualsiasi trasmissione o ritrasmissione di un'opera al pubblico, su filo o senza filo, inclusa la radiodiffusione".

⁴⁸ Sulla rilevanza della semplice potenzialità dell'accesso da parte del pubblico a materiali protetti si rimanda alla pronuncia della Corte di giustizia del 7 dicembre 2006, causa C-306/05, *SGAE c. Rafael Hoteles S.A.*

Per quel che concerne la nozione di pubblico, è rilevante non solo il numero delle persone che hanno accesso contemporaneamente alla medesima opera, ma anche quello delle persone che vi hanno accesso in via successiva⁴⁹.

In merito, pare opportuno, pertanto, evidenziare come il pubblico sia certamente rilevante se costituito da milioni di persone che accedono alla medesima piattaforma di condivisione di opere *online*. In tal senso, è centrale quanto riportato dalla Corte in relazione alla qualificazione dell'attività di una piattaforma di condivisione di opere *online* come atto di comunicazione al pubblico, ai sensi dell'articolo 3 della Direttiva *Infosoc*⁵⁰.

⁴⁹ Sul tema, si veda, da ultimo, la recente sentenza della Corte di giustizia, del 19 dicembre 2019, in causa C-263/18, *Nederlands Uitgeversverbond e Groep Algemene Uitgevers contro Tom Kabinet Internet BV e a.*, che fornisce importanti spunti di riflessione. In particolare, la Corte ha interpretato la nozione di comunicazione al pubblico in senso lato e ha evidenziato che, nel definire la comunicazione di un'opera al pubblico, si deve tener conto non solo del numero di persone che possono avere accesso contemporaneamente alla medesima opera, ma altresì di quante tra di loro possano avervi accesso in successione, alla luce delle modalità di diffusione delle opere che, sulla rete internet, sono potenzialmente accessibili a una serie indefinita di utenti.

⁵⁰ Si veda, in merito, sempre la pronuncia della Corte di giustizia del 14 giugno 2017, cit., laddove la qualificazione dell'attività di una piattaforma di condivisione di opere come comunicazione al pubblico ex art. 3 della direttiva 2001/29/CE non è esclusa dalla circostanza che queste sono messe *online* non dalla piattaforma ma dai suoi utenti: quando il titolare della piattaforma la mette a disposizione e la gestisce, e senza la sua attività le opere in questione non potrebbero essere condivise in internet dagli utenti o quantomeno la loro condivisione sarebbe più complessa. L'attività di una piattaforma deve essere considerata come comunicazione al pubblico ex art. 3 della direttiva 2001/29/CE e non può invece venir classificata come semplice fornitura di attrezzature fisiche atte a rendere possibile o ad effettuare una comunicazione di opere al pubblico ex art. 3 della direttiva 29/2001: quando la piattaforma organizza un motore di ricerca; classifica le opere in diverse categorie; verifica che ciascun'opera sia inserita nella categoria appropriata; indicizza i file torrent relativi alle opere scambiate nel suo sistema di condivisione peer to peer; elimina i file torrent obsoleti o errati e filtra determinati contenuti. Al riguardo, si rinvia al sito internet della Corte di giustizia: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d6c65dc44ed6de4516bb9d8dbec6a42eb4.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyMa3b0?text=&docid=191707&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=206148>.

3. *La rinnovata responsabilità del prestatore di servizi di hosting: la giurisprudenza europea.*

Il dibattito giurisprudenziale e dottrinale sull'istituto della responsabilità dei prestatori di servizi della società dell'informazione, per la violazione del diritto d'autore e connessi, deriva dal fatto che la disciplina prevista a suo tempo dalla Direttiva 2000/31/CE non è sembrata più adeguata a fornire una tutela effettiva, in ragione dell'evoluzione tecnologica.

A fronte del quadro normativo europeo, descritto nei precedenti paragrafi, è emersa la questione se fossero riconducibili alla figura del fornitore di servizi *hosting* quei soggetti le cui attività sono divenute più estese e variegate nella nuova realtà multimediale.

Invero, dal costante potenziamento dei servizi offerti dalle piattaforme *online*, integranti oggi anche i servizi di *video sharing*, derivano significativi dubbi rispetto alla qualificazione di tali prestatori come soggetti neutrali⁵¹.

⁵¹ Tra le caratteristiche che fanno ritenere che l'intermediario abbia "un ruolo propulsore – tutt'altro che passivo – si pensi, per esempio, alle seguenti funzioni ormai comuni ai moderni internet service providers: 1. la presenza di un motore di ricerca interno; 2. la segnalazione dei "preferiti"; 3. il suggerimento di collegamenti e contenuti correlati; 4. classificazioni per argomenti e categorie di soggetti; 5. *toplist* e *hotlist*; 6. sistemi di segnalazione degli abusi. Inoltre, i sistemi in oggetto tendono ad adottare una regolamentazione contrattuale standard con i destinatari dei servizi che stabilisce un diritto del provider di esser manlevato dall'utente per i danni derivanti dalle condotte illecite di quest'ultimo, attribuisce al gestore della piattaforma il diritto di disabilitare i contenuti memorizzati in caso di abusi e gli conferisce la licenza per utilizzare i suddetti contenuti anche per scopi diversi da quelli per i quali erano stati caricati dagli utenti. Ne consegue che difficilmente le piattaforme telematiche moderne integranti anche i servizi di *video sharing* possano essere ricondotte ad un mero servizio di *hosting* tecnico e neutrale poiché dietro la predisposizione del servizio è contemplata una complessa attività di organizzazione, indicizzazione e selezione dei contenuti per finalità pubblicitarie sostanzialmente lucrative. Tali attività ben possono essere assimilate ad attività tecniche evolute finalizzate alla gestione dei contenuti immessi nel contenitore, con la conseguente difficoltà di portarle sotto il cappello delle esenzioni contenute agli artt. 16 e 17 del

Progressivamente si è, pertanto, posto l'accento sui servizi offerti dai motori di ricerca o dai *social network* o, ancora, dagli aggregatori di contenuti pubblicati da terzi, che svolgono attività di indicizzazione, selezione, organizzazione e filtraggio di contenuti digitali diffusi in rete, al fine di conseguire utili d'impresa attraverso la raccolta pubblicitaria⁵².

Sulla delicata questione è intervenuta sia la giurisprudenza europea che quella degli Stati membri.

In primo luogo, la Corte di giustizia dell'Unione europea, interpellata con lo strumento della pregiudiziale comunitaria ai sensi dell'articolo 267 del TFUE⁵³, si è pronunciata a più riprese⁵⁴, circoscrivendo

d.lgs. 70/2003". Così, V. IAIA, *La rinnovata responsabilità dell'internet service provider tra tenaci esigenze imprenditoriali e copiose istanze di tutela dei diritti d'autore nel mercato unico digitale*, cit.

⁵² Per approfondimenti, vedi: E. TOSI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider- passivi e attivi- tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, in *Riv. dir. ind.*, 2017.

⁵³ Sul rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia vedi, in generale, A. DAMATO, *Il rinvio pregiudiziale*, in *Guida al diritto. Il sole 24 ore*, 2004, p. 94 ss.; C. SCHEPISI, *Rinvio pregiudiziale obbligatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*, inserito nella collana *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche*, EUT-Edizione Università di Trieste, 2003, p. 1-199, file:///C:/Users/g.desanctis/Downloads/rinvio_pregiudiziale_obbligatorio.pdf. Vedi anche, sul tema, G. VITALE, *Rilievi in tema di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ed obblighi del giudice di ultima istanza*, in *ASTRID RASSEGNA*, n. 20/2012, p. 1 ss.

⁵⁴ Sul tema della responsabilità dei prestatori di servizi *online* per la violazione del diritto d'autore e connessi, si vedano, tra le altre, le seguenti pronunce: Corte di Giustizia dell'Unione europea del 23 marzo 2010 – in causa C-236/08-C-238/08, *Google France SARL e Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier SA (C-236/08)*, *Google France SARL c. Viaticum SA e Luteciel SARL (C-237/08)*; Corte di Giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione) del 16 febbraio 2012 – in causa C-275/06 – *Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España SAU*; Corte di Giustizia dell'Unione europea del 24 novembre 2011 – in causa C-70/10 – *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, *Belgian Entertainment Association Video ASBL (BEA Video)*, *Belgian Entertainment Association Music ASBL (BEA Music)*, *Internet Service Provider Association ASBL (ISPA)*; Corte di Giustizia dell'Unione europea del 16 febbraio 2012 – in causa C-360/10 – *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV*.

gradualmente il regime di “irresponsabilità” dell’*internet service provider* e inasprendo le condizioni di fruibilità della disciplina di favore prevista per i prestatori intermediari dalla Direttiva 2000/31/CE⁵⁵.

Con diverse decisioni, tra le quali pare opportuno citare la celebre pronuncia del 12 luglio 2011 – *L’Oréal c. e-Bay*⁵⁶, la Corte ha introdotto una creazione interpretativa della nuova figura di prestatore di servizi di *hosting* “attivo”, non espressamente definita dal legislatore europeo e che, pertanto, non soggiace alle esenzioni previste dalla Direttiva sul commercio elettronico.

Accogliendo tale nozione, la Corte ha evidenziato che il gestore di un mercato *online* svolge un ruolo “attivo”, che quindi gli permette di avere conoscenza o controllo circa i dati memorizzati, allorché “presta un’assistenza che consiste, in particolare, nell’ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita di cui trattasi o nel promuoverle”.

⁵⁵ Sul punto vedi: M. BASSINI, *La rilettura giurisprudenziale della disciplina sulla responsabilità degli internet service provider. Verso un modello di responsabilità “complessa”?*, in *Bocconi Legal Papers*, cit., p. 44-49; S. SCUDIERI, *La responsabilità dell’internet service provider alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, causa c-610/15, Diritto Mercato Tecnologia*, cit.; A. SALVATO, *La Corte di giustizia si pronuncia sul diritto d’autore online*, *Giur. It.*, Roma, 2014.

⁵⁶ Si tratta della pronuncia della Corte di Giustizia dell’Unione europea del 12 luglio 2011 – in causa C-324/09 – *L’Oréal SA e altri c. eBay International AG e altri*. Va evidenziato che inizialmente la Corte, nel pronunciarsi sulla corretta interpretazione dell’articolo 14 della Direttiva 2000/31/CE, ha mostrato un’apertura al riconoscimento di un maggiore rigore nell’applicazione dell’esimente prevista dalla citata disposizione. Ha affermato infatti che l’*hosting provider* non può beneficiare del regime di limitazione della responsabilità tutte le volte in cui, sulla base dei criteri di diligenza e ragionevolezza, abbia omesso di attivarsi per impedire la prosecuzione dell’illecito. Sono poi emersi due rimedi – alternativi o cumulativi – da poter intraprendere nei confronti del *provider* per la circolazione *online* di contenuti illeciti: quello classico della responsabilità civile per il fatto illecito altrui – ristabilito sia dalla prestazione di servizi non meramente tecnici o neutri sia dalla mancata attivazione nella consapevolezza di essere veicolo di contenuti illeciti – e quello della richiesta di un provvedimento inibitorio.

Ad ogni modo, il gestore di un mercato *online* quando svolge un ruolo passivo – e la prestazione di servizio rientra nell’ambito di applicazione dell’articolo 14 della Direttiva sul commercio elettronico – non può avvalersi dell’esonero dalla responsabilità, qualora sia stato al corrente di fatti o circostanze in base ai quali un operatore economico diligente⁵⁷ avrebbe dovuto constatare l’illiceità delle offerte in vendita di cui trattasi e, nell’ipotesi in cui ne sia stato al corrente, non abbia prontamente agito conformemente al suddetto articolo 14 della direttiva⁵⁸.

⁵⁷ A questo proposito, il considerando 48 della Direttiva 2000/31/CE: “La presente direttiva non pregiudica la possibilità per gli Stati membri di chiedere ai prestatori di servizi, che detengono informazioni fornite dai destinatari del loro servizio, di adempiere al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi da loro ed è previsto dal diritto nazionale, al fine di individuare e prevenire taluni tipi di attività illecite”.

⁵⁸ Così i punti 6 e 7 del dispositivo della citata pronuncia della Corte di Giustizia del 12 luglio 2011 nella causa C-324/09 - *L’Oréal SA e altri c. eBay International AG e altri*: “6) L’art. 14, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 8 giugno 2000, 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («direttiva sul commercio elettronico»), deve essere interpretato nel senso che esso si applica al gestore di un mercato *online* qualora non abbia svolto un ruolo attivo che gli permetta di avere conoscenza o controllo circa i dati memorizzati. Detto gestore svolge un ruolo siffatto allorché presta un’assistenza che consiste in particolare nell’ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita di cui trattasi o nel promuoverle. Quando non ha svolto un ruolo attivo nel senso indicato al comma precedente e dunque la sua prestazione di servizio rientra nell’ambito di applicazione dell’art. 14, n. 1, della Direttiva 2000/31, il gestore di un mercato *online*, in una causa che può comportare una condanna al pagamento di un risarcimento dei danni, non può tuttavia avvalersi dell’esonero dalla responsabilità previsto nella suddetta disposizione qualora sia stato al corrente di fatti o circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l’illiceità delle offerte in vendita di cui trattasi e, nell’ipotesi in cui ne sia stato al corrente, non abbia prontamente agito conformemente al n. 1, lett. b), del suddetto art. 14. 7) L’art. 11, terza frase, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 29 aprile 2004, 2004/48/CE, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, deve essere interpretato nel senso che esso impone agli Stati membri di far sì che gli organi giurisdizionali nazionali competenti in materia di tutela dei diritti di proprietà intellettuale possano ingiungere al gestore di un mercato *online* di adottare provvedimenti che contribuiscano non solo a far cessare le violazioni di tali diritti ad opera degli utenti di detto mercato, ma anche a prevenire nuove violazioni della stessa natura. Tali ingiunzioni devono essere efficaci, proporzionate, dissuasive e non devono creare ostacoli al commercio legittimo.”.

Va detto che la pronuncia in parola è particolarmente rilevante perché riguarda, altresì, l'estensione dell'inibitoria, ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 3, della Direttiva 2004/48/CE. La questione attiene alla possibilità di richiedere eventuali misure adottate da parte degli organi giurisdizionali e che devono essere, nel rispetto dei diritti fondamentali, efficaci, proporzionate, dissuasive e non creare ostacoli ingiustificati al commercio legittimo tra gli Stati membri.

Inoltre, estende l'ambito dell'inibitoria che il giudice nazionale può pronunciare anche alla prevenzione di violazioni future dei diritti d'autore e connessi.

Come si vedrà nel successivo paragrafo, si tratta di un obbligo del prestatore di astenersi dal pubblicare contenuti illeciti dello stesso tipo di quelli già riscontrati come violativi dell'altrui diritto e, di conseguenza, dell'ammissibilità di una pronuncia in tal senso.

A questo proposito, la Corte chiarisce che gli Stati membri devono prevedere l'adozione di misure che abbiano la funzione "non solo di far cessare le violazioni inferte al diritto d'autore o ai diritti connessi, ma altresì di prevenirle" e che nulla osta a che venga imposto ai *provider* un ordine inibitorio che possa avere per lo stesso un "costo notevole", ordinandogli di bloccare non solo l'accesso all'indirizzo su cui i contenuti illeciti risultano pubblicati, ma anche "ogni altro indirizzo futuro di cui tale società possa venire a conoscenza".

Il tema, evidentemente, si fonda sulla circostanza per cui tali soggetti si troverebbero nella migliore condizione per porre fine alle violazioni già commesse dagli utenti attraverso i servizi forniti e, altresì, in un'ottica di tutela preventiva e anticipatoria, per impedire il compimento di ulteriori future violazioni.

Anche la sentenza del 14 giugno 2017⁵⁹ rappresenta un importante sviluppo sul tema della responsabilità dell'*internet service provider* in materia.

In questo caso, infatti, la Corte di giustizia, non facendo alcun riferimento al tipo di attività svolta dall'intermediario⁶⁰, ha riconosciuto la piena responsabilità dello stesso per la diffusione *online* di opere protette dal diritto d'autore da parte degli utenti della rete e, pertanto, la prevalenza della tutela del diritto d'autore su quella degli altri diritti e interessi che ad esso si contrappongono.

A quanto fin qui rappresentato, occorre aggiungere che l'interpretazione effettuata da parte dei giudici della Corte – secondo la quale i limiti di responsabilità sono applicabili alla sola condizione che il *provider* non svolga un ruolo “attivo”, che gli consentirebbe la conoscenza ed il controllo dei dati forniti dai suoi utenti – si fonda, in particolare, sul considerando 42 della Direttiva 2000/31/CE.

Lo stesso dispone che: “Le deroghe alla responsabilità stabilita nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni

⁵⁹ Si fa riferimento alla sentenza della Corte di Giustizia del 14 giugno 2017, causa C-610/15, *Stichting Brein c. Ziggo BV, XS4ALL Internet BV*. Con tale pronuncia la Corte è rimasta in linea con l'orientamento espresso nella sentenza del 27 marzo 2014 – in causa C-314/12 – *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, laddove è riconosciuta la responsabilità del *provider*, seppure non diretto autore della violazione del diritto di proprietà intellettuale e la tutela del diritto d'autore prevale sul diritto alla libertà d'impresa e all'informazione.

⁶⁰ Come noto, la Direttiva 2000/31/CE distingue diversi gradi di coinvolgimento rispetto alle attività svolte dai diversi prestatori di servizi *online*. Per ulteriori approfondimenti sulle attività svolte dai prestatori di servizi e in tema di responsabilità, si veda: M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, Napoli, 2006, pp. 271 ss.

messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate”.

Dunque, secondo tale orientamento, ormai consolidato, la clausola del cd. *Safe Harbor*, di cui si è parlato nell'ambito del commento alla Direttiva sul commercio elettronico e di cui beneficiano i prestatori di servizi per i contenuti caricati da terzi, potrebbe riguardare solo l'*internet service provider* la cui attività sia di ordine meramente “tecnico, automatico e passivo”⁶¹.

Tale indirizzo si è consolidato nel tempo, nonostante l'evolversi di differenti approcci, che hanno messo in discussione la rilevanza della distinzione tra *hosting provider* attivi e passivi.

Secondo parte della dottrina, infatti, la questione che rimane aperta è come accertare la “non neutralità” di un *provider*. In tal senso, la Corte di giustizia avrebbe “cristallizzato i caratteri dell'*hosting* attivo, senza tuttavia offrire elementi certi che possano condurre a escludere o affermare la responsabilità del *provider*, in base alla corrispondente assimilazione a un gestore di contenuti. Su questo versante, è stato

⁶¹ Vedi anche M. BASSINI, *Commercio elettronico e tutela dei segni distintivi. Responsabilità degli intermediari e trend giurisprudenziali*, in A.M. MAZZARO-O. POLLICINO (a cura di), *Tutela del copyright e della privacy sul web. Quid iuris?*, Aracne, 2012. Per beneficiare dell'esenzione di responsabilità prevista dalla direttiva sul commercio elettronico è che il *provider* “agisca come un prestatore neutro. Le limitazioni di responsabilità, infatti, si fondano sulla precondizione che il *provider* esegua un'attività di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, in modo che esso non conosca né controlli le informazioni trasmesse o memorizzate. Non a caso, il confine del regime di “irresponsabilità” del *provider* coincide con la conoscenza, da parte di questi, dell'illiceità dei contenuti o delle attività che giungono in rete per suo tramite; conoscenza in corrispondenza logica della quale si attiva l'obbligo, per il *provider*, di agire al fine di rimuovere contenuti illeciti”.

compito delle Corti nazionali, piuttosto, individuare il confine tra *hosting* “attivo” e *hosting* “passivo”⁶².

⁶² O. POLLICINO, *Tutela del pluralismo nell’era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider*, in *Consulta Online*, www.giurcost.otg. Va aggiunto che la figura del cd. *hosting* attivo si differenzia sia dal *content provider*, dal momento che non immette direttamente *online* contenuti propri o di terzi, che dall’*hosting provider* passivo, in quanto non neutrale nella prestazione di servizi, così da attrarne la responsabilità in concorso con gli autori degli illeciti di volta in volta contestati. Inoltre, “Gli argomenti che sono serviti alle corti per tracciare il crinale della responsabilità possono essere così riassunti 1) L’inserimento, tra i termini e le condizioni di servizio, di clausole che potrebbero presupporre l’esercizio di una forma di controllo sulle informazioni fornite dagli utenti. Nell’ambito delle possibili violazioni del diritto d’autore, per esempio, la previsione di una licenza non esclusiva per lo sfruttamento dei contenuti pubblicati dagli utenti su un *social network* è stata ritenuta condizione sufficiente a qualificare il *provider* come un *hosting* attivo; 2) L’attività di organizzazione e selezione delle informazioni fornite dagli utenti consente al *provider* di massimizzare i propri guadagni. Tra gli altri, l’inserimento di messaggi promozionali associati ai contenuti pubblicati dagli utenti è stato ritenuto generare una responsabilità del *provider* da intendersi come *hosting* attivo. In altri casi, le corti nazionali hanno escluso l’applicabilità delle esenzioni di responsabilità nei confronti di *provider* al ricorrere di condizioni quali: - la predisposizione di un motore di ricerca che permetta agli utenti di inserire delle parole chiave; - l’indicizzazione e selezione di contenuti audiovisivi e la visualizzazione di “contenuti correlati”; - la previsione di una procedura di rimozione selettiva per la segnalazione di contenuti ritenuti illeciti dagli utenti; - il caricamento effettuato direttamente, da parte del *provider*, di alcuni contenuti. Risulta chiaro, dall’osservazione di questi *trend*, come l’obsolescenza del dato normativo, incapace ormai di tradurre in modo coerente la fisionomia degli operatori, costituisca un problema centrale, a fronte del quale gli sforzi delle corti hanno partorito alcuni risultati, apprezzabili sul piano pratico della risoluzione dei casi concreti, ma pur sempre parziali e precari finché non consolidati in un dato legislativo”. Si veda, con riferimento alla descrizione dei confini della responsabilità: O. POLLICINO-E. APA, *Modeling the Liability of Internet service providers: Google vs. Vivi Down, A Constitutional Perspective*, Egea, Milano, 2013.

4. *La giurisprudenza italiana recepisce la ricostruzione offerta dalla Corte di Giustizia.*

L'interpretazione effettuata da parte della Corte di giustizia dell'Unione e fondata sul considerando 42 della Direttiva 2000/31/CE, di cui si è detto poc'anzi, è stata sostenuta anche dalla giurisprudenza italiana.

Uno dei primi importanti spunti di riflessione sul tema della rinnovata responsabilità del fornitore di servizi di *hosting* è fornito da una decisione del Tribunale di Torino, adottata dapprima in via d'urgenza, a seguito di una richiesta di inibitoria formulata da *Delta TV Programs - s.r.l.* – quale titolare esclusivo dei diritti di sfruttamento in Italia di *telenovelas* – nei confronti della piattaforma francese *Dailymotion*⁶³.

La pronuncia è degna di nota, in virtù della finalità perseguita dal presente lavoro, in quanto rivede il quadro normativo di riferimento, chiarendo che le limitazioni di responsabilità, previste dalla Direttiva sul commercio elettronico, trovano la loro sola giustificazione nell'esigenza di favorire la diffusione dei servizi della società dell'informazione e non nella volontà del legislatore di creare una sorta di irresponsabilità a beneficio di specifiche tipologie di intermediari.

In questa circostanza, è emersa poi l'esigenza di garantire una tutela effettiva ed efficace dei diritti di proprietà intellettuale, tenendo in debita considerazione soprattutto la costante evoluzione degli strumenti di identificazione dei contenuti attualmente disponibili.

In tal senso, il Tribunale ha chiarito, tra le altre cose, che a fronte di una segnalazione al prestatore che contenga l'indicazione della localizzazione del materiale inizialmente contestato – attraverso *URL* (*Uniform Resource Locator*, ossia l'indirizzo *web*) – il titolare dei diritti

⁶³ Ordinanza del 3 giugno 2015, RG. n. 11343/2015.

non deve essere onerato anche della successiva indicazione di ogni ulteriore *URL* che conduca l'utente alla visualizzazione dei medesimi contenuti. E ciò dal momento che “ogni nuovo caricamento su un *URL* diverso non rappresenta quindi un «nuovo contenuto» (diverso da quello precedentemente rimosso) perché l'*URL* non è altro che il «luogo» dove il contenuto è reperibile” e, pertanto, non va identificato con l'opera da tutelare.

Si riscontra, in tal senso, la possibilità di adottare provvedimenti inibitori anche per le violazioni future, sebbene limitati a opere – o parti di opere – già identificate.

Decisivo diventa il ruolo degli strumenti informatici attualmente disponibili: “dal punto di vista tecnico, l'attuale stato della tecnologia consente di individuare, nell'ambito del materiale presente sulla piattaforma, quello corrispondente a un determinato contenuto. Certamente, per rintracciare i contenuti illeciti occorre disporre del relativo *file*; esistono però sistemi tecnologici avanzati, non a caso frutto delle ricerche e degli investimenti operati dagli ISP (...) che consentono di caricare il *file* nel sistema e utilizzarlo come una sorta di impronta digitale (*fingerprint*) per reperire le sue riproduzioni. Si tratta del “Content ID” di Yahoo o dell’*“Ina signature”* (...). Tali strumenti costituiscono la frontiera tecnologica di riferimento e vengono in preponderante rilievo per ascrivere pregnante contenuto agli obblighi giuridici delle parti”.

Nella costruzione della responsabilità dei prestatori di servizi della società dell'informazione, la giurisprudenza italiana è intervenuta con ulteriori pronunce fino a descrivere la figura dell'*hosting provider* “attivo” con lo scopo di escludere l'applicazione del regime speciale di responsabilità di tale prestatore, dettato dalla Direttiva 2000/31/CE e,

in particolare, dall'articolo 16 del decreto legislativo n. 70 del 2003 di recepimento⁶⁴.

Va menzionata, a tal riguardo, la decisione del Tribunale di Milano⁶⁵ che ha accertato la violazione del diritto d'autore di Reti televisive italiane s.p.a. da parte di Yahoo! Italia s.r.l., rendendo inapplicabile la disciplina di cui al citato articolo 16 e sostenendo che l'associazione di messaggi pubblicitari ai contenuti immessi in rete dagli utenti, i cui proventi concorrono evidentemente al finanziamento dell'attività del prestatore di servizi, devono essere qualificati come servizi di *hosting* "attivo".

Sul caso citato, e dopo il giudizio d'appello⁶⁶, è intervenuta la Corte di Cassazione, con la sentenza del 19 marzo 2019, n. 70708, fornendo una serie di elementi estremamente rilevanti.

In particolare, ha riconosciuto la figura dell'*hosting* "attivo", che si distingue da quello "passivo", di cui all'art. 16 del decreto legislativo

⁶⁴ Come si è detto, il decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70 (*Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno e, per i media audiovisivi – cd. Decreto sul commercio elettronico*) agli articoli 14, 15, 16 e 17, definisce i poteri inibitori nei confronti dei prestatori di servizi della società dell'informazione. In particolare, l'articolo 16 del citato decreto, "Responsabilità nell'attività di memorizzazione di informazioni – hosting –" prevede che: "1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. 2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore. 3. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse".

⁶⁵ Tribunale di Milano, n. 10893 del 9 settembre 2011.

⁶⁶ Corte di appello di Milano, n. 29 del 7 gennaio 2015.

n. 70 del 2003 di recepimento della direttiva europea, che è sottratto al regime di limitazione della responsabilità ivi contemplato.

Il livello di diligenza richiesto ai prestatori è stato, in tal senso, innalzato verso una maggiore responsabilizzazione, che sarebbe, come si è detto poc'anzi, compatibile con le moderne tecniche di intercettazione dei contenuti caricati dagli utenti.

Secondo la Corte, si può parlare di *hosting* “attivo” quando sia ravvisabile una condotta che completa e arricchisce in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte di utenti indeterminati.

Tale “attività” può desumersi da una serie di “indici di interferenza”, da accertare ad opera del giudice di merito, per decidere correttamente in ordine alla responsabilità o meno di un *internet service provider*: “le attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio, come pure l’adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione”, tutti segnali di una condotta non meramente passiva del prestatore⁶⁷.

In conclusione, l’analisi operata dalla giurisprudenza invita a riflettere sul fatto che il quadro legislativo europeo, ormai superato dall’innovazione tecnologica, è senz’altro incapace di riportare in modo coerente la fisionomia dei prestatori di servizi della società dell’informazione.

Rispetto a questo problema, i risultati raggiunti dalla giurisprudenza appaiono apprezzabili dal punto di vista pratico della risoluzione dei

⁶⁷ Si veda, per approfondimenti, F. FRIGERIO, *Responsabilità dell’hosting provider: la Cassazione conferma la distinzione tra attivo e passivo*, in www.filodiritto.it, 18 aprile 2019.

casi concreti, tuttavia ancora parziali finché non consolidati in un dato legislativo⁶⁸.

5. *Alcune riflessioni sul bilanciamento tra diritti fondamentali alla luce della giurisprudenza europea.*

Come si è visto, la giurisprudenza è intervenuta nel cercare di delineare il ruolo del prestatore di servizi, al fine di tutelare il diritto d'autore *online* in un più articolato rapporto di bilanciamento con altri diritti fondamentali.

Ed infatti, quando si discute sul come definire i confini del diritto d'autore e connessi e assicurare le appropriate modalità di protezione nel contesto digitale – caratterizzato, come si è detto, dalla crescente diffusione dei contenuti creativi – emergono numerosi interessi configgenti.

In via generale, la finalità che il legislatore europeo ha perseguito attraverso la riforma della materia, di cui si dirà nel prosieguo, è quella di garantire un quadro giuridico in grado di favorire la fornitura e la diffusione dei contenuti, assicurando al contempo i giusti incentivi alla creazione e all'investimento.

D'altronde, è solo in questo modo che possono derivare maggiori benefici, soprattutto per i fruitori delle opere culturali: gli utenti.

La questione maggiormente rilevante attiene, pertanto, all'esigenza di raggiungere un equo bilanciamento tra il diritto d'autore e i diritti

⁶⁸ Vedi O. POLLICINO, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider*, in *Consulta Online*, www.giurcost.otg, cit.

connessi⁶⁹ e altri diritti fondamentali, nella specie: la libertà d'impresa⁷⁰ e la libertà di espressione e d'informazione⁷¹, insieme al diritto di accesso degli utenti alle opere culturali⁷².

Come si è visto, diverse sono le pronunce europee e nazionali, in tema di responsabilità degli *internet service providers*, da cui emerge che nelle valutazioni entrano in gioco le libertà e i diritti citati e che dimostrano come a dover compiere questo esercizio siano spesso i giudici, sulla base del quadro normativo esistente e delle garanzie

⁶⁹ Si veda R. MASTROIANNI, *Diritti d'autore e diritti connessi*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, cit. Tali diritti rientrano nel diritto della proprietà intellettuale e pertanto sono tutelati dall'art. 17.2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il quale dispone che: "La proprietà intellettuale è protetta". Per approfondimenti, si veda, R. MASTROIANNI, *La tutela internazionale e comunitaria del diritto d'autore come diritto fondamentale dell'uomo*, in *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, Atti del Convegno, Università europea di Roma 27 maggio 2008, a cura di A.M. GAMBINO e V. FALCE, Roma, Edizioni Arte, cit.

⁷⁰ L'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dispone che: "È riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali". Si veda R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri*, in L. S. ROSSI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali*, cit. Vedi C. MALBERTI, *Commento all'articolo 16, Libertà d'impresa*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 310 – 328.

⁷¹ A norma dell'articolo 11 della Carta sulla "Libertà di espressione e d'informazione": "1. Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. 2. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati". Per approfondimenti si veda R. MASTROIANNI e G. STROZZI, *Commento all'art. 11 Libertà di espressione e di informazione*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit.

⁷² Come noto, nel pieno rispetto dei poteri e delle funzioni dell'Unione europea e del principio di sussidiarietà, la Carta dei diritti fondamentali riafferma i diritti così come risultanti dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle Carte sociali adottate dall'UE e dal Consiglio d'Europa e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

riconosciute dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nonché dalle Carte fondamentali degli Stati membri⁷³.

In tal senso, un'ingiunzione adottata sulla base dell'articolo 8, paragrafo 3, della Direttiva 2001/29/CE oppone i diritti d'autore e i diritti connessi, che rientrano nel diritto della proprietà intellettuale e pertanto tutelati dall'articolo 17, paragrafo 2 della Carta europea dei diritti fondamentali⁷⁴, e la libertà d'impresa di cui godono gli operatori economici – quali i fornitori di accesso a internet – nonché la libertà d'informazione degli utenti di internet, rispettivamente tutelate all'articolo 16 e 11 della Carta.

In primo luogo, emerge che l'adozione di una simile ingiunzione limita la libertà d'impresa. Tuttavia, è lasciato al destinatario l'onere di determinare le misure concrete da adottare per raggiungere il risultato perseguito ed è consentito allo stesso di sottrarsi alla propria responsabilità, qualora dimostri di aver adottato tutte le misure ragionevoli⁷⁵.

⁷³ Per un approfondimento in relazione ai rapporti tra la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le altre Carte, soprattutto dal punto di vista dell'influenza culturale che ciascuna di esse è in grado di esercitare sulle altre vedi, in generale, L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGIERI, A. SAITTA, *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Giappichelli editore, 2016.

⁷⁴ Vedi R. MASTROIANNI, *La tutela internazionale e comunitaria del diritto d'autore come diritto fondamentale dell'uomo*, cit. Il diritto d'autore, già da diverso tempo, ha assunto il rango di diritto fondamentale sia per l'ordinamento internazionale che per quello dell'Unione europea, con inevitabili ricadute anche sul piano nazionale. Vedi anche M. RICOLFI, *Commento all'articolo 17 - La protezione della proprietà intellettuale* in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 338 – 349.

⁷⁵ A tal riguardo, si veda la citata pronuncia della Corte di giustizia del 27 marzo 2014, cit. (punto 44).

Quando il destinatario sceglie quali misure adottare, al fine di conformarsi all'ingiunzione, è tenuto a garantire il rispetto del diritto fondamentale alla libertà d'informazione degli utenti di internet⁷⁶.

Emerge pertanto, in via generale, l'esigenza di trovare un giusto bilanciamento tra tutti i diritti fondamentali applicabili, a condizione, tuttavia, che questi non privino inutilmente gli utenti della rete della possibilità di accedere in modo lecito alle informazioni disponibili e che abbiano l'effetto di impedire o di rendere difficilmente realizzabili le consultazioni non autorizzate dei materiali protetti e scoraggiare seriamente gli utenti dal consultare tali materiali messi a loro disposizione in violazione del diritto di proprietà intellettuale.

In tal senso, la Corte di giustizia dell'Unione offre ai giudici nazionali la chiave interpretativa per una corretta attuazione dei principi di proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza cui devono sottostare i provvedimenti inibitori adottati a tutela del diritto d'autore e connessi in ambito digitale.

Inoltre, provvede a determinare il grado di diligenza professionale cui è chiamato il prestatore, nel conformarsi al provvedimento ricevuto, riconoscendogli la facoltà di adottare le misure che meglio si adattano alle sue risorse e capacità e che risultano giustificate alla luce dell'obiettivo perseguito. Ciò senza imporre inutili e ingiustificati sacrifici degli altri diritti fondamentali⁷⁷.

⁷⁶ Si veda sempre la citata pronuncia della Corte di giustizia del 27 marzo 2014 cit. (punto 55).

⁷⁷ Come si vedrà nel prosieguo della trattazione, due sono state le iniziative europee volte alla realizzazione di procedure finalizzate alla rimozione dei contenuti, senza imporre obblighi di controllo *ex ante*. Il riferimento è alla Direttiva 2018/1808/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 recante modifica della direttiva 2010/13/UE (*Relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato – cd. Direttiva SMAV)*) e alla

Anche con riferimento al divieto della previsione di un sistema di filtraggio per il prestatore del servizio di *hosting*, la Corte di giustizia ha stabilito che la tutela del diritto di proprietà intellettuale – sancita, come si è detto, dall’articolo 17, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea – non è garantita in modo assoluto, ma deve essere necessariamente bilanciata con quella di altri diritti fondamentali.

In particolare, le direttive 2000/31/CE, 2001/29/CE e 2004/48/CE, lette in combinato disposto e interpretate alla luce delle esigenze di tutela dei diritti fondamentali applicabili, ostano all’ingiunzione, rivolta da un giudice nazionale ad un prestatore di servizi di *hosting*, di predisporre un sistema di filtraggio delle informazioni memorizzate sui *server* di questo prestatore, che si applichi indistintamente nei confronti di tutti gli utenti dei suoi servizi, a titolo preventivo, a spese esclusive del prestatore e senza limiti di tempo, e che sia idoneo ad identificare i *file* elettronici contenenti opere sulle quali l’attore affermi di vantare diritti di proprietà intellettuale, onde bloccare la messa a disposizione di queste opere in violazione dei suoi diritti d’autore⁷⁸.

Direttiva 2019/790/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019 (*Sul diritto d’autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE – cd. Direttiva copyright*).

⁷⁸ A tale proposito si vedano i punti 41 e ss. della pronuncia della Corte di giustizia dell’Unione europea del 16 febbraio 2012 – in causa C-360/10 – *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV*. “Sebbene la tutela del diritto di proprietà intellettuale sia sancita dall’articolo 17, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (in prosieguo: la «Carta»), non può desumersi né da tale disposizione né dalla giurisprudenza della Corte che tale diritto sia intangibile e che la sua tutela debba essere garantita in modo assoluto (sentenza *Scarlet Extended*, cit., punto 43) (...)”. Sulla compatibilità con il diritto europeo dell’adozione obbligatoria di un sistema di *filtering* a protezione dei contenuti tutelati da diritti d’autore o connessi la Corte di giustizia si è pronunciata, anche con la decisione del 24 novembre 2011, in causa C-70/10 - *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), Belgian Entertainment As-sociation Video ASBL (BEA Video), Belgian Entertainment Association Music ASBL (BEA Mu-sic), Internet Service Provider Association ASBL*

In virtù dell'analisi operata e delle considerazioni svolte in precedenza, occorre, a questo punto, affrontare la questione relativa al bilanciamento tra libertà e diritti che il legislatore europeo si è trovato ad effettuare attraverso la riforma della materia, laddove sono emerse due esigenze rilevanti.

Il riferimento è, da un lato, alla necessità di assicurare ai cittadini europei un facile accesso a un'ampia varietà di contenuti, anche attraverso i confini nazionali⁷⁹, dall'altro a quella di garantire che lo sviluppo del mercato digitale sia accompagnato da un'equa remunerazione di tutti i soggetti che, a vario livello, intervengono nella catena del valore⁸⁰.

6. La Direttiva 2019/790/UE interviene sulla responsabilità delle piattaforme di condivisione di contenuti online.

L'intervento del legislatore dell'Unione, attraverso la Direttiva 2019/790/UE, giunge in seguito al percorso giurisprudenziale avente ad

(ISPA).

⁷⁹ Qui la sfida ha riguardato il "più ampio accesso online" e quindi l'introduzione di misure volte a favorire l'accesso ai contenuti che siano compatibili con la sostenibilità economica per i soggetti coinvolti a vario titolo nella loro produzione e diffusione. Ciò ha dato luogo alla Direttiva (UE) 2019/789 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 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 e che modifica la direttiva 93/83/CEE del Consiglio – detta anche Direttiva Sat-cab)* e al Regolamento (UE) 2017/1128 DEL Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2017 *(relativo alla portabilità transfrontaliera di servizi di contenuti online nel mercato interno – detto anche Regolamento portabilità)*.

⁸⁰ Ciò ha dato luogo alla nuova Direttiva 2019/790/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019 *(Sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE – cd. Direttiva copyright)*.

oggetto i tentativi di delineare una responsabilità dei prestatori di servizi “attivi”, per i contenuti caricati *online* in assenza di autorizzazione da parte dei titolari dei diritti⁸¹.

In via generale, si evidenzia che lo scopo della direttiva è quello di rendere il diritto d'autore *online* attuale ed effettivo: adeguare talune eccezioni chiave al diritto d'autore all'ambiente digitale e al contesto transfrontaliero, migliorare le procedure di concessione delle licenze, garantire un più ampio accesso ai contenuti e il buon funzionamento del mercato interno per il diritto d'autore.

L'atto europeo, la cui base giuridica è l'articolo 114 TFUE, fondamento per l'armonizzazione delle legislazioni nazionali che consente l'adozione di misure dell'Unione per l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno⁸², interviene sulla legislazione europea in materia di diritto d'autore e connessi e non sulla Direttiva sul commercio elettronico⁸³.

⁸¹ Per approfondimenti, vedi A. MIGLIO, *Intermediaries in the case law of the Court of Justice of the EU: The interplay between liability exemptions and rules on IP protection*, in B. PETKOVA, T. OJANEN (Eds), *Fundamental Rights Protection Online, The Future Regulation of Intermediaries*, Cheltenham-Northampton, 2020, p. 175 ss.

⁸² Per approfondimenti vedi, in generale, A. DAMATO, *Art. 114 TFUE*, in Pocar - Baruffi, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Seconda edizione, Padova, 2014, p. 912 ss.

⁸³ Il riferimento è alle seguenti direttive: Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001 (*Sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione* – cd. *Direttiva Infosoc*); Direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 (*Sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale* – cd. *Direttiva Enforcement*); Direttiva 2012/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 (*Su taluni utilizzi consentiti di opere orfane*); Direttiva 2014/26/UE del Parlamento europeo e del Consiglio 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*).

Limitandosi a quanto di interesse, la questione maggiormente rilevante riguarda le novità introdotte in materia di utilizzo di contenuti protetti da parte dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online*.

In particolare, l'obiettivo principale è quello di garantire che lo sviluppo del "Mercato unico digitale"⁸⁴ sia accompagnato da un'equa ripartizione del valore generato in tale ambito e un'adeguata remunerazione di tutti i soggetti che intervengono nella catena del valore per gli utilizzi *online* dei contenuti protetti dal diritto d'autore.

In tal senso, l'articolo 17 della Direttiva prevede che le piattaforme di condivisione di contenuti *online* debbano impegnarsi nei "best efforts" per ottenere l'autorizzazione da parte dei titolari dei diritti per la diffusione dei contenuti protetti caricati dai loro utenti.

In assenza di autorizzazione, tali soggetti beneficiano di un meccanismo di mitigazione della responsabilità, ma sono tenuti a compiere i "massimi sforzi" per assicurare che i contenuti non autorizzati non siano disponibili sui loro siti *web*.

Inoltre, diventano responsabili a meno che non rimuovano il materiale identificato a seguito di una segnalazione e ne impediscano la sua ricomparsa sul servizio. Tali sforzi vanno compiuti sulla base di informazioni pertinenti e necessarie fornite dai titolari dei diritti.

In tal senso, i doveri *ex ante* devono rispettare il divieto generale di filtraggio, come descritto nei precedenti paragrafi, sebbene ciò rappresenti comunque un'estensione del requisito dell'articolo 15 della Direttiva sul Commercio elettronico, essendo i fornitori di servizi di condivisione di contenuti *online* soggetti "attivi".

⁸⁴ In generale, per un'introduzione al tema del mercato unico digitale, vedi G. CONTALDI (a cura di), *Il mercato unico digitale*, in *Diritto Mercato e Tecnologia*, Roma, 2017.

CAPITOLO II

Genesi e finalità della nuova disciplina sull'utilizzo di contenuti protetti da parte di piattaforme *online*.

CAPITOLO II

Genesi e finalità della nuova disciplina sull'utilizzo di contenuti protetti da parte di piattaforme *online*.

Sommario: 1. La Strategia per il “Mercato unico digitale” e il ruolo delle piattaforme. 2 Principali obiettivi di riforma in materia di diritto d'autore e connessi. 3. Il tema del *Value gap*. 4. Nuove norme sull'utilizzo di contenuti protetti. 5. Alcune riflessioni sulla portata protezionistica degli elementi innovativi proposti. 5.1 Profili problematici della proposta di direttiva dal punto di vista dei diritti fondamentali.

1. La Strategia per il “Mercato unico digitale” e il ruolo delle piattaforme.

L'esame delle nuove disposizioni in materia di utilizzo di contenuti protetti da parte di servizi *online* non può prescindere da un'indagine sulle origini della riforma a partire dal maggio del 2015, quando la Commissione europea ha adottato la Strategia per il mercato unico

digitale⁸⁵, delineando una serie di iniziative volte alla creazione di un mercato interno per i servizi e i contenuti digitali⁸⁶.

Con specifico riferimento al diritto d'autore, l'articolata opera di riforma ha inteso assicurare l'adeguamento del quadro giuridico in materia alle mutate forme di utilizzazione in ambiente digitale⁸⁷.

In tale occasione si è rilevata l'esigenza di aprire maggiormente agli utenti l'accesso alle opere *online* in tutta l'Unione europea e di armonizzare i diversi regimi nazionali.

In ragione del ruolo sempre più importante assunto dai prestatori di servizi della società dell'informazione, è emersa la necessità di chiarire le norme applicabili alle attività che si svolgono *online*, di creare un sistema efficace ed equilibrato, che permetta di intervenire contro le violazioni, nonché di incoraggiare la creazione dei contenuti attraverso l'introduzione di misure a salvaguardia di un'equa remunerazione dei titolari dei diritti.

⁸⁵ “Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. Strategia per il mercato unico digitale in Europa” COM (2015) 192 final. La Commissione europea, nella sua Strategia, ha posto l'accento su molteplici aspetti, che riguardano in primo luogo, i profili dell'”accesso” alla rete. Per approfondimenti in relazione alla tutela del consumatore nel nuovo contesto digitale, con particolare riguardo all'evoluzione del diritto dell'Unione in materia vedi, in generale, C. SCHEPISI, *Comunicazione, nuove tecnologie e tutela dei consumatori. L'evoluzione del diritto dell'Unione europea*, in *Mercato e Consumatori*, 2019, pp. 47 ss. Sempre sul tema del diritto dei consumatori nell'ordinamento europeo, con un particolare riguardo all'ordinamento italiano vedi, in generale, C. SCHEPISI, *Controversie transfrontaliere e progressiva estensione del foro del consumatore*, in A. GAMBINO (a cura di), *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Giappichelli, 2011.

⁸⁶ Sullo stato di avanzamento dell'armonizzazione legislativa dell'Unione in argomento, vedi G. CAGGIANO, *Il quadro normativo del Mercato unico digitale*, in F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Mercato unico digitale, dati personali e diritti fondamentali*, in *Eurojus*, suppl. 2020, p. 13 ss.

⁸⁷ Per approfondimenti sulla tutela della proprietà intellettuale in rete, vedi M.L. BIXIO e P. CASONI, *Oggetto della tutela e principali violazioni nell'ecosistema digitale*, in G. CASSANO e S. PREVITI (a cura di), *Il diritto di internet nell'era digitale*.

Ad ogni buon conto, prima di approfondire i principali obiettivi di riforma in materia – e, conseguentemente, le novità introdotte in relazione all'utilizzo di contenuti protetti dal diritto d'autore da parte di servizi *online* – pare essenziale soffermarsi, brevemente, su quanto riportato dalla Commissione europea nella sua Strategia, con riferimento al ruolo delle piattaforme *online* e al quadro normativo vigente.

In relazione all'attività svolta da tali soggetti, la Commissione ha avuto modo di constatare che “(...) alcune piattaforme sono in grado di controllare l'accesso ai mercati *online* e di influire pesantemente sulla remunerazione dei diversi operatori del mercato. Questo stato di cose suscita preoccupazione per il potere sempre maggiore che alcune piattaforme esercitano sul mercato, non da ultimo in termini di opacità sul modo in cui usano le informazioni che acquisiscono, di forte potere contrattuale rispetto a quello dei clienti, che si riflette talvolta nel tenore delle clausole (soprattutto per le PMI), di promozione dei loro propri servizi a scapito dei concorrenti e di politiche di prezzo non trasparenti o limitazioni sui prezzi e le condizioni di vendita. Alcune piattaforme *online* sono ormai assunte al rango di operatori concorrenti in molti comparti dell'economia e l'uso che fanno del loro potere di mercato pone vari interrogativi sui quali è utile un'analisi più approfondita che vada oltre l'applicazione del diritto della concorrenza in casi specifici”. Tali considerazioni assumono certamente particolare rilievo nell'ambito del diritto della concorrenza, in relazione alla posizione rivestita sul mercato da taluni operatori e al suo eventuale abuso⁸⁸.

⁸⁸ Si veda, a tal proposito, l'analisi effettuata nel prosieguo. Per approfondimenti, in via generale, sull'emergere dei mercati dell'innovazione e per un'analisi critica dell'*enforcement antitrust* dinanzi ai comportamenti escludenti posti in essere in diversi scenari, tra i quali figurano motori di ricerca e piattaforme *online*, vedi M. MAGGIOLINO, *Concorrenza e piattaforme: tra tradizione e novità*, in G.

In merito, va sottolineato, nuovamente, che il principio sul quale si è fondato lo sviluppo di internet in Europa è quello, affermato dalla Direttiva 2000/31/CE – cd. Direttiva sul commercio elettronico, per cui i prestatori di servizi *online* non sono responsabili dei contenuti trasmessi o memorizzati, purché mantengano al riguardo un comportamento rigorosamente passivo⁸⁹.

Gli stessi sono poi tenuti ad intervenire in maniera efficace per rimuovere i contenuti illeciti individuati.

La Commissione ha chiarito, inoltre, che la disattivazione dell'accesso a tali contenuti o la rimozione degli stessi da parte dei prestatori di servizi di *hosting* può rivelarsi un processo lungo e complicato e generare il rischio di rimozione erronea anche di contenuti che sono invece legalmente diffusi⁹⁰.

COLANGELO e V. FALCE (a cura di) *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, il Mulino, 2017. In generale, sul tema dei rapporti tra proprietà intellettuale e antitrust UE, vedi V. CAPUANO, *Abuso di posizione dominante e proprietà intellettuale nel diritto dell'Unione Europea*, in *Studi e documenti diritto int. e comunit.*, Editoriale scientifica 2012.

⁸⁹ Per un'analisi approfondita delle norme di cui alla citata direttiva si rimanda all'indagine effettuata nel primo capitolo della presente trattazione. Per approfondimenti ulteriori, v. M. LEISTNER, *Structural aspects of secondary (provider) liability in Europe*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2014, Vol. 9, n. 1.

⁹⁰ Vedi paragrafo 3.3.2 della “*Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. Strategia per il mercato unico digitale in Europa*” COM (2015) 192 final. In via più generale, come si è già evidenziato nel primo capitolo, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha frequentemente ribadito l'importanza dell'efficacia delle misure e ciò sin dalla sentenza resa nella causa C-324/09 - L'Oréal SA e altri c. eBay International AG e altri, come anche nella causa C-70/10 – *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), Belgian Entertainment As-sociation Video ASBL (BEA Video), Belgian Entertainment Association Music ASBL (BEA Mu-sic), Internet Service Provider Association ASBL (ISPA)* e nella causa C-360/10 – *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV*. È opportuno ricordare che una valutazione sull'efficacia dei provvedimenti inibitori deve svolgersi congiuntamente ad un giudizio di proporzionalità tra i diversi interessi coinvolti e ad un loro possibile bilanciamento, così come si evince dalla sentenza resa nella causa C-314/12 – *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih*

È quindi fondamentale che i sistemi per la rimozione dei contenuti illegali dai servizi di *hosting*, una volta individuati, siano efficaci e trasparenti, dal momento che “non è sempre facile tracciare il limite dell'intervento che gli intermediari possono operare sui contenuti che trasmettono, conservano o ospitano, oltre il quale perdono il beneficio dell'esenzione dalla responsabilità prevista dalla direttiva sul commercio elettronico”.

GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH. Vedi punti 46 e 47: “La Corte ha già statuito che, quando diversi diritti fondamentali sono in contrasto fra loro, gli Stati membri sono tenuti, in occasione della trasposizione di una direttiva, a fondarsi su un'interpretazione di quest'ultima tale da garantire un giusto equilibrio tra i diritti fondamentali applicabili tutelati dall'ordinamento giuridico dell'Unione. Inoltre, in sede di attuazione delle misure di trasposizione di detta direttiva, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme a tale direttiva, ma anche provvedere a non fondarsi su un'interpretazione di essa che entri in conflitto con i suddetti diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto dell'Unione, come il principio di proporzionalità (v., in tal senso, sentenza del 29 gennaio 2008, *Promusicae*, C-275/06, Racc. pag. I-271, punto 68). Nella presente fattispecie, va rilevato che un'ingiunzione, quale quella controversa nel procedimento principale, adottata sulla base dell'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29, oppone segnatamente, in primo luogo, i diritti d'autore e i diritti connessi che rientrano nel diritto della proprietà intellettuale e sono pertanto tutelati in forza dell'articolo 17, paragrafo 2, della Carta, in secondo luogo, la libertà d'impresa di cui godono gli operatori economici, quali i fornitori di accesso ad Internet, in forza dell'articolo 16 della Carta, nonché, in terzo luogo, la libertà d'informazione degli utenti di Internet, la cui tutela è garantita dall'articolo 11 della Carta”. Pertanto: “I diritti fondamentali riconosciuti dal diritto dell'Unione devono essere interpretati nel senso che non ostano a che sia vietato, con un'ingiunzione pronunciata da un giudice, a un fornitore di accesso ad Internet di concedere ai suoi abbonati l'accesso ad un sito Internet che metta in rete materiali protetti senza il consenso dei titolari dei diritti (qualora tale ingiunzione non specifichi quali misure tale fornitore d'accesso deve adottare e quest'ultimo possa evitare sanzioni per la violazione di tale ingiunzione dimostrando di avere adottato tutte le misure ragionevoli) a condizione tuttavia che, da un lato, le misure adottate non privino inutilmente gli utenti di Internet della possibilità di accedere in modo lecito alle informazioni disponibili e, dall'altro, che tali misure abbiano l'effetto di impedire o, almeno, di rendere difficilmente realizzabili le consultazioni non autorizzate dei materiali protetti e di scoraggiare seriamente gli utenti di Internet che ricorrono ai servizi del destinatario di questa stessa ingiunzione dal consultare tali materiali messi a loro disposizione in violazione del diritto di proprietà intellettuale, circostanza che spetta alle autorità e ai giudici nazionali verificare”.

A tal proposito, la Commissione ha aggiunto di voler effettuare questa valutazione tenendo debitamente conto delle conseguenze per il diritto fondamentale alla libertà di espressione e di informazione – sotto forma, ad esempio, di procedure rigorose di rimozione dei contenuti illeciti e, pertanto, avendo cura di non incidere, come si diceva poc’anzi, anche sui contenuti leciti – e ragionando sull’opportunità di imporre agli intermediari di esercitare una maggiore responsabilità e diligenza nella gestione delle reti e dei sistemi.

Centrale è, come si vedrà in relazione alle norme definitivamente approvate, il riferimento al dovere di diligenza⁹¹.

Nonostante tali importanti asserzioni facessero ipotizzare l’intenzione di intervenire direttamente sul regime di responsabilità previsto dalla Direttiva sul commercio elettronico, ciò non si è verificato.

Nel maggio del 2016, la Commissione ha adottato una nuova Comunicazione con specifico riferimento a “*Le piattaforme online e il mercato unico digitale*”⁹², presentando la propria posizione sulle opportunità di innovazione e sulle sfide normative poste dal ruolo sempre più rilevante di tali soggetti.

⁹¹ Si veda a tal proposito l’analisi effettuata nell’ambito del successivo capitolo. Inoltre con riferimento alla direttiva 2019/790/UE si rimanda al comma 4 dell’art. 17 nonché ai considerando 65, 66 e 7,1 laddove quest’ultimo, in particolare, prevede che “dopo la data di entrata in vigore della presente direttiva, la Commissione, in collaborazione con gli Stati membri, dovrebbe organizzare dialoghi tra i portatori di interessi nell’ottica di assicurare un’applicazione uniforme dell’obbligo di cooperazione tra i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online e i titolari dei diritti e stabilire le migliori prassi rispetto agli standard di diligenza professionale di settore. A tal fine la Commissione dovrebbe consultare i rispettivi portatori di interessi, tra cui le organizzazioni di utenti e i fornitori di tecnologie, e tenere conto dell’evoluzione del mercato. Le organizzazioni di utenti dovrebbero altresì avere accesso alle informazioni sulle azioni intraprese dai prestatori di servizi di condivisione di contenuti online ai fini della gestione dei contenuti online”.

⁹² “*Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l’Europa*” COM (2016) 288 final.

In questa sede, è stata innanzitutto evidenziata la centralità delle piattaforme *online* nell'economia digitale ed è emerso come tali soggetti abbiano cambiato considerevolmente la stessa negli ultimi anni, offrendo molti vantaggi alla società digitale contemporanea, svolgendo “un ruolo di spicco nella creazione di “valore digitale” a sostegno della crescita economica futura dell'Unione europea” e rivestendo, pertanto, un'enorme importanza per il funzionamento efficace del mercato digitale⁹³.

La Commissione ha affermato, pertanto, che l'attuale regime di responsabilità relativo agli *internet service providers*, definito dalla Direttiva 2000/31/CE, è stato concepito in un'epoca in cui le piattaforme *online* non presentavano le caratteristiche e la portata che hanno oggi “ma ha creato un ambiente normativo tecnologicamente neutro che ha sensibilmente agevolato il loro sviluppo. Ciò è in parte dovuto, per determinati tipi di piattaforme *online*, all'armonizzazione dell'esonero dalla responsabilità relativa ai contenuti e alle attività illegali su cui non hanno controllo e di cui non sono consapevoli”.

Per tali ragioni e, forse, contrariamente alle aspettative, è emerso che “benché siano state espresse diverse preoccupazioni su aspetti attinenti alla responsabilità (...), i principi previsti dalla direttiva sul commercio elettronico godono di ampio sostegno. Considerando tale contesto, la Commissione manterrà un regime di responsabilità equilibrato e prevedibile per le piattaforme *online*. Ciò è fondamentale per lo sviluppo futuro dell'economia digitale nell'UE e per sbloccare gli investimenti a favore degli ecosistemi di piattaforme. (...).”

⁹³ Per interessanti spunti sulla tematica relativa all'inquadramento delle nuove piattaforme *online*, vedi anche L. AMMANNATI, *Verso un diritto delle piattaforme digitali?*, in *Federalismi.it*, 2019/7, p. 3 ss.

Alla luce di quanto riportato, risulta chiaro che, nonostante la Commissione sostenesse che la disciplina vigente sul commercio elettronico è stata concepita quando le piattaforme *online* non avevano le caratteristiche e la portata attuale, ha deciso, tuttavia, di confermare l'esenzione di responsabilità e non intervenire direttamente sulla Direttiva 2000/31/CE.

In quest'ottica, si è deciso di mantenere le attuali disposizioni sulla responsabilità degli intermediari di cui all'atto citato, adottando al contempo un approccio alla regolamentazione di tipo settoriale e basato sui differenti problemi.

E pertanto: esonero da responsabilità dei prestatori di servizi *online*, mitigato da un approccio settoriale.

È sulla base di tali presupposti che sono state introdotte le proposte della Commissione europea, quali: (i) la proposta di aggiornamento della Direttiva sui servizi di media audiovisivi⁹⁴, laddove le piattaforme per la condivisione di video, c.d. *Video sharing platforms* sono tenute ad attuare misure per tutelare i minori dai contenuti nocivi e proteggere chiunque dall'incitamento all'odio⁹⁵; (ii) le proposte in materia di diritto

⁹⁴ Si tratta della “Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 2010/13/UE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato” COM (2016) 287, oggi Direttiva 2018/1808/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 recante modifica della direttiva 2010/13/UE (Relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato).

⁹⁵ Per approfondimenti sul tema relativo alle nuove norme sulle piattaforme per la condivisione di video, vedi G.B. ABBAMONTE, *Le nuove norme sulle piattaforme internet*, in G.B. ABBAMONTE, E. APA, O. POLLICINO (a cura di), *La riforma del mercato audiovisivo europeo*, Giappichelli editore, 2019, p. 71 ss.; G. DE SANCTIS, *La revisione della direttiva servizi media audiovisivi – le nuove norme sulle video-sharing platforms*, in G.B. ABBAMONTE, E. APA, O. POLLICINO (a

d'autore, finalizzate a garantire una ripartizione più equa del valore generato dalla distribuzione in rete dei contenuti protetti dal diritto d'autore da parte delle piattaforme *online*⁹⁶.

2. *Principali obiettivi di riforma in materia di diritto d'autore e connessi.*

Come si è visto, attraverso la Strategia per il “Mercato unico digitale”, la Commissione europea ha delineato una serie di iniziative evidenziando, in via generale, l'esigenza di migliorare il coordinamento

cura di), *La riforma del mercato audiovisivo europeo*, Giappichelli editore, 2019, p. 83 ss.

⁹⁶ Il riferimento è, in particolare alle seguenti proposte di riforma: “*Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*” COM (2016) 593 final, e oggetto del presente lavoro, in relazione, in particolare, all'articolo 13, poi articolo 17 nel testo definitivamente approvato nel 2019; una proposta di regolamento, settoriale, rivolto a talune trasmissioni *online* degli organismi di diffusione radiotelevisiva e ritrasmissioni di programmi televisivi e radiofonici: “*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 final. Si associano ad esse altre due proposte per gli utilizzi di opere protette a beneficio delle persone non vedenti, con disabilità visive o con altre difficoltà nella lettura di testi a stampa. Si tratta, in particolare, della “*Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativa allo scambio transfrontaliero tra l'Unione e i paesi terzi di copie in formato accessibile di determinate opere e altro materiale protetto da diritto d'autore e da diritti connessi, a beneficio delle persone non vedenti, con disabilità visive o con altre difficoltà nella lettura di testi a stampa*” COM (2016) 595 final; e della “*Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a taluni utilizzi consentiti delle opere e di altro materiale protetto da diritto d'autore e da diritti connessi a beneficio delle persone non vedenti, con disabilità visive o con altre difficoltà nella lettura di testi a stampa, e che modifica la direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione*” COM (2016) 596 final. Per ulteriori approfondimenti, vedi G. DE SANCTIS, *Le nuove proposte di riforma della Commissione europea in materia di copyright. Analisi dei profili più rilevanti in relazione alle tematiche d'interesse dell'AGCom*, GIUSTAMM - Rivista di diritto amministrativo, marzo 2017.

tra la tutela delle opere protette e il libero accesso alla conoscenza, promuovendo la circolazione della cultura e aumentando i contenuti disponibili *online*, uno dei propulsori principali della crescita dell'economia digitale⁹⁷.

Con l'obiettivo di introdurre una disciplina moderna e più europea del diritto d'autore, attraverso la Comunicazione "*Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore*"⁹⁸, pubblicata nel dicembre del 2015, sono state individuate specifiche azioni, inserite poi nelle riforme presentate⁹⁹.

In particolare, la proposta di direttiva in materia di diritto d'autore nel mercato unico digitale¹⁰⁰, che all'articolo 13 detta le norme riguardanti l'utilizzo di contenuti protetti da parte di servizi *online*, rappresenta il nucleo centrale del pacchetto di riforme presentato dalla Commissione in materia ed è coerente con il percorso generale effettuato nella

⁹⁷ Come evidenziato la Commissione europea, "un quadro normativo sul diritto d'autore che offra un alto livello di protezione è alla base della competitività globale delle industrie creative europee. Tra il 2008 e il 2010 le principali industrie attive nella creazione e nella produzione di opere protette dal diritto d'autore hanno rappresentato il 3,2% dell'occupazione totale e generato il 4,2% del PIL nell'UE (studio effettuato dall'Ufficio europeo dei brevetti e dall'Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno dal titolo "Settori a forte intensità di diritti di proprietà intellettuale: contributo ai risultati economici e all'occupazione nell'UE", settembre 2013)". Si veda, al riguardo, l'atto della Commissione disponibile al seguente link <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/IT/1-2015-626-IT-F1-1.PDF>.

⁹⁸ "*Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore*" COM (2015) 626 final.

⁹⁹ Vedi per un commento sulle proposte di riforma in generale, G. DE SANCTIS, *Le nuove proposte di riforma della Commissione europea in materia di copyright. Analisi dei profili più rilevanti in relazione alle tematiche d'interesse dell'AGCom*, GIUSTAMM - Rivista di diritto amministrativo, cit.

¹⁰⁰ Come si è detto, il riferimento è alla "*Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*" COM (2016) 593 final.

Strategia per il “Mercato unico digitale”, nel quale è data priorità ai provvedimenti che facilitano la circolazione di opere e servizi¹⁰¹.

A tale specifico proposito, va segnalato che la fruibilità *online* dei contenuti coperti dal diritto d’autore ha fatto emergere un potenziale conflitto tra l’impostazione tradizionale del diritto d’autore – caratterizzata da una tutela frammentata a livello nazionale – e le potenzialità offerte dalla tecnologia di accedere agevolmente alle opere, a prescindere dai confini nazionali.

In tale ambito, il legislatore europeo, trovandosi di fronte a interessi divergenti – quello degli utenti di accedere facilmente a tutti i contenuti *online* e l’interesse dei diversi soggetti coinvolti nella catena del valore a evitare rigidità che potrebbero generare elevati costi¹⁰² – si è adoperato per una più ampia disponibilità di servizi di contenuti *online* “senza frontiere” al fine di offrire agli utenti più scelta e varietà¹⁰³.

¹⁰¹ Il riferimento è, in particolare alle seguenti proposte di riforma: “*Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 2010/13/UE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell’evoluzione delle realtà del mercato*” COM (2016) 287 – (cd. *proposta di direttiva SMAV*); “*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 final (– cd. *proposta di regolamento Sat-cab*); “*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 (– cd. *proposta di regolamento portabilità*), nonché al *Regolamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 che stabilisce misure riguardanti l’accesso a un’Internet aperta e che modifica la direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il regolamento (UE) n. 531/2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all’interno dell’Unione*.

¹⁰² Il riferimento è, ad esempio, all’obbligo di concedere licenze paneuropee.

¹⁰³ Cfr. COM (2015) 626 final. Vedi per approfondimenti legati al tema dei consumatori, C. SCHEPISI, *Comunicazione, nuove tecnologie e tutela dei consumatori. L’evoluzione del diritto dell’Unione europea*, in *Mercato e Consumatori*, cit.

In relazione al bilanciamento dei diversi interessi coinvolti, cui si è fatto cenno, è evidente che ampliare al massimo le possibilità per gli utenti di fruire legalmente dei contenuti *online* rappresenta un interesse anche dei titolari dei diritti e dei distributori di contenuti¹⁰⁴.

Ancora, rispetto alla frammentazione delle norme in materia di diritto d'autore nell'Unione, particolarmente evidente per il regime delle eccezioni che riguardano l'accesso al sapere all'istruzione e alla ricerca, il legislatore si è adoperato per garantire che il quadro normativo in materia fosse efficace nell'era digitale e a livello transfrontaliero¹⁰⁵.

Ad ogni buon conto e per quanto rilevante ai fini della presente trattazione, nei successivi paragrafi, saranno approfonditi gli elementi innovativi rientranti nel principale obiettivo di riforma, nonché quello che ha destato maggiore interesse da parte della dottrina¹⁰⁶: garantire il

¹⁰⁴ Con riferimento agli strumenti politici necessari per raggiungere tali obiettivi si veda anche il sostegno fornito dall'Unione europea attraverso il programma "Europa creativa" disponibile all'indirizzo <http://www.europacreativa-media.it/europa-creativa>.

¹⁰⁵ Vedi, i lavori del Max Planck Institute, laddove, in tema di eccezioni sono stati forniti importanti spunti: R. HILTY, H. RICHTER, *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules Part B Exceptions and Limitations* (Articolo 3 – Text and Data Mining) (January 14, 2017), Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 17-02: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2900110; V. FALCE, *Direttiva copyright. Molte strade per recepire limiti ed eccezioni*, *IlSole24Ore*, 20 giugno 2019.

¹⁰⁶ Per interessanti spunti di riflessione sul testo dell'articolo 13 proposto dalla Commissione europea, v. R.M. HILTY, A. BAUER, *Part G- Use of Protected Content on Online Platforms (Article 13 COM(2016) 593 final) [Version 1.1]*, in R.M. HILTY, V.MOSCON, *Modernisation of the EU Copyright Rules – Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition*, 2017, pp. 99-112; M. SENFTLEBEN, C. ANGELOPOULOS, G. FROSIO, V. MOSCON, M. PEGUERA, O. ROGNSTAD, *The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform*, in *European Intellectual Property Review*, Vol. 40, Issue 3, 2018. Invece, per una ricostruzione della genesi ed evoluzione del citato articolo 13 e per approfondimenti in merito al testo definitivo (articolo 17 della Direttiva 2019/170/UE) v. C. ANGELOPOULOS, J. P. QUINTAIS, *Fixing Copyright Reform: A Better Solution to Online Infringement*, in *JIPITEC – Journal of*

buon funzionamento del mercato per il diritto d'autore e ciò con particolare riguardo all'utilizzo, da parte delle piattaforme di condivisione, dei contenuti *online*¹⁰⁷.

È essenziale ricordare che la riforma mira alla tutela della diffusione di opere protette dal diritto d'autore come evento incidentale – cd. *User generated content*¹⁰⁸ – e non come contrasto alla pirateria digitale intesa

Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, disponibile al seguente indirizzo: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-10-2-2019/4913>.

¹⁰⁷ Si ribadisce che l'attenzione sarà posta sulle norme in materia di "Utilizzi specifici di contenuti protetti da parte di servizi online", laddove invece non saranno approfondite le disposizioni relative ai "Diritti sulle pubblicazioni". A tal proposito si precisa brevemente che le relative norme sono quelle di cui all'articolo 15, della Direttiva 2019/790/UE, il quale mira a offrire agli editori di testate giornalistiche un maggiore controllo, preservando al contempo la possibilità per chiunque di scoprire, accedere e condividere informazioni *online*. In tal senso, sono garantiti agli editori i diritti previsti dall'articolo 2 e dall'articolo 3, comma 2, della Direttiva 2001/29/CE, che possono esercitare liberamente in relazione agli usi *online* da parte dei prestatori di servizi della società dell'informazione. Ciò va a semplificare il rispetto dei loro diritti ed elimina la necessità di dimostrare la cosiddetta "catena dei diritti d'autore". Sul tema, vedi G. M. RUOTOLO, *Scritti di diritto internazionale ed europeo dei dati*, Cacucci editore, 2021, p. 189 ss. Si veda anche, per un commento generale sul testo proposto dalla Commissione, L. BENTLY, V. FALCE, *Sul diritto d'autore dalla Ue soluzioni ancora controverse*, *IlSole24Ore*, 2 ottobre 2017, accessibile anche all'indirizzo di posta elettronica <https://www.ilsole24ore.com/art/sul-diritto-d-autore-ue-soluzioni-ancora-controverse--AEOPhacC> e V. FALCE, *La direttiva UE sul copyright si ispira all'Italia*, *IlSole24Ore* 18 dicembre 2017, accessibile all'indirizzo <https://argomenti.ilsole24ore.com/valeria-falce.html>.

¹⁰⁸ Vedi, in via generale, S. HETCHER, *User-Generated Content and the Future of Copyright: Part One-Investiture of Ownership*, in *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law* (J. Ent. & Tech.), 10, 2007-2008. Ancora, più specificamente, sul fenomeno vedi, D. GERVAIS, *The Tangled Web of UGC: Making Copyright Sense of User-Generated Content*, *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, 11, 2008-2009, disponibile al seguente indirizzo internet

<https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1719&context=faculty-publications>. Per ulteriori approfondimenti vedi K. ERICKSON - M. KRETSCHMER, "This Video is Unavailable": *Analyzing Copyright Takedown of User-Generated Content on YouTube*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 9, 2018; Inoltre, per un approfondimento delle problematiche relative, più specificamente, alla regolazione dei cd. *user-adapted content* nella proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale si veda A.G. MONTELEONE, *Le piattaforme come strumenti di creazione di contenuti. L'incerta regolazione degli useradapted content nella proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*, in *Media laws Rivista di diritto dei media* n. 1/2019.

come attività univoca di un sito internet e di cui alla direttiva 2004/48/CE – cd. Direttiva *Enforcement*.

In tal senso, si introducono nuovi strumenti finalizzati a riequilibrare il mercato per compensare il cd. *Value gap*, riconoscendo quindi, per la prima volta, il tema derivante dalla diffusione delle opere *online* e che riguarda la differenza, in termini di ricavi, tra quanto percepito dall'industria culturale e quanto generato dallo sfruttamento dei contenuti da parte delle piattaforme digitali¹⁰⁹.

3. Il tema del *Value gap*.

Una condizione preliminare per il buon funzionamento del mercato per il diritto d'autore è, senza dubbio, la possibilità che i titolari dei diritti concedano licenze e ricevano compensi per l'uso dei loro contenuti, inclusi quelli distribuiti *online*.

Per comprendere ciò che ha spinto il legislatore europeo a introdurre nuovi strumenti finalizzati a riequilibrare il mercato, al fine di garantire un'equa remunerazione dei soggetti coinvolti, è essenziale approfondire la spinosa questione del cd. *Value gap*¹¹⁰.

¹⁰⁹ Tra gli studi che hanno trattato le criticità della filiera creativa e messo in luce l'emergere il delicato e allarmante fenomeno del cd. *Value gap*, si veda, l'Indagine Italia creativa, Ernest Young, 2016, disponibile qui: http://www.italiacreativa.eu/wpcontent/uploads/2017/01/Italiacreativa_SecondaEdizione.pdf, ed inoltre, lo *Studio Roland Berger Strategy Consultants* del 2015, commissionato dalla *Gesac, Groupment Européen des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs* sul ruolo degli intermediari *online*, disponibile qui: https://www.rolandberger.com/gallery/pdf/Report_for_GESAC_Online_Intermediaries_2015_Nov_Eur.pdf. Qui emerge come almeno un 27% dei ricavi che i contenuti e culturali generano per gli intermediari del web non restituisce alcun ritorno economico agli autori di tali contenuti.

¹¹⁰ Per un'analisi puntuale della tematica, vedi P. KEMPTON, M. TRAVOSTINO, *IAEL 2018 Finding the Value in the Gap*, p. 118 e ss., International Association of Entertainment Lawyers, 2018.

Il fenomeno descrive la crescente disparità retributiva nella ripartizione dei compensi tra quello che i *digital content intermediaries* – come, ad esempio, Youtube, Dailymotion, LinkedIn, Facebook, Dropbox, Instagram – generano dall’utilizzo dei contenuti e i ricavi che tornano a coloro che lavorano per la creazione degli stessi¹¹¹.

La descritta disparità riguarda, pertanto, i ricavi generati da tali *players* e le *royalties* pagate per lo sfruttamento dei contenuti.

Si è molto discusso sulla questione per cui, in ragione del notevole sviluppo dei servizi digitali che forniscono l’accesso a contenuti protetti dal diritto d’autore caricati dai loro utilizzatori, senza il coinvolgimento dei titolari dei diritti, la posizione dei titolari in fase di negoziazione andrebbe rafforzata, affinché gli stessi possano percepire un’adeguata remunerazione per lo sfruttamento *online* dei loro contenuti sulle piattaforme per la condivisione¹¹².

A tal proposito, è stato rilevato, infatti, come i servizi *upload* di *streaming video* comprendano la più ampia *audience* di servizi musicale – stimata intorno ai 900 milioni di utenti – e ciò beneficiando dell’applicazione del citato *Safe Harbor*, di cui alla Direttiva sul commercio elettronico.

¹¹¹ Per approfondimenti, vedi K. ERICKSON - M. KRETSCHMER, “*This Video is Unavailable*”: *Analyzing Copyright Takedown of User-Generated Content on YouTube*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, cit.

¹¹² Vedi, a tal proposito, il comma 1, articolo 13 e il considerando 37 della proposta di direttiva sul diritto d’autore nel mercato unico digitale, COM (2016) 593 final, nonché per quel che concerne il testo definitivamente approvato e il tema del cd. *Value gap*: C. ANGELOPOULOS, J. P. QUINTAIS, *Fixing Copyright Reform: A Better Solution to Online Infringement*, in JIPITEC – *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, cit. “The newly-adopted Directive on Copyright in the Digital Single Market (DSMD) will fundamentally reshape EU copyright law. Among its most controversial offerings is Article 17, the so-called “value gap” provision, aimed at solving the alleged mismatch between the value that online content-sharing platforms extract from creative content and the revenue returned to the copyright-holders”.

Ad esempio, i ricavi determinati per gli aventi diritto attraverso i servizi descritti, nel 2016, hanno raggiunto i 553 milioni di dollari. In contrasto, una ben minore base di 212 milioni di utenti per i servizi *on demand* di audio *streaming*, che hanno negoziato le licenze su termini corretti, contribuiscono per oltre 3.9 miliardi di dollari¹¹³.

Si è mostrata, pertanto, una crescente preoccupazione in merito alla capacità dell'attuale quadro normativo europeo in materia "di garantire un'equa ripartizione del valore generato da alcune delle nuove forme di distribuzione dei contenuti, soprattutto quando i titolari dei diritti non possono fissare le condizioni per la concessione delle licenze né possono negoziare su base equa con i potenziali utenti. Questo stato di cose, oltre a essere incompatibile con l'ambizione del mercato unico digitale di offrire opportunità a tutti e di riconoscere il valore dei contenuti e degli investimenti che questi implicano, indica l'esistenza di disparità di condizioni per i diversi operatori presenti sul mercato impegnati in forme di distribuzione equivalenti"¹¹⁴.

Diversi sembrano essere i motivi che concorrono a generare questa condizione, tra i quali emerge, come si diceva poc'anzi, il potere di mercato relativo alle parti coinvolte.

Tali servizi possono ritenere di non essere implicati in attività connesse al diritto d'autore o considerare le loro attività di ordine meramente passivo, tecnico e automatico: la qual cosa gli consente di beneficiare

¹¹³ La fonte è la FIMI – Federazione industriale musicale italiana, *Il valore del mercato musicale globale sfiora i 16 miliardi di dollari nel 2016*, <https://www.fimi.it/blog/il-valore-del-mercato-musicale-globale-sfiora-i-16-miliardi-dollari-nel-2016.kl>. "La Commissione europea ha identificato il Value Gap come una distorsione del mercato che necessita di un intervento normativo (...) È evidente che solo con la rimozione delle disparità di trattamento tra piattaforme che forniscono di fatto lo stesso contenuto con modelli di business assimilabili potrà segnare la definitiva ripresa di un mercato sostenibile.

¹¹⁴ <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/IT/1-2015-626-IT-F1-1.PDF>.

dell'esenzione di responsabilità¹¹⁵. E, come noto, in virtù del “principio della neutralità”, gli *internet service provider* sono esentati da responsabilità sia diretta che indiretta per le violazioni del diritto d'autore e connessi perpetrate sui loro servizi¹¹⁶.

È proprio su questo aspetto che si vuol concentrare l'attenzione e quindi sulla discussione emersa in merito alla portata di tale esenzione e alla sua applicazione alle attività e ai ruoli dei nuovi operatori presenti sul mercato in crescente evoluzione.

La questione riguarda, pertanto, la riflessione rispetto al fatto che le attività svolte dai servizi vadano oltre la semplice prestazione dei servizi di *hosting* o di *mere conduit*¹¹⁷.

Ulteriore aspetto del problema attiene poi alle incertezze sulla corretta definizione, nel diritto dell'Unione europea, dei concetti di “comunicazione al pubblico” e “messa a disposizione del pubblico”, che disciplinano l'uso dei contenuti protetti dal diritto d'autore nel mondo digitale.

Tali dubbi, oltre a generare incertezza nel mercato, mettono in discussione le capacità di trasferire nel mondo *online* il principio fondamentale del diritto d'autore, in base al quale lo sfruttamento deve essere autorizzato e soggetto a remunerazione¹¹⁸.

¹¹⁵ Come noto, la citata esenzione è prevista dalla Direttiva sul commercio elettronico. Si veda, a tal proposito, il capitolo I, relativamente alla ricostruzione effettuata sul tema dalla giurisprudenza europea e italiana.

¹¹⁶ Per approfondimenti ulteriori e interessanti spunti di riflessione v. M. LEISTNER, *Structural aspects of secondary (provider) liability in Europe*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, cit.

¹¹⁷ Si veda sempre l'analisi effettuata capitolo I sulla ricostruzione del quadro normativo sul commercio elettronico in tema di responsabilità dei prestatori di servizi della società dell'informazione.

¹¹⁸ A tal proposito, vedi M. SENFTLEBEN, C. ANGELOPOULOS, G. FROSIO, V. MOSCON, M. PEGUERA, O. ROGNSTAD, *The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform*, in *European Intellectual Property Review*, Vol. 40, Issue 3, cit.

Pertanto, la puntuale definizione di tali concetti determina quali azioni *online* sono da considerare un atto di comunicazione al pubblico, per cui è richiesta l'autorizzazione da parte dei titolari di diritti e a quali condizioni.

Su tale delicata questione la Corte di giustizia dell'Unione europea è stata più volte invitata a pronunciarsi in via pregiudiziale ¹¹⁹.

¹¹⁹ Per un'analisi delle questioni attinenti al diritto di comunicazione di opere al pubblico, compreso il diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti, si rimanda all'analisi effettuata nel capitolo I della presente trattazione. Ad ogni modo, si ricorda, in questa sede, che l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE prevede che "Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente". Pertanto, qualsiasi comunicazione di un'opera al pubblico deve essere autorizzata dal titolare del diritto d'autore. Da tale disposizione risulta quindi che la nozione di comunicazione al pubblico consta di due elementi cumulativi, vale a dire "un atto di comunicazione" di un'opera e la comunicazione di quest'ultima a un "pubblico". In tal senso, si veda la sentenza del 7 marzo 2013 – in causa C-607/11 – *ITV Broadcasting Ltd, ITV 2 Ltd, ITV Digital Channels Ltd, Channel 4 Television Corporation, 4 Ventures Ltd, Channel 5 Broadcasting Ltd, ITV Studios Ltd c. TVCatchup Ltd* (punti 21 e 31), cit. nonché la pronuncia del 13 febbraio 2014 – in causa C-466/12 – *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd c. Retriever Sverige AB* (punti 15-16), cit. Dal ventitreesimo 'considerando' della direttiva 2001/29/CE risulta, inoltre, che la nozione di "comunicazione al pubblico" dev'essere intesa in senso ampio. Una tale interpretazione risulta indispensabile per raggiungere l'obiettivo principale della direttiva stesa, il quale, come risulta dal nono e decimo 'considerando', è quello di introdurre un livello elevato di protezione a favore, tra l'altro, degli autori, consentendo a questi ultimi di ottenere un adeguato compenso per l'utilizzo delle loro opere, in particolare in occasione di una comunicazione al pubblico. Si veda, ancora, il punto 36 della pronuncia del 7 dicembre 2006 – in causa C-306/05 - *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)*, cit. Come risulta dall'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, perché vi sia "atto di comunicazione" è sufficiente, in particolare, che l'opera sia messa a disposizione del pubblico in modo che coloro che compongono tale pubblico possano avervi accesso, senza che sia determinante che utilizzino o meno tale possibilità (vedi la sentenza del 7 dicembre 2006, cit. e il punto 43 e punto 19 della pronuncia del 13 febbraio 2014, cit.). Con riferimento alla definizione di mezzo tecnico, poi, dato che una messa a disposizione delle opere tramite la ritrasmissione su internet di una radiodiffusione televisiva terrestre è effettuata mediante uno specifico mezzo tecnico, che è diverso da quello della comunicazione originale, essa va considerata una "comunicazione" ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/UE. Di conseguenza, una siffatta ritrasmissione è soggetta all'autorizzazione degli autori delle opere ritrasmesse quando queste ultime sono comunicate al pubblico (punto 26 della pronuncia del 7 marzo 2013 cit.). Per quanto

Alla luce di quanto riportato, si comprendono le ragioni che hanno spinto l'organo istituzionalmente deputato all'iniziativa legislativa nell'Unione Europea a proporre elementi di riforma su tali questioni.

Pertanto, le novità introdotte puntano alla tutela della diffusione di opere protette dal diritto d'autore come evento incidentale (il riferimento è, in particolare, all'articolo 13 della proposta di Direttiva sul diritto d'autore e ai relativi considerando, poi divenuto articolo 17 nell'atto definitivamente approvato), laddove l'obiettivo centrale è fare in modo che gli operatori che partecipano alla creazione del valore, generato dalle nuove forme di distribuzione *online* delle opere protette,

riguarda il fatto che l'opera protetta deve essere effettivamente comunicata ad un "pubblico" e quindi il secondo degli elementi sopra riportati, dall'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE discende che, con "pubblico", tale disposizione si riferisce ad un numero indeterminato di destinatari potenziali e comprende, peraltro, un numero di persone piuttosto considerevole (pronuncia citata del 7 dicembre 2006 – in causa C-306/05, punti 37 e 38, nonché pronuncia citata del 7 marzo 2013 – in causa C-607/11, punto 32. Si veda anche il punto 21 della pronuncia del 13 febbraio 2014 cit.). Ciò premesso, come risulta da costante giurisprudenza dell'Unione europea, per ricadere nella nozione di "comunicazione al pubblico", ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE, occorre che una comunicazione, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, riguardante le stesse opere della comunicazione iniziale ed effettuata in internet come la comunicazione iniziale, quindi con le stesse modalità tecniche, sia rivolta ad un pubblico nuovo, cioè ad un pubblico che i titolari del diritto d'autore non abbiano considerato, al momento in cui abbiano autorizzato la comunicazione iniziale al pubblico (vedi punti 40 e 42 della citata sentenza del 7 dicembre 2006, ordinanza del 18 marzo 2010, *Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon*, C-136/09, punto 38, nonché punto 39 della citata sentenza 7 marzo 2013; punto 24 della pronuncia del 13 febbraio 2014, cit. e anche punti 14 e ss. della pronuncia del 21 ottobre 2014, in causa C-348/13 – *BestWater International GmbH c. Michael Mebes, Stefan Potsch*). Come si è detto, si veda, sul tema, anche la recente sentenza della Corte di giustizia, del 19 dicembre 2019, in causa C-263/18 *Nederlands Uitgeversverbond e Groep Algemene Uitgevers contro Tom Kabinet Internet BV e a.*, che fornisce importanti spunti di riflessione. In particolare, la Corte ha interpretato la nozione di comunicazione al pubblico in senso lato e ha evidenziato che, nel definire la comunicazione di un'opera al pubblico, si deve tener conto non solo del numero di persone che possono avere accesso contemporaneamente alla medesima opera, ma altresì di quante tra di loro possano avervi accesso in successione, alla luce delle modalità di diffusione delle opere che, sulla rete internet, sono potenzialmente accessibili a una serie indefinita di utenti.

abbiano piena consapevolezza dei propri diritti, contribuendo così a un'equa ripartizione di tale valore e a un'adeguata remunerazione per gli utilizzi *online* dei contenuti protetti.

Tuttavia, come si vedrà nel prosieguo, da un'analisi dettagliata degli atti citati, emerge che il legislatore, pur riconoscendo il tema del *Value gap* non va a chiarire in maniera puntuale chi sopporta i costi per lo sviluppo, da parte delle piattaforme *online*, di programmi e metodologie per l'identificazione dei contenuti non autorizzati.

4. Nuove norme sull'utilizzo di contenuti protetti.

Come anticipato, di seguito si procederà ad un'analisi delle proposte di riforma della Commissione europea, esclusivamente per la parte oggetto della presente trattazione, evitando un approfondimento generale della proposta di Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale¹²⁰.

¹²⁰ Ai fini del presente lavoro e per completezza espositiva, si ritiene doveroso comunque contestualizzare le disposizioni d'interesse nell'ambito della proposta di direttiva in commento. In via generale, si evidenzia che l'atto normativo contiene disposizioni che specificano l'oggetto e il campo di applicazione e offre definizioni che dovranno essere interpretate in maniera uniforme all'interno dell'unione europea. Sono poi dettate misure per adattare le limitazioni e le eccezioni al contesto digitale e transfrontaliero, laddove emergono particolari disposizioni che obbligano tutti gli Stati membri a prevedere eccezioni obbligatorie o limitazioni che consentano l'uso del *text mining* e del *data mining* nel campo della ricerca scientifica, l'uso di materiali per esporre l'insegnamento e una nuova eccezione che consente agli istituti di tutela del patrimonio culturale di copiare in qualsiasi formato le opere presenti nelle loro raccolte, a fini conservativi. Inoltre, emergono soluzioni volte a semplificare le pratiche di concessione delle licenze dei diritti da parte delle istituzioni che gestiscono il patrimonio culturale e a garantire un più ampio accesso ai contenuti. In tale ambito si inseriscono le disposizioni in materia di accesso e disponibilità di opere audiovisive su piattaforme di video su richiesta, laddove è imposto agli Stati membri di istituire una procedura di negoziazione "amministrata", facoltativa, al fine di favorire l'accordo tra le parti contrattuali in materia di licenze relative a diritti d'autore e connessi su opere audiovisive nei confronti delle

Saranno trattate, pertanto, le principali questioni relative all'articolo 13, in materia di "Utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi della società dell'informazione che memorizzano e danno

piattaforme di condivisione *online*. Risulta evidente come la negoziazione tra questi soggetti sia piuttosto complicata, trattandosi di entità portatrici di interessi diametralmente opposti, quali l'esclusività da un lato e la massima diffusione dall'altro. È interessante la previsione per cui tale negoziazione debba essere svolta davanti e con l'assistenza di un "impartial body". L'espressione porterebbe a ritenere che il legislatore europeo non abbia pensato semplicemente ad un ente pubblico, bensì ad un'Autorità amministrativa indipendente e che abbia maggiore dimestichezza anche nella definizione delle tariffe *ad hoc*. In tal senso, vedi G. DE SANCTIS, *Le nuove proposte di riforma della Commissione europea in materia di copyright. Analisi dei profili più rilevanti in relazione alle tematiche d'interesse dell'AGCom*, GIUSTAMM - Rivista di diritto amministrativo, cit. In relazione poi alle "Misure miranti a garantire il buon funzionamento del mercato per il diritto d'autore" emergono, in primo luogo norme in materia di "Protezione delle pubblicazioni di carattere giornalistico in caso di utilizzo digitale", che estendono i diritti di riproduzione e messa a disposizione *online* previsti agli articoli 2 e 3, paragrafo 2, di cui alla direttiva 2001/29/CE – e le disposizioni in materia di limitazioni e misure tecnologiche *ex artt.* 5-8 della medesima direttiva – agli editori; ancora norme relative alle "Richieste di equo compenso", che estendono anche agli editori il diritto ad ottenere una parte del compenso per copia privata nelle ipotesi previste all'art. 5.2 *lett. a)* e *lett. b)* direttiva 2001/29/CE. Secondo la Commissione l'introduzione di questo nuovo diritto connesso è giustificata dalla necessità di favorire il "passaggio dalla stampa al digitale" e a "recuperare gli investimenti effettuati", quindi nell'ottica di favorire l'evoluzione tecnologica e di sostenere con nuovi introiti gli editori delle opere a stampa. Parte della dottrina italiana è stata da subito contraria all'immissione di detto nuovo diritto: <http://www.dimt.it/index.php/it/notizie/15414-76will-the-draft-directive-on-copyright-in-the-digital-single-market-resist-the-temptation-to-introduce-a-new-neighbouring-right-to-publishers>. Le ragioni sono le seguenti: l'introduzione di tale diritto connesso dovrebbe tenere conto e non impedire la libera manifestazione del pensiero ed il diritto di accedere alle informazioni sancito dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In altro modo, si è pensato all'introduzione di un diritto a compenso per le utilizzazioni *online*, a favore degli editori, sul modello di quello previsto per la copia privata *ex art.* 5.2 *lett. b)* della direttiva 2001/29/CE. Ciò prevedendo un cd. "dominio pubblico pagante", laddove il titolare dei diritti non può autorizzare l'impiego dell'opera, ma ha diritto ad un compenso per l'utilizzazione, da potersi calcolare anche in via forfettaria. Così potrebbero essere assicurate alcune risorse all'industria della stampa, senza aumentare i costi di transazione, quali, ad es., quelli relativi all'identificazione dei titolari dei diritti ed all'ottenimento del consenso da parte di ciascuno di essi. Si inserisce qui, l'articolo 13, oggetto di analisi del presente paragrafo, relativo all'utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi della società dell'informazione che memorizzano e danno accesso a grandi quantità di opere e altri materiali caricati dagli utenti, seguito da disposizioni che riguardano l'equa remunerazione di autori e artisti (interpreti o esecutori) a livello contrattuale.

accesso a grandi quantità di opere e altri materiali caricati dagli utenti” e i relativi considerando¹²¹.

Lo studio dell’articolo citato si ritiene indispensabile, non solo in quanto propedeutico al più esaustivo approfondimento delle disposizioni definitivamente approvate con la direttiva 2019/790/UE – che sarà effettuato nel successivo capitolo – ma anche perché già presenta innumerevoli spunti di riflessione.

La norma riguarda il ruolo delle piattaforme *online* nel contrasto alla violazione del diritto d’autore e connessi ed è inserita nel Capo 2 dell’atto, sugli “*Utilizzi specifici di contenuti protetti da parte di servizi online*”, le cui disposizioni si riferiscono all’utilizzo di contenuti protetti dal diritto d’autore da parte dei fornitori di servizi della società dell’informazione, che conservano e danno accesso al pubblico alle opere o altri contenuti protetti caricati dai propri utilizzatori.

Preliminarmente, pare opportuno sottolineare il riconoscimento, da parte della Commissione europea, della tematica relativa al cd. “Value gap”, come sopra descritta, ossia la disparità retributiva nella ripartizione dei compensi dovuta all’inquadramento legale di piattaforme di *media sharing* – come, ad esempio, Youtube – che porta tali soggetti a negoziare unilateralmente con i titolari del diritto d’autore le percentuali sulle quote di *revenue share*¹²².

¹²¹ Vedi R.M. HILTY, A. BAUER, *Part G- Use of Protected Content on Online Platforms (Article 13 COM(2016) 593 final) [Version 1.1]*, in R.M. HILTY, V.MOSCON (a cura di), *Modernisation of the EU Copyright Rules – Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition*, cit.; M. SENFTLEBEN, C. ANGELOPOULOS, G. FROSIO, V. MOSCON, M. PEGUERA, O. ROGNSTAD, *The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform*, in *European Intellectual Property Review*, cit.

¹²² Per approfondimenti sul problema del cd. *Value gap*, vedi P. KEMPTON, M. TRAVOSTINO, *IAEL 2018 Finding the Value in the Gap*, cit.

Occorre evidenziare che, in ragione del notevole sviluppo dei servizi digitali che forniscono l'accesso a contenuti protetti dal diritto d'autore caricati dai loro utilizzatori senza il coinvolgimento dei titolari dei diritti, la *ratio* della disposizione è quella di rafforzare la posizione dei titolari stessi in fase di negoziazione, affinché possano percepire un'adeguata remunerazione per lo sfruttamento *online* dei loro contenuti sulle piattaforme per la condivisione¹²³.

L'attenzione va posta, innanzitutto, sul primo comma dell'articolo, laddove è previsto che le piattaforme di condivisione di contenuti *online* – “[i]nformation society service providers that store and provide to the public access to large amounts of works or other subject-matter uploaded by their users” – adottino, in collaborazione con i titolari dei diritti, misure finalizzate a garantire il corretto funzionamento di accordi di licenza conclusi tra le piattaforme e i titolari stessi “for the use of their works or other subject-matter or to prevent the availability on their services of works or other subject-matter”. Le citate misure come, ad esempio, tecnologie efficaci volte all'individuazione automatica dei contenuti identificati precedentemente dai titolari stessi, è previsto che siano adeguate e proporzionate.

È stabilito inoltre, che i fornitori di servizi che conservano e danno accesso al pubblico alle opere o altri contenuti protetti dal diritto d'autore caricati dai propri utilizzatori diano ai titolari dei diritti adeguate informazioni sul funzionamento e l'implementazione delle tecnologie sopracitate nonché “when relevant, adequate reporting on the recognition and use of the works and other subject-matter”.

¹²³ Cfr. comma 1, art. 13 e considerando 37 della proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, COM (2016) 593 final.

Alla luce di quanto riportato, si ritiene opportuno evidenziare alcuni aspetti di particolare interesse.

Al fine di non generare confusione, sembra indispensabile l'introduzione di una definizione di "piattaforma di condivisione di contenuti".

Già nell'ambito delle definizioni di cui all'articolo 2 della proposta manca, infatti, un riferimento ai "prestatori di servizi della società dell'informazione che memorizzano e danno pubblico accesso a grandi quantità di opere o altro materiale caricati dagli utenti" di cui all'articolo 13 in commento¹²⁴.

Tale specifica, pur non potendo riguardare esclusivamente le piattaforme di condivisione di video – in considerazione del fatto che l'articolo 13 parla di "[i]nformation society service providers that store and provide to the public access to large amounts of works or other subject-matter uploaded by their users" – avrebbe potuto comunque ricalcare in parte la definizione di "*servizio di piattaforma per la condivisione di video*", di cui alla proposta di direttiva sui servizi di media audiovisivi (cd. proposta di direttiva SMAV)¹²⁵.

¹²⁴ Come si vedrà nel prosieguo, la definizione di "prestatore di servizi di condivisione di contenuti online" inteso come "un prestatore di servizi della società dell'informazione il cui scopo principale o uno dei principali scopi è quello di memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti, che il servizio organizza e promuove a scopo di lucro" è stata poi inserita all'art. 2, comma 1, n. 6) della Direttiva 2019/790/UE.

¹²⁵ Ai sensi della "*Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 2010/13/UE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato*" COM (2016) 287, il "servizio di piattaforma per la condivisione di video" è "un servizio, quale definito agli articoli 56 e 57 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che risponde ai seguenti requisiti: i) il servizio consiste nella memorizzazione di un numero importante di programmi o di video generati dagli utenti, per i quali il fornitore della piattaforma per la condivisione di video non ha responsabilità editoriale; ii) l'organizzazione del

Ancora, dalla lettura dell'articolo in questione, unitamente al considerando 38 della proposta, si rileva quanto segue.

Il considerando citato specifica che, qualora le piattaforme di condivisione di contenuti, al di là della mera fornitura di attrezzature fisiche, eseguano un atto di comunicazione al pubblico, sono obbligate a concludere accordi di licenza con i titolari dei diritti, a meno che non siano esenti da responsabilità, ai sensi dell'art. 14 della Direttiva 2000/31/CE.

Al riguardo, preme evidenziare che la proposta della Commissione, pur non intervenendo sulla Direttiva sul commercio elettronico – e facendo

contenuto memorizzato è determinata dal fornitore del servizio, anche con mezzi automatici o algoritmi, in particolare mediante “hosting”, visualizzazione, attribuzione di tag e sequenziamento; iii) l'obiettivo principale del servizio o di una sezione distinguibile di esso è la fornitura di programmi e video generati dagli utenti per il grande pubblico, al fine di informare, intrattenere o istruire; iv) il servizio è messo a disposizione mediante reti di comunicazioni elettroniche ai sensi dell'articolo 2, lettera a), della direttiva 2002/21/CE”. In tal senso, vedi anche G. DE SANCTIS, *Le nuove proposte di riforma della Commissione europea in materia di copyright. Analisi dei profili più rilevanti in relazione alle tematiche d'interesse dell'AGCom*, in *GIUSTAMM - Rivista di diritto amministrativo*, cit. Trattandosi di piattaforme che offrono servizi equivalenti sarebbe stata auspicabile una proposta di definizioni il più possibile uniformi. Occorre a questo punto notare come la nuova definizione di “servizio di piattaforma per la condivisione di video” di cui alla Direttiva 2018/1808/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 recante modifica della direttiva 2010/13/UE (*Relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato)*) inquadri lo stesso come “un servizio quale definito agli articoli 56 e 57 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ove l'obiettivo principale del servizio stesso, di una sua sezione distinguibile o di una sua funzionalità essenziale sia la fornitura di programmi, video generati dagli utenti o entrambi per il grande pubblico, per i quali il fornitore della piattaforma per la condivisione di video non ha responsabilità editoriale, al fine di informare, intrattenere o istruire attraverso reti di comunicazioni elettroniche ai sensi dell'articolo 2, lettera a), della direttiva 2002/21/CE e la cui organizzazione è determinata dal fornitore della piattaforma per la condivisione di video, anche con mezzi automatici o algoritmi, in particolare mediante visualizzazione, attribuzione di tag e sequenziamento”. Per un'analisi dettagliata della definizione in parola, vedi G. DE SANCTIS, *La revisione della direttiva servizi media audiovisivi – le nuove norme sulle video-sharing platforms*, in G.B. ABBAMONTE, E. APA, O. POLLICINO (a cura di), *La riforma del mercato audiovisivo europeo*, cit.

riferimento, nel suo articolo 13, esclusivamente a soggetti “that store and provide to the public access to large amounts of works or other subject-matter uploaded by their users” – evidenzia, nel considerando in commento, l’importanza di verificare se il fornitore di servizi svolga o meno un ruolo attivo “including by optimising the presentation of the uploaded works or subject-matter or promoting them, irrespective of the nature of the means used therefor”.

Il medesimo considerando aggiunge poi che, allo scopo di garantire il funzionamento di qualsiasi accordo di licenza, i fornitori di servizi hanno l’obbligo di adottare “tecnologie efficaci”, anche nel caso in cui siano esenti da responsabilità, ai sensi dell’articolo 14 della Direttiva 2000/31/CE.

A tal proposito, al fine di fornire maggiore chiarezza, la Commissione avrebbe potuto valutare l’opportunità di inserire, nel *dictum* dell’articolo 13, quanto evidenziato nel considerando 38 della proposta, soprattutto in relazione al fatto che l’obbligo di adottare tecnologie efficaci incombe anche sui fornitori di servizi che rientrano nell’esenzione di responsabilità, ai sensi del sopracitato articolo 14 della direttiva europea.

Ulteriore profilo di interesse si segnala in relazione ai dubbi emersi, da un lato, sul significato di “dati necessari” e, dall’altro, su quali soggetti andrà a ricadere il costo delle tecnologie da implementare¹²⁶.

Ed infatti, al fine di garantire il funzionamento di tali tecnologie, quali ad esempio quelle per il riconoscimento automatico dei contenuti¹²⁷, di

¹²⁶ Si veda il considerando 39 della proposta di direttiva sul diritto d’autore nel mercato unico digitale, COM (2016) 593 final.

¹²⁷ Per un più completo approfondimento sul tema: S. M. ABD EL-WAHED, A. ELFATATRY, M. S. ABOUGABAL, *Detection of Plagiarism in Database Schemas Using Structural Fingerprints*, atti della ACS International Conference on Computer Systems and Applications (AICCSA), cit.; M. J. DEEPA, R. KARUPATHAL, A. KUMAR, *Copyright protection using digital watermarking*, in *International Journal*

fondamentale importanza è il concetto di collaborazione attiva tra le parti interessate: piattaforme da un lato e titolari dei diritti dall'altro.

Tale concetto è meglio evidenziato nel considerando 39 della proposta. Si legge infatti che, in presenza di un accordo tra le parti e in virtù di tale collaborazione, in primo luogo, i titolari dei diritti forniscano i “dati necessari” per consentire ai fornitori di servizi di identificare i loro contenuti; in secondo luogo, i servizi siano trasparenti nei confronti dei titolari dei diritti per quanto riguarda le tecnologie impiegate, il modo in cui sono gestite e il loro tasso di successo per il riconoscimento di contenuti dei titolari dei diritti, anche al fine di consentire una eventuale valutazione sulla loro adeguatezza.

Si evidenzia che il riferimento ai “dati necessari” – che i titolari dei diritti sono tenuti a fornire in presenza di un accordo – emerge esclusivamente dalla lettura del considerando in trattazione, mentre sembra mancare nel testo della norma, in cui l'unica specifica, a tal proposito, è la previsione per cui le opere o altri contenuti protetti sono “(...) identificati dai titolari dei diritti mediante la collaborazione con gli stessi prestatori”.

Ad ogni buon conto, pare evidente che, ai sensi della proposta di direttiva, le tecnologie da adottare dovrebbero consentire ai titolari dei diritti di ottenere informazioni da parte dei prestatori di servizi della società dell'informazione, con riferimento all'uso dei loro contenuti protetti da precedenti accordi di licenza. Tuttavia, non è chiarito su quali soggetti ricade il costo per lo sviluppo, da parte dei prestatori, di

of Computer Applications, cit.; C. OBIMBO, B. SALAMI, *Using digital watermarking for copyright protection*, in *Intechopen*, cit.

programmi e metodologie per l'identificazione dei contenuti non autorizzati¹²⁸.

Come si vedrà, le questioni da ultimo rappresentate diventano centrali nell'ambito della tutela della diffusione di opere protette dal diritto d'autore come evento incidentale, che il legislatore si prefigge di garantire.

5. Alcune riflessioni sulla portata protezionistica degli elementi innovativi proposti.

Da una lettura complessiva del testo proposto dalla Commissione europea emerge, senz'altro, l'intento di favorire un più maturo bilanciamento tra i diritti fondamentali in gioco.

Il riferimento è sia ai nuovi meccanismi di negoziazione, volti ad agevolare la conclusione di accordi di licenza per lo sfruttamento dei contenuti protetti dal diritto d'autore sulle piattaforme *online*, sia agli strumenti atti a riequilibrare il mercato, compensando il cd. *Value gap*. L'indagine effettuata sulla portata protezionistica degli elementi innovativi proposti porta ad affermare che la stessa sia, da un lato, bilanciata dall'introduzione di nuove eccezioni obbligatorie nei settori di istruzione, ricerca e conservazione del patrimonio culturale – che consentono, per determinate finalità, l'uso di opere protette senza l'autorizzazione dei titolari dei diritti – dall'altro, attenuata dal fatto che

¹²⁸ Vedi, G. DE SANCTIS, *Le nuove proposte di riforma della Commissione europea in materia di copyright. Analisi dei profili più rilevanti in relazione alle tematiche d'interesse dell'AGCom*", GIUSTAMM - Rivista di diritto amministrativo, marzo 2017.

alcune previsioni, volte alla tutela del diritto d'autore, risultano comunque poco chiare, determinando diversi dubbi interpretativi.

Tale ultima circostanza riguarda, in particolare, il tema centrale dell'atto, ossia il ruolo delle piattaforme *online*, anche per quel che concerne l'eventuale conflitto delle relative disposizioni con i diritti fondamentali dell'Unione europea.

In primo luogo, pur non intervenendo sulla Direttiva 2000/31/CE – cd. Direttiva sul commercio elettronico, le norme in parola vogliono “responsabilizzare” l'*internet service provider* ogni volta che svolge un ruolo “attivo”.

Si intende, infatti, rafforzare la posizione dei titolari dei diritti, affinché possano percepire un'adeguata remunerazione per lo sfruttamento *online* dei loro contenuti sulle piattaforme per la condivisione.

Come si è avuto modo di rilevare, è previsto che i servizi *online* adottino, in collaborazione con i titolari dei diritti, misure appropriate e proporzionate come, ad esempio, tecnologie efficaci volte all'individuazione automatica dei contenuti identificati precedentemente dai titolari stessi¹²⁹.

¹²⁹ Pare opportuno, a tal proposito, evidenziare alcuni aspetti rilevanti della “*Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. Lotta ai contenuti illeciti online, Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online*” COM (2017) 555 final. In questa sede infatti, la Commissione, dopo aver proposto, nel 2016, le riforme in materia di diritto d'autore (COM (2016) 593) nonché in materia di servizi di media audiovisivi (COM (2016) 287), che intervengono sul tema della responsabilità delle piattaforme *online* per i contenuti caricati dagli utenti, aggiunge alcune importanti considerazioni, sulla base del fatto che le novità tecnologiche, che facilitano l'individuazione automatica e la rimozione immediata dei contenuti illeciti hanno sollecitato l'idea della necessità che i gestori delle piattaforme *online* — considerato anche il “ruolo centrale” da essi ricoperto “nella società” — assumano maggiori responsabilità. In particolare, si rileva come le piattaforme *online*, ad oggi, “dispongono solitamente dei mezzi tecnici per identificare e rimuovere tali contenuti. Ciò è tanto più importante perché le piattaforme *online* hanno effettuato investimenti massicci al fine di sviluppare tecnologie elaborate volte a raccogliere proattivamente informazioni riguardanti i

Al riguardo, sembra molto rilevante il concetto di collaborazione attiva tra le parti interessate ed è chiaro, inoltre, il riferimento alle tecniche di filtro e monitoraggio dei contenuti¹³⁰.

Aspetto degno di nota riguarda, pertanto, la scarsa chiarezza in merito alla definizione e alla portata degli obblighi che si intendono introdurre. Ciò facendo riferimento alla necessità di un raccordo tra i doveri dei *providers* – come, ad esempio, la stipula di accordi di licenza con i detentori dei diritti, la rimozione dalla piattaforma dei contenuti che

contenuti diffusi sulle loro infrastrutture e il comportamento degli utenti”. Inoltre, “visto il volume di materiale gestito dalle piattaforme online in veste di intermediario, nonché il progresso tecnologico nell'elaborazione di informazioni e nell'intelligenza artificiale, l'uso di tecnologie di individuazione e filtraggio automatico sta diventando uno strumento ancora più importante nella lotta contro i contenuti illegali online. Attualmente molte grandi piattaforme utilizzano qualche forma di algoritmo di abbinamento basata su una serie di tecnologie, dal semplice filtraggio dei metadati fino all'indirizzamento calcolato e alla marcatura (fingerprinting) dei contenuti e “nel settore del diritto d'autore, per esempio, il riconoscimento automatico dei contenuti si dimostra uno strumento efficace da diversi anni”. Inoltre, “gli strumenti tecnologici possono essere usati con un maggiore livello di affidabilità per marcare e filtrare (rimozione permanente) i contenuti che sono già stati identificati e valutati come illegali”, mediante riconoscimento automatico dei contenuti e procedure automatiche di rimozione permanente e quindi volte a prevenire la ricomparsa di contenuti illegali *online*.

¹³⁰ Si vedano, a tal riguardo, le pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 24 novembre 2011 – in causa C-70/10 – *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), Belgian Entertainment Association Video ASBL (BEA Video), Belgian Entertainment Association Music ASBL (BEA Music), Internet Service Provider Association ASBL (ISPA)* e del 16 febbraio 2012 – in causa C-360/10 – *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV*. In particolare, come si vedrà anche nel prosieguo, le direttive 2000/31/CE, 2001/29/CE, 2004/48/CE, 95/46/CE e 2002/58/CE lette in combinato disposto e tenendo presenti i diritti fondamentali applicabili debbono essere interpretate nel senso che ostano ad un'ingiunzione ad un fornitore di accesso di internet di predisporre un sistema di filtraggio (i) di tutte le comunicazioni elettroniche che transitano per i suoi servizi (in particolare mediante programmi peer to peer), che si applichi indistintamente a tutta la sua clientela, a titolo preventivo, a sue spese esclusive, e senza limiti di tempo; e (ii) che sia idonea ad identificare nella rete di tale fornitore la circolazione di file contenenti un'opera rispetto alla quale chi chieda l'ingiunzione affermi di vantare diritti d'autore che sarebbero altrimenti pregiudicati. È riportato, in particolare il dispositivo della citata pronuncia citata cd. *Scarlet* (relativamente ai fornitori di servizi di *mere conduit*); la pronuncia citata del 16 febbraio 2012 – in causa C-360/10, invece, pone un divieto analogo con riguardo al fornitore di servizi di *hosting*.

violano il diritto d'autore, l'obbligo di utilizzare tecnologie efficaci per il riconoscimento dei contenuti – e il sistema entro il quale, ad oggi, si collocano le responsabilità degli *internet service providers*, di cui si è parlato ampiamente nell'ambito del primo capitolo.

Ed infatti, il considerando 38 fa riferimento alle nozioni di “comunicazione al pubblico” e di “esenzione di responsabilità”, di cui all'articolo 14 della Direttiva sul commercio elettronico (la cosiddetta clausola del “Safe Harbor”, di cui solo i *providers* che rientrano nell'ambito di applicazione di detto articolo possono beneficiare).

Tuttavia, non essendoci nell'articolato espliciti riferimenti a tali nozioni, è importante indagare sull'orientamento che il citato considerando vuol dare alla relazione tra l'articolo 13 proposto, la nozione di “comunicazione al pubblico” e la Direttiva sul commercio elettronico.

E infatti, qualificare le azioni svolte dagli *internet service providers*, che rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 13, come “atti di comunicazione al pubblico” significherebbe privare quei fornitori del vantaggio dell'esenzione di responsabilità prevista dalla Direttiva sul commercio elettronico¹³¹.

¹³¹ Come si vedrà nel successivo capitolo il legislatore europeo ha introdotto l'esplicito riferimento a tali nozioni all'art.17 della direttiva 2019/790/UE. In particolare, il comma 1, prevede che “*Member States shall provide that an online content-sharing service provider performs an act of communication to the public or an act of making available to the public for the purposes of this Directive when it gives the public access to copyright-protected works or other protected subject matter uploaded by its users*”. E così anche il considerando 64 “*It is appropriate to clarify in this Directive that online content-sharing service providers perform an act of communication to the public or of making available to the public when they give the public access to copyrightprotected works or other protected subject matter uploaded by their users. Consequently, online content-sharing service providers should obtain an authorisation, including via a licensing agreement, from the relevant rightholders. This does not affect the concept of communication to the public or of making available to the public elsewhere under Union law, nor does it affect the possible application of Article 3(1) and (2) of Directive 2001/29/EC to other service providers using copyright-protected content*” e il considerando 69 “(...)

5.1 Profili problematici della proposta di direttiva dal punto di vista dei diritti fondamentali.

In attesa di approfondire l'orientamento del legislatore europeo e analizzare le scelte compiute con l'approvazione della Direttiva 2019/790/UE, pare opportuno effettuare alcune riflessioni in merito alle proposte di riforma e al loro eventuale contrasto con i diritti fondamentali dell'Unione europea.

In primo luogo, la possibilità di utilizzare meccanismi – quali le tecnologie di riconoscimento dei contenuti o sistemi di filtraggio – solleva il problema della compatibilità dell'uso di tali dispositivi con l'articolo 8 sulla “Protezione dei dati di carattere personale”¹³², l'articolo 11 sulla “Libertà di espressione e d'informazione”¹³³ e

Where rightholders have explicitly authorised users to upload and make available works or other subject matter on an online content-sharing service, the act of communication to the public of the service provider is authorised within the scope of the authorisation granted by the rightholder. However, there should be no presumption in favour of online content-sharing service providers that their users have cleared all relevant rights (...)”.

¹³² Vedi O. POLLICINO e M. BASSINI, *Commento all'articolo 8, Protezione dei dati di carattere personale*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit. Giuffrè, Milano, 2017, p. 134 – 165. Per approfondimenti sulle norme rilevanti a tutela dei dati personali nell'Unione europea nonché sulla recente giurisprudenza della Corte di giustizia al riguardo, vedi V. CAPUANO, *La protezione dei dati ed il progetto di procedimento amministrativo europeo*, in *Federalismi.it*, febbraio 2017. Vedi anche G. CAGGIANO, *La Corte di giustizia consolida il ruolo costituzionale nella materia dei dati personali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018.

¹³³ Vedi R. MASTROIANNI E G. STROZZI, *Commento all'art. 11 Libertà di espressione e di informazione*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, cit.

l'articolo 16 sulla "Libertà d'impresa"¹³⁴, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹³⁵.

Più precisamente, occorre riflettere sull'eventuale contrasto tra quanto previsto dall'articolo 13 della proposta di Direttiva, sia rispetto ai diritti degli *internet service provider* (e quindi con riferimento all'articolo 16 della Carta), sia in relazione agli utenti dei loro servizi (articoli 8 e 11 della Carta).

Da un lato, emergerebbe un onere sul *provider* durante l'esercizio della sua attività economica e, dall'altro, limiti alla libertà di espressione e di informazione degli utenti, impedendo loro di beneficiare della possibilità di caricare o godere di contenuti protetti.

Ancora, rispetto al diritto degli utenti alla protezione dei dati personali, le preoccupazioni sorgono nella misura in cui meccanismi come le tecnologie di riconoscimento dei contenuti potrebbero portare alla loro identificazione.

Quanto evidenziato emerge, in particolare, dall'approfondimento della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia¹³⁶, la quale ha rilevato

¹³⁴ Vedi C. MALBERTI, *Commento all'articolo 16, Libertà d'impresa*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 310 – 328.

¹³⁵ R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri*, in L. S. ROSSI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali*, cit.

¹³⁶ Il riferimento è alla pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 24 novembre 2011 – in causa C-70/10 – *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), Belgian Entertainment Association Video ASBL (BEA Video), Belgian Entertainment Association Music ASBL (BEA Music), Internet Service Provider Association ASBL (ISPA)* e alla pronuncia del 16 febbraio 2012 – in causa C-360/10 – *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV*. In particolare, la Corte di Giustizia si è pronunciata sulla compatibilità con il diritto dell'unione europea dell'adozione obbligatoria di un sistema di *filtering* a protezione dei contenuti tutelati dal diritto d'autore. Questa decisione ha fatto due importanti affermazioni a tal proposito: (i) ha sostenuto che la tutela del diritto fondamentale di proprietà, di

cui fanno parte i diritti di proprietà intellettuale, deve essere bilanciata con quella degli altri diritti fondamentali (nella specie la libertà d'impresa, il diritto alla tutela dei dati personali e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni); (ii) questo bilanciamento tra tutela dei diritti IP e interessi antagonisti comporta, nel caso concreto sottoposto alla Corte, che le direttive europee in materia di diritto d'autore, lette in combinato disposto e tenendo presenti i diritti fondamentali applicabili, debbono essere interpretate nel senso che ostano ad un'ingiunzione ad un fornitore di accesso di *internet* di predisporre un sistema di filtraggio 1) di tutte le comunicazioni elettroniche che transitano per i suoi servizi, che si applichi indistintamente a tutta la sua clientela, a titolo preventivo, a sue spese esclusive, e senza limiti di tempo e 2) che sia idoneo ad identificare nella rete di tale fornitore la circolazione di *file* contenenti un'opera rispetto alla quale chi chieda l'ingiunzione affermi di vantare diritti d'autore che sarebbero altrimenti pregiudicati. La Corte esclude, allora, che un fornitore di accesso a internet sia obbligato a predisporre ai sensi dell'articolo 12 della Direttiva 2000/31/CE particolari misure di *filtering* dei dati trasmessi a tutela dei titolari di diritti d'autore e basa il proprio convincimento sugli artt. 3, paragrafo 2, della direttiva 2004/48/CE e 15 della Direttiva 2000/31/CE. In primo luogo, ciò causerebbe una grave violazione della libertà d'impresa del fornitore poiché l'obbligherebbe a predisporre un sistema informatico complesso, costoso (articolo 3, paragrafo 1, direttiva 2004/48/CE), vi sarebbe poi un eventuale conflitto con il principio di proporzionalità (infatti l'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2004/48/CE, afferma che tali misure devono essere effettive, proporzionate e dissuasive). Ancora, l'attribuzione di questo obbligo di attivarsi (*facere*) in capo agli ISP non sarebbe coerente con l'articolo 15 Direttiva 2000/31/CE che afferma invece l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza e di controllo. Infine, l'impiego di così ampie misure di filtraggio preventivo lederebbe pure il diritto all'informazione e alla libera manifestazione del pensiero dei clienti del fornitore di accesso (ex. artt. 10 e 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), anche perché tale sistema potrebbe non essere in grado di distinguere adeguatamente tra un contenuto lecito e illecito, sicché il suo impiego potrebbe produrre il risultato di bloccare comunicazioni aventi un contenuto lecito. In via generale, si aggiunge che le misure adottate dal fornitore del servizio di accesso devono rispettare la libertà di informazione degli utenti di *internet* e quindi essere rigorosamente mirate, cioè necessarie e proporzionali allo scopo di porre fine alla violazione arrecata da parte di un terzo a un diritto d'autore o connesso, senza pregiudizio degli utenti di *internet* che ricorrono ai servizi di tale fornitore al fine di accedere lecitamente alle informazioni. Diversamente una limitazione alla libertà di informazione degli utenti di *internet* non sarebbe giustificata e proporzionale rispetto all'obiettivo perseguito. Non è necessario, infine, che l'esecuzione dell'inibitoria conduca alla cessazione completa delle violazioni arrecate ai diritti esclusivi; tuttavia, le misure adottate devono essere sufficientemente efficaci per garantire una tutela effettiva del diritto fondamentale di cui si tratta, vale a dire esse devono avere l'effetto di impedire o almeno rendere difficilmente realizzabili le consultazioni non autorizzate dei materiali protetti. E ciò anche perché il diritto di proprietà intellettuale non è "intangibile" e la sua tutela non deve essere garantita in modo assoluto.

che, in particolari circostanze, l'ingiunzione di utilizzare il sistema di filtraggio non può rispettare il requisito di ottenere un equo equilibrio tra i diritti fondamentali in gioco.

Pertanto, sarebbe importante comprendere, in via generale e in relazione al principio sulla libertà d'impresa, se le misure previste possano essere considerate come diverse e meno onerose rispetto al sistema di filtraggio impostato nel contesto dei casi analizzati dalla Corte di Giustizia.

E quindi, se l'obbligo di adottare le misure è limitato solo all'oggetto identificato dai titolari dei diritti, laddove ritornerebbe essenziale il concetto di cooperazione di questi ultimi con gli *internet service providers*.

In tal caso, i prestatori non dovrebbero stabilire se un contenuto specifico viene caricato illegalmente, ma solo identificare i contenuti protetti al momento del caricamento e ciò in base ai dati di identificazione che saranno stati forniti dai titolari dei diritti.

Si cerca di comprendere poi, come si è già accennato, su quali soggetti ricadrà il costo per lo sviluppo delle metodologie per l'identificazione dei contenuti non autorizzati e in che misure i titolari dei diritti parteciperanno, dovendo produrre i dati di identificazione necessari.

Uno degli aspetti più interessanti riguarda la relazione con il diritto fondamentale alla libertà di espressione e di informazione.

In merito, si tratta di capire (i) se vi è o meno il rischio che i sistemi di filtraggio potrebbero non distinguere adeguatamente tra contenuti caricati illecitamente o meno e quindi bloccare o rimuovere, per errore, comunicazioni legali e (ii) se l'identificazione dei contenuti effettuata dai titolari dei diritti possa risolvere questo problema.

In tal senso, si potrebbe avere, forse, una diminuzione sostanziale della possibilità di bloccare un contenuto caricato lecitamente, in quanto i

titolari dei diritti stessi avranno individuato quali sono le opere protette per le quali vogliono limitare l'accesso.

L'ipotesi per la risoluzione del conflitto descritto nonché ulteriore spunto di analisi sarebbe la previsione (poi inserita nel testo definitivo) di un obbligo per i prestatori di servizi di mettere in atto meccanismi di reclamo e ricorso, al fine di consentire la contestazione di situazioni in cui l'accesso al contenuto legale è limitato a causa dell'applicazione impropria delle tecnologie di identificazione dei contenuti.

Questa pare, senza dubbio, una soluzione appropriata per consentire il raggiungimento di un giusto equilibrio tra diritti fondamentali concorrenti.

Infine, relativamente al diritto alla protezione dei dati di carattere personale, il punto centrale è comprendere se l'identificazione specifica dei singoli contenuti consente di superare il problema, non trattandosi di un obbligo di controllare altri dati relativi al contenuto caricato, come, ad esempio, l'identità o l'indirizzo IP dei singoli *uploaders*.

Come si vedrà, tutte le problematiche evidenziate hanno aperto evidentemente nuovi scenari e richiesto l'individuazione di soluzioni ancora più innovative da parte del legislatore.

CAPITOLO III

**L'articolo 17 della Direttiva 2019/790/UE: profili
critici e prospettive future.**

CAPITOLO III

L'articolo 17 della Direttiva 2019/790/UE: profili critici e prospettive future.

Sommario: 1. Introduzione. 2. Sulla “ricalibrazione” della responsabilità dei prestatori di servizi *online*. 3. Osservazioni sul nuovo sistema di protezione dei diritti dei titolari. L'autorizzazione. 3.1 Il regime speciale di responsabilità in assenza di autorizzazione tra “best efforts” e proporzionalità. 3.2 I diritti degli utenti. 4. Il ruolo della Commissione europea e lo *Stakeholder Dialogue*. 5. Una corretta interpretazione del concetto dei “best efforts”. 6. Tecnologie di identificazione dei contenuti e questioni collegate. 7. Le scelte effettuate e il rispetto dei diritti fondamentali. 8. Alcune riflessioni conclusive. 9. Prospettive future per la responsabilità delle piattaforme *online*: il *Digital Services Act*.

1. Introduzione

Per inquadrare al meglio l'analisi sui nuovi obblighi posti a carico delle piattaforme di condivisione di contenuti *online*, in materia di diritto d'autore e connessi, è stato opportuno contestualizzarla nello scenario di riforme europee del cd. “Mercato unico digitale”.

In tale ambito, la Direttiva 2019/790/UE, anche Direttiva *Copyright*, è intervenuta nel tentativo di colmare il disavanzo di valore che si genera

tra le piattaforme che veicolano contenuti culturali in rete e i soggetti che li creano¹³⁷.

La stessa è stata definitivamente approvata dal Parlamento Europeo in assemblea plenaria e dal Consiglio, rispettivamente nel mese di marzo e nel mese di aprile 2019¹³⁸ e pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il 17 maggio del 2019¹³⁹, quasi tre anni dopo l'adozione della relativa proposta da parte della Commissione europea¹⁴⁰.

Le nuove norme dovranno, pertanto, essere recepite dagli Stati membri entro giugno del 2021 e, come si vedrà, la Commissione ha un ruolo fondamentale in questo processo¹⁴¹.

¹³⁷ Il riferimento è al citato *Value gap*. Vedi M.L. BIXIO e P. CASONI, *Oggetto della tutela e principali violazioni nell'ecosistema digitale*, in G. CASSANO e S. PREVITI (a cura di), *Il diritto di internet nell'era digitale*, cit. Laddove è specificato che “anche i lavori di questa direttiva prendono spunto dagli effetti dell'avanzamento tecnologico con particolare riguardo alla disintermediazione dell'accesso alle opere tramite internet ed al conseguente impoverimento delle remunerazioni spettanti agli aventi diritto per la creazione di contenuti creativi”. Per un'approfondita analisi della tematica, vedi P. KEMPTON, M. TRAVOSTINO, *IAEL 2018 Finding the Value in the Gap*, International Association of Entertainment Lawyers, cit.

¹³⁸ Il Parlamento europeo, il 26 marzo 2019; il Consiglio il 15 aprile 2019. Si evidenzia che l'Italia, insieme a Olanda, Lussemburgo, Polonia Svezia e Finlandia, hanno votato contro l'adozione della Direttiva *Copyright*.

¹³⁹ GUCE L130 del 17 maggio 2019.

¹⁴⁰ “Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale” COM (2016) 593 final.

¹⁴¹ Per informazioni sullo stato del recepimento della direttiva nei diversi Stati membri, vedi M. LEDGER, *Transposition status of Directive on Copyright in the Digital single market*, in *Cullen international*, marzo 2021, in continuo aggiornamento. Con riferimento invece al testo attualmente all'esame dell'Aula della Camera dei deputati, per il recepimento da parte dell'Italia attraverso la “Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2019-2020” si rimanda al seguente indirizzo: <https://www.camera.it/leg18/126?pd1=2757>.

L'atto europeo contiene una serie di articolati interventi che mirano a riformare il settore del diritto d'autore rispetto al quadro normativo europeo precedente¹⁴².

L'obiettivo che ha generato maggiori controversie e che ha reso più laborioso il processo legislativo è stato, senz'altro, quello di assicurare una protezione e una remunerazione adeguata ai titolari dei diritti, al fine di garantire un riequilibrio del mercato.

Rilevanti sono state le novità introdotte a vantaggio dei creatori dei contenuti *online*, e ciò, sia rispetto alle loro controparti contrattuali¹⁴³, quanto e principalmente nei confronti dei prestatori di servizi *online*.

L'*iter* legislativo estremamente controverso, in considerazione della delicatezza degli argomenti ed interessi economici e culturali trattati, ha visto tre passaggi in plenaria al Parlamento europeo.

Si è trattato, probabilmente, di uno dei processi legislativi più complessi nella storia dell'Unione europea e, sicuramente, il più difficile della passata legislatura¹⁴⁴.

¹⁴² Il riferimento è, in particolare, alla modifica della direttiva 96/9/CE e direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001 (*Sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione* – cd. *Direttiva Infosoc*).

¹⁴³ Per un approfondimento delle principali questioni relative alla nuova disciplina del *copyright* nell'Unione europea e il bilanciamento tra diritti fondamentali e, più in generale, sui temi della regolamentazione dei dati informatici nel diritto internazionale ed europeo, vedi G. M. RUOTOLO, *Il copyright UE tra libertà di informazione, diritti fondamentali e mercato unico digitale*, in *Scritti di diritto internazionale ed europeo dei dati*, Cacucci editore, 2021, p. 179 ss.

¹⁴⁴ Così G. ABBAMONTE, "La Direttiva Copyright tra proporzionalità e best effort. I nodi da sciogliere in sede di recepimento", Webinar promosso dalla Cattedra Jean Monnet in EU Innovation Policy (<https://www.uerinnovationchair.org/>), presieduta dalla Prof. Valeria Falce, insieme a Deep-In, coordinato dal Prof. Antonio Manganelli, Roma 16 dicembre 2020. Per informazioni più dettagliate sul procedimento si rimanda al seguente indirizzo: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/HIS/?uri=CELEX:32019L0790>.

Tali circostanze potrebbero portare ad affermare che l’approvazione della direttiva sia, di per sé, anche al di là del suo contenuto, un significativo risultato in materia di tutela della creatività¹⁴⁵.

Nel merito, pur sostanziandosi in un’iniziativa certamente settoriale – che come altre (ad esempio, la Direttiva sui servizi media audiovisivi¹⁴⁶) riguarda specifiche violazioni, limitate sia per categoria che per tipologia di servizi, riducendo parzialmente il regime di operatività delle previsioni in tema di responsabilità dei prestatori di cui alla Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico – va rilevato come, per la prima volta, viene codificata l’esistenza di nuovi soggetti che operano in rete, sinora ricondotti dalla giurisprudenza alla figura degli *hosting provider* “attivi” e definiti, in tale specifico contesto, come “prestatori di servizi di condivisione di contenuti online”.

Di fatto, si tratta (insieme alle previsioni contenute nella citata Direttiva sui servizi media audiovisivi¹⁴⁷) di un primo passo per una regolazione

¹⁴⁵ Così G. LASORELLA, Presidente dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, “*Direttiva copyright: minacce e opportunità dell’articolo 17 sull’utilizzo dei contenuti creativi per la nostra industria culturale*”, Webinar organizzato dalla Luiss School of Law nell’ambito delle attività del centro di ricerca BILL., Roma 22 gennaio 2021.

¹⁴⁶ Il riferimento è alla Direttiva 2018/1808/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 recante modifica della direttiva 2010/13/UE (Relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi in considerazione dell’evoluzione delle realtà del mercato – cd. *Direttiva SMAV*). Per un commento sul tema relativo alle nuove norme sulle piattaforme per la condivisione di video, vedi G.B. ABBAMONTE, *Le nuove norme sulle piattaforme internet*, in G.B. ABBAMONTE, E. APA, O. POLLICINO (a cura di), *La riforma del mercato audiovisivo europeo*, cit. e G. DE SANCTIS, *La revisione della direttiva servizi media audiovisivi – le nuove norme sulle video-sharing platforms*, in G.B. ABBAMONTE, E. APA, O. POLLICINO (a cura di), *La riforma del mercato audiovisivo europeo*, cit.

¹⁴⁷ Con riferimento alla recente riforma del sistema audiovisivo europeo, vedi G.B. ABBAMONTE, E. APA, O. POLLICINO, *La riforma del mercato audiovisivo europeo*, Giappichelli editore, 2019. Per un esame completo della disciplina europea sui servizi media audiovisivi, R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media*

che coinvolga anche le piattaforme *online* che, come già detto, hanno acquisito un ruolo sempre più rilevante nel contesto digitale, cui corrispondono, necessariamente, maggiori responsabilità.

Tutto ciò in attesa, in prospettiva, di un più compiuto intervento normativo europeo, quale quello legato alla proposta della Commissione europea del *Digital Services Act*¹⁴⁸.

2. Sulla “ricalibrazione” della responsabilità dei prestatori di servizi online.

Si è detto che, con la proposta di Direttiva sul diritto d’autore nel mercato unico digitale¹⁴⁹, la Commissione ha riconosciuto la necessità di introdurre una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme *online*, così riducendo, per il settore specifico, il regime di operatività dell’esenzione di responsabilità di cui alla Direttiva sul commercio elettronico¹⁵⁰.

audiovisivi e la sua attuazione nell’ordinamento italiano, Giappichelli editore, Torino 2011.

¹⁴⁸ Si fa riferimento alla Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio “*relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE*” COM/2020/825 final.

¹⁴⁹ “*Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d’autore nel mercato unico digitale*” COM (2016) 593 final.

¹⁵⁰ In tal senso, l’articolo 13 dispone che i prestatori di servizi devono munirsi di “tecnologie efficaci” per il riconoscimento dei contenuti illeciti nonché dare informazioni ai titolari rispetto alla loro attivazione e funzionamento. Vedi R.M. HILTY, A. BAUER, *Part G- Use of Protected Content on Online Platforms (Article 13 COM(2016) 593 final) [Version 1.1]*, in R.M. HILTY, V.MOSCON (a cura di), *Modernisation of the EU Copyright Rules – Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition*, cit.; M. SENFTLEBEN, C. ANGELOPOULOS, G. FROSIO, V. MOSCON, M. PEGUERA, O. ROGNSTAD, *The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform*, in *European Intellectual Property Review*, cit.

Le innovative previsioni sull'utilizzo di contenuti protetti da parte dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* sono oggi contenute nell'articolo 17 della Direttiva 2019/790/UE, il quale pare raccogliere diversi e interessanti spunti, già pervenuti da più parti¹⁵¹, finalizzati a rivedere il testo così come proposto inizialmente.

L'articolo in parola è inserito nel Capo 2, sugli "Utilizzi specifici di contenuti protetti da parte di servizi online", e introduce un nuovo speciale regime di responsabilità per le piattaforme di condivisione di contenuti *online*.

Prima di procedere ad un'analisi dettagliata delle nuove disposizioni, pare indispensabile ricordare, in maniera sintetica, il percorso che ha condotto il legislatore ad intervenire sulla delicata tematica, attraverso l'articolo in parola.

Come si è avuto modo di rappresentare, la questione, riguardante il sistema della diffusione *online* di opere protette dal diritto d'autore – e che vede una disparità in termini di ricavi tra soggetti che hanno un'evidente forza contrattuale (piattaforme *online*) rispetto a soggetti posti in una situazione di strutturale asimmetria economica ed informativa (titolari dei diritti) – rischia di trasformarsi in un colossale disincentivo all'attività creativa¹⁵².

E ciò in quanto, i prestatori di servizi di *hosting* per lungo tempo si sono rifiutati di rientrare nel sistema della diffusione delle opere tutelate dal diritto d'autore sulla base di autorizzazioni, facendo appello al citato

¹⁵¹ A tal proposito, si rimanda all'analisi effettuata, nel precedente capitolo, in relazione ai profili critici dell'articolo 13 della "Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale" COM (2016) 593 final. Vedi C. ANGELOPOULOS, J. P. QUINTAIS, *Fixing Copyright Reform: A Better Solution to Online Infringement*, in JIPITEC – *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, cit.

¹⁵² L'articolo 17 della Direttiva 2019/790/UE si propone di chiudere il citato tema del *Value gap*. Al riguardo, si rimanda all'analisi effettuata nel capitolo II della presente trattazione.

Safe Harbor, in virtù del quale gli stessi non sono ritenuti responsabili per ciò che gli utenti caricano sulle loro piattaforme, nel momento in cui si attivano per la pronta rimozione dei contenuti protetti¹⁵³.

Progressivamente, però, tali soggetti si sono evoluti, non trovandosi più ad operare in una posizione di neutralità, divenendo artefici dell'organizzazione e promozione dei contenuti caricati dai loro utenti, in modo da sistematizzare tutto il considerevole bagaglio di opere caricate sulle proprie piattaforme digitali e rendere la fruizione dei contenuti più agevole.

Evidentemente, ciò che ha rilevato e rileva tutt'ora, in relazione al problema del disavanzo di valore, sono le raccolte pubblicitarie, che si aggiungono a quanto rappresentato e permettono di creare una fonte di

¹⁵³ Come si è detto, l'istituto del cosiddetto *notice and take down* prevede che il prestatore di servizi è tenuto a rimuovere i contenuti di volta in volta specificamente segnalati dal titolare dei diritti (tramite *url*). Tuttavia, alla luce della giurisprudenza europea e anche nazionale, il *notice and take down* sembra un meccanismo di *enforcement* non del tutto efficiente e adeguato, dal momento che le opere ed i materiali sono velocemente ricaricati sulle medesime piattaforme. Questa prassi, pertanto, frustra in modo sostanziale gli interessi dei titolari dei diritti, che devono ricorrere a procedure costose, lunghe e dall'esito incerto, determinanti perdita di profitto e danno di reputazione, alimentando la disparità retributiva nella ripartizione dei compensi. Come avrà modo di evidenziare nel prosieguo, maggiormente efficace appare invece il sistema di *notice and stay down*. Si veda a tal proposito come già la sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2011, C-324/09, *L'Oréal SA*, cit. ha affermato, tra l'altro, che l'art. 11, terza frase, della direttiva 2004/48/CE, deve essere interpretato nel senso di consentire l'ingiunzione "al gestore di un mercato online di adottare provvedimenti che contribuiscano non solo a far cessare le violazioni (take down) di tali diritti ad opera degli utenti [...] ma anche a prevenire nuove violazioni della stessa natura (stay down). Tali ingiunzioni devono essere efficaci, proporzionate, dissuasive e non devono creare ostacoli al commercio legittimo".

Coerentemente, secondo la giurisprudenza nazionale, il *provider* ha l'obbligo di impedire nuovi caricamenti di video in violazione del diritto d'autore già oggetto di segnalazione mediante *url* e rimossi, utilizzando tutte le proprie conoscenze e utilità informatiche, nonché tutte le proprie risorse umane e materiali. Il riferimento è, in particolare ad uno dei primi casi in materia, Tribunale di Torino, sez. specializzata impresa, 24 gennaio 2018, *Dailymotion S.A.*, di cui si è detto nel capitolo I della presente trattazione.

profitto particolarmente significativa: ed ecco l'elemento centrale della questione¹⁵⁴.

Nel contrasto tra piattaforme *online* e industria creativa si è inserita la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, ed anche nazionale, la quale ha operato un distinguo tra *hosting provider* passivo e attivo (il quale deve sottostare al sistema delle licenze previste dal diritto d'autore)¹⁵⁵.

È proprio alla luce di quanto rappresentato che si comprendono le ragioni che hanno portato il legislatore dell'Unione a intervenire sul delicato tema, attraverso una "ricalibrazione" della responsabilità di tali intermediari, forse a lungo trascurata.

Si tratta, in particolare, di un nuovo approccio regolamentare che fa leva sulla elaborazione di una specifica disciplina, la quale ruota intorno alla figura soggettiva del "prestatore di servizi di condivisione di contenuti online".

Come si vedrà nei paragrafi successivi, ai sensi delle nuove norme, quest'ultimo deve ottenere un'autorizzazione da parte dei titolari dei diritti per la diffusione dei contenuti creativi caricati dai suoi utenti, e

¹⁵⁴ Così, P. MARZANO, "Direttiva copyright: minacce e opportunità dell'articolo 17 sull'utilizzo dei contenuti creativi per la nostra industria culturale", Webinar organizzato dalla Luiss School of Law nell'ambito delle attività del centro di ricerca BILL., Roma 22 gennaio 2021. E così, tali nuovi operatori lucrano utilità, spesso calcolabili in termini di "effetto rete" e che sono, però, *copyright free*: si tratta quindi di un *value gap* che rischia di trasformarsi in un macroscopico disincentivo all'attività creativa. Alla rivoluzione tecnologica consegue quindi una frazione tra operatori e schemi tradizionali e nuovi modelli e attori; laddove, in via più generale, l'intermediazione delle transazioni *online* ha determinato sempre più una dipendenza dalle piattaforme *online*. Facendo leva sull'"effetto rete", queste estraggono valore dalla creazione di un gruppo e dalle interazioni tra i loro membri nel quadro di una fitta rete di rapporti economici e giuridici. In tal senso, vedi G. CAGGIANO, *La proposta di Digital Service Act per la regolazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto dell'Unione europea*, in *I post di AISDUE, III (2021)*, Focus "Servizi e piattaforme digitali", n. 1, 18 febbraio 2021.

¹⁵⁵ Si veda, sulla nozione di comunicazione al pubblico, l'analisi effettuata nel capitolo I della presente trattazione.

ciò in quanto, concedendo l'accesso al pubblico alle opere protette dal diritto d'autore e connessi, effettua un atto di comunicazione al pubblico¹⁵⁶.

Conseguentemente, non può più beneficiare del regime di esenzione di responsabilità di cui all'articolo 14 della Direttiva sul commercio elettronico¹⁵⁷.

Deve, inoltre, impegnarsi nei “best efforts” – nella traduzione della direttiva in lingua italiana “massimi sforzi” – per ottenere tale autorizzazione.

Nel caso in cui non sia riuscito ad ottenerla, è previsto, a beneficio del prestatore, un meccanismo di mitigazione della responsabilità, solo qualora dimostri di aver *(i)* compiuto i “massimi sforzi” per assicurare che i contenuti non autorizzati non siano disponibili sulla piattaforma (per i quali abbia ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti) e *(ii)* provveduto tempestivamente a rimuovere il materiale identificato a seguito di una segnalazione, effettuando i “massimi sforzi” per impedirne la sua ricomparsa in futuro sul servizio.

¹⁵⁶ Al riguardo, si rinvia all'analisi effettuata nel capitolo I della presente trattazione.

¹⁵⁷ Si ricorda in questa sede, per completezza espositiva, quanto prevede l'articolo citato, analizzato nell'ambito del capitolo I della presente trattazione e rubricato “Hosting”: “1. Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, o b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. 2. Il paragrafo 1 non si applica se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore. 3. Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, per un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa, in conformità agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di esigere che il prestatore ponga fine ad una violazione o la impedisca nonché la possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime”.

Pur ribadendosi l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online*, l'articolo 17 della Direttiva *Copyright* ne rafforza obblighi e responsabilità, sia pure in un'ottica proporzionale, con salvaguardia di *start up* e di piccole e medie imprese, nonché dell'utente "non commerciale".

3. Osservazioni sul nuovo sistema di protezione dei diritti dei titolari. L'autorizzazione.

Nel dettare nuove disposizioni in materia di utilizzo dei contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online*, la Direttiva *Copyright* effettua, in primo luogo, un importante chiarimento al considerando 62, specificando che "[a]lcuni servizi della società dell'informazione, nel quadro del loro normale utilizzo, sono concepiti in modo da dare al pubblico l'accesso a contenuti o altri materiali protetti dal diritto d'autore caricati dai loro utenti. La definizione di «prestatore di servizi di condivisione di contenuti online» ai sensi della presente direttiva dovrebbe comprendere unicamente i servizi online che svolgono un ruolo importante sul mercato dei contenuti online, in concorrenza con altri servizi di contenuti online, come i servizi di streaming audio e video online, per gli stessi destinatari".

È proprio qui che il legislatore, mirando a realizzare un mercato del diritto d'autore ben funzionante, riconosce il delicato tema del *Value gap* e si rivolge ai prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* che competono con i prestatori di servizi di distribuzione di

contenuti, ossia piattaforme *online* in cui sono presenti solo contenuti licenziati¹⁵⁸.

È chiarito infatti, nel medesimo considerando, che nell'ambito di applicazione della direttiva in commento rientrano i servizi che hanno come scopo principale o come uno degli scopi principali quello di "memorizzare e consentire agli utenti di caricare e condividere un gran numero di contenuti, al fine di trarne profitto, direttamente o indirettamente, organizzandoli e promuovendoli per attirare un pubblico più vasto, anche classificandoli e ricorrendo a promozioni mirate al loro interno. Tali servizi non dovrebbero comprendere i servizi che hanno uno scopo principale diverso da quello di consentire agli utenti di caricare e condividere una grande quantità di contenuti protetti dal diritto d'autore allo scopo di trarre profitto da questa attività (...)"¹⁵⁹.

¹⁵⁸ A. PICARDI, audizione di Confindustria digitale su legge di delegazione europea, Senato della Repubblica Commissione affari europei, *L'articolo 17 sull'utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti online. Considerazioni e proposte*.

¹⁵⁹ A tal proposito, la Direttiva provvede, sempre nell'ambito del considerando 62, a fornire un elenco, esemplificativo e non esaustivo, dei soggetti che non rientrano nell'ambito di applicazione. "Si tratta, ad esempio, dei servizi di comunicazione elettronica ai sensi della direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, nonché dei prestatori di servizi *cloud* da impresa a impresa e di servizi *cloud*, che consentono agli utenti di caricare contenuti per uso personale, come i *cyberlocker*, o di mercati *online* la cui attività principale è la vendita al dettaglio *online*, e che non danno accesso a contenuti protetti dal diritto d'autore". Inoltre, "[d]ovrebbero altresì essere esclusi dalla definizione di prestatore di servizi di condivisione di contenuti online i prestatori di servizi quali le piattaforme di sviluppo e di condivisione di software open source, i repertori scientifici o didattici senza scopo di lucro e le enciclopedie online senza scopo di lucro. Infine, per garantire un elevato livello di protezione del diritto d'autore, il meccanismo di esenzione di responsabilità di cui alla presente direttiva non dovrebbe applicarsi ai prestatori di servizi il cui scopo principale è quello di attuare o facilitare la pirateria in materia di diritto d'autore". Da ciò si desume che nell'ambito di applicazione della direttiva in commento rientrano, pertanto, quei prestatori di servizi per contenuti generati dagli utenti (cd. *User generated content*), attraverso i quali questi ultimi condividono contenuti tutelati dal diritto d'autore, che sono disponibili anche su servizi di contenuti non generati dagli utenti concessi in licenza dai titolari dei diritti. Ulteriore

In proposito, all'articolo 2, paragrafo 1, n. 6), è fornita una precisa definizione di “prestatore di servizi di condivisione di contenuti online”.

Tale soggetto è descritto come un “prestatore di servizi della società dell'informazione il cui scopo principale o uno dei principali scopi è quello di memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti, che il servizio organizza e promuove a scopo di lucro”¹⁶⁰.

La disposizione pare riportare perfettamente a livello normativo la rilevante distinzione, di cui si è parlato, tra le due tipologie di prestatori di servizi di *hosting* (attivo e passivo), operata dalla giurisprudenza.

E così, se un prestatore di servizi organizza e promuove, a scopo di lucro, ciò che viene caricato sulla sua piattaforma diviene un *hosting provider* “attivo” e, pertanto, rientra nel campo di applicazione dell'articolo 17 della direttiva in parola.

Al riguardo, occorre fare cenno al fatto che il riferimento all'accesso al pubblico a “grandi quantità di opere” è stato già analizzato, per simili aspetti, nel commento alla proposta della Commissione¹⁶¹, laddove il testo faceva riferimento ai “prestatori di servizi della società dell'informazione che memorizzano e danno accesso a grandi quantità di opere e altri materiali caricati dagli utenti”.

elemento rilevante emerge dal considerando 63 in relazione alla circostanza per cui “[l']accertamento relativo al fatto che un prestatore di servizi di condivisione di contenuti online memorizzi e dia accesso a una grande quantità di contenuti protetti dal diritto d'autore dovrebbe essere effettuato caso per caso e dovrebbe tener conto di una combinazione di elementi, come l'utenza del servizio e il numero di file di contenuti protetti dal diritto d'autore caricati dagli utilizzatori del servizio”.

¹⁶⁰ Si ricorda come la proposta di direttiva non prevedesse una specifica definizione di tali soggetti. Si rimanda, a tal proposito, all'analisi effettuata nel capitolo II della presente trattazione.

¹⁶¹ Si rimanda, per approfondimenti, al capitolo II della presente trattazione.

Si tratta, evidentemente, di un limite particolarmente elevato posto a difesa della realtà tecnologica.

Ad ogni modo, pare opportuno dare evidenza della singolarità della norma in commento nel paradigma della tutela del diritto d'autore e connessi.

La questione centrale riguarda, infatti, l'ottenimento o meno di un'autorizzazione, da parte dei titolari dei diritti, al prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online*, per l'utilizzo dei contenuti creativi. In particolare, il paragrafo 1 del citato articolo, prevede che “(...) il prestatore di servizi di condivisione di contenuti online effettua un atto di comunicazione al pubblico o un atto di messa a disposizione del pubblico ai fini della presente direttiva quando concede l'accesso al pubblico a opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti”¹⁶².

Una prima riflessione sorge spontanea. Il legislatore decide di effettuare una precisazione significativa, attraverso il riferimento a concetti rilevanti¹⁶³, e che discende da un puntuale ragionamento giuridico.

¹⁶² L'obbligo dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* di ottenere l'autorizzazione dei titolari, ad esempio attraverso accordi di licenza, quando concedono l'accesso al pubblico a opere o altri materiali protetti caricati dai loro utenti – attività che la Direttiva *Copyright* qualifica quale atto di comunicazione al pubblico o atto di messa a disposizione del pubblico – è ricondotto, in tal senso, alla fascia di facoltà esclusive spettanti all'autore ai sensi dell'articolo 3, della Direttiva 2001/29/CE, di cui si è parlato ampiamente nell'ambito del capitolo I della presente trattazione.

¹⁶³ Come si è detto nel commento alla proposta di direttiva nonché nell'ambito del capitolo I della presente trattazione, con riferimento alla “nozione di comunicazione al pubblico”, questione molto rilevante attiene alle incertezze sulla corretta definizione, nel diritto dell'Unione europea, dei concetti di “comunicazione al pubblico” e “messa a disposizione del pubblico”, che disciplinano l'uso dei contenuti protetti dal diritto d'autore nel mondo digitale. Ed infatti, la puntuale definizione di tali concetti determina quali azioni *online* sono da considerare “comunicazione al pubblico” per le quali è richiesta quindi l'autorizzazione dei titolari di diritti e a quali condizioni. Si è visto come, su tali questioni, la Corte di giustizia dell'Unione europea sia stata più volte invitata a pronunciarsi in via pregiudiziale. Per un'analisi delle questioni attinenti al diritto di comunicazione di opere al pubblico, compreso

La norma prosegue, infatti, in tal senso: “un prestatore di servizi di condivisione di contenuti online deve pertanto ottenere un’ autorizzazione dai titolari (...) ad esempio mediante la conclusione di un accordo di licenza, al fine di comunicare al pubblico o rendere disponibili al pubblico opere o altri materiali”.

il diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti, va ricordato che l’ articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE prevede che “Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente”. Pertanto, qualsiasi comunicazione di un’ opera al pubblico deve essere autorizzata dal titolare del diritto d’ autore. Da tale disposizione risulta quindi che la nozione di comunicazione al pubblico consta di due elementi cumulativi, vale a dire «un atto di comunicazione» di un’ opera e la comunicazione di quest’ ultima a un «pubblico». In tal senso, si vedano le seguenti pronunce della Corte di Giustizia dell’ Unione europea: pronuncia del 7 marzo 2013 – in causa C-607/11, cit., pronuncia del 13 febbraio 2014 – in causa C-466/12, cit. Il ventitreesimo considerando della direttiva 2001/29/CE prevede poi che la nozione di «comunicazione al pubblico» dev’ essere intesa in senso ampio. Si veda, al riguardo, la pronuncia del 7 dicembre 2006 – in causa C-306/05, cit. Come risulta dall’ articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, perché vi sia «atto di comunicazione» è sufficiente, in particolare, che l’ opera sia messa a disposizione del pubblico in modo che coloro che compongono tale pubblico possano avervi accesso, senza che sia determinante che utilizzino o meno tale possibilità, si veda sempre la sentenza del 7 dicembre 2006, in causa C-306/05, cit. e la pronuncia del 13 febbraio 2014 – in causa C-466/12, cit. Si è detto poi che l’ opera protetta deve essere effettivamente comunicata ad un “pubblico”. Dall’ articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE discende che, con “pubblico”, si intende un numero indeterminato di destinatari potenziali e che comprende, peraltro, un numero di persone piuttosto considerevole. In merito, si vedano, la citata pronuncia citata del 7 dicembre 2006 – in causa C-306/05, nonché la pronuncia citata del 7 marzo 2013 – in causa C-607/11, e la pronuncia del 13 febbraio 2014 – in causa C-466/12, cit. Ciò premesso, come risulta da costante giurisprudenza dell’ Unione europea, per ricadere nella nozione di “comunicazione al pubblico”, ai sensi dell’ articolo 3, paragrafo 1, della Direttiva 2001/29/CE, occorre che una comunicazione, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, riguardante le stesse opere della comunicazione iniziale ed effettuata in Internet come la comunicazione iniziale, quindi con le stesse modalità tecniche, sia rivolta ad un pubblico nuovo, cioè ad un pubblico che i titolari del diritto d’ autore non abbiano considerato, al momento in cui abbiano autorizzato la comunicazione iniziale al pubblico (sentenza del 7 dicembre 2006, in causa C-306/05, ordinanza del 18 marzo 2010, C-136/09, sentenza 7 marzo 2013 – in causa C-607/11, pronuncia del 13 febbraio 2014, in causa C-466/12 e pronuncia del 21 ottobre 2014, in causa C-348/13, cit.).

Ciò che normalmente ci si potrebbe aspettare, nell'ambito del sistema giuridico posto a tutela del diritto d'autore e connessi, è che il titolare abbia il diritto esclusivo di autorizzare o proibire il compimento di una certa attività¹⁶⁴.

Tuttavia, nella norma descritta, ciò non avviene e, piuttosto, sembrerebbero tradotti nel testo principi di matrice giurisprudenziale, in particolare della Corte di giustizia, in materia di responsabilità dei prestatori intermediari *online* per violazione dei diritti di proprietà intellettuale¹⁶⁵.

Ancora, è disposto che, nel caso in cui il prestatore ottenga un'autorizzazione – ad esempio mediante un accordo di licenza – la stessa include anche gli atti compiuti da parte degli utenti dei servizi di condivisione dei contenuti *online*, qualora non agiscano su base commerciale o la cui attività non generi ricavi significativi¹⁶⁶.

È previsto, quindi, un accordo tra due soggetti – il titolare dei diritti e il gestore della piattaforma *online* – a favore però dell'utente, e ciò in virtù del fatto che il caricamento su tali servizi avviene da parte di quest'ultimo e non delle piattaforme *online*¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Il riferimento è, in particolare, all'articolo 3, "Diritto di comunicazione di opere al pubblico, compreso il diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti", i cui alla Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, *sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione*. A tal proposito, si rimanda all'analisi effettuata nell'ambito del capitolo I della presente trattazione.

¹⁶⁵ Al riguardo, si rimanda all'analisi della giurisprudenza europea e nazionale in materia, effettuata sempre nel capitolo I della presente trattazione.

¹⁶⁶ In tal senso, il paragrafo 2 dell'articolo 17: "Gli Stati membri dispongono che qualora un prestatore di servizi di condivisione di contenuti online ottenga un'autorizzazione, ad esempio mediante un accordo di licenza, tale autorizzazione includa anche gli atti compiuti dagli utenti dei servizi che rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 3 della direttiva 2001/29/CE qualora non agiscano su base commerciale o qualora la loro attività non generi ricavi significativi".

¹⁶⁷ Si ricorda che la pronuncia della Corte di giustizia del 14 giugno 2017, cit., ha affermato la qualificazione dell'attività di una piattaforma di condivisione di opere come comunicazione al pubblico ex art. 3 della direttiva 2001/29/CE non è esclusa

Pertanto, l'autorizzazione del titolare dei diritti, ottenuta dal gestore della piattaforma, andrebbe a legittimare la condotta posta in essere dai suoi utenti: coloro che, di fatto, effettuano l'atto di comunicazione al pubblico.

Essenziale al fine di garantire il corretto funzionamento della norma sembra essere, quindi, il vincolo tra titolare dei diritti e gestore della piattaforma *online*.

Così, nel caso in cui il prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online* effettui un atto di comunicazione al pubblico o un atto di messa a disposizione del pubblico, alle condizioni stabilite dalla direttiva, il regime di esenzione di responsabilità – di cui all'articolo 14 della Direttiva sul commercio elettronico – non si applica alle fattispecie contemplate dal presente articolo¹⁶⁸.

dalla circostanza che queste sono messe *online* non dalla piattaforma ma dai suoi utenti: quando il titolare della piattaforma la mette a disposizione e la gestisce, e senza la sua attività le opere in questione non potrebbero essere condivise in internet dagli utenti o quantomeno la loro condivisione sarebbe più complessa. L'attività di una piattaforma deve essere considerata come comunicazione al pubblico ex art. 3 della direttiva 2001/29/CE e non può invece venir classificata come semplice fornitura di attrezzature fisiche atte a rendere possibile o ad effettuare una comunicazione di opere al pubblico ex art. 3 della direttiva 29/2001: quando la piattaforma organizza un motore di ricerca; classifica le opere in diverse categorie; verifica che ciascun'opera sia inserita nella categoria appropriata; indicizza i *file torrent* relativi alle opere scambiate nel suo sistema di condivisione peer to peer; elimina i *file torrent* obsoleti o errati e filtra determinati contenuti.

¹⁶⁸ A questo proposito, il considerando 65 chiarisce che “[q]uando i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online sono responsabili di atti di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico alle condizioni stabilite dalla presente direttiva, l'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2000/31/CE non dovrebbe applicarsi alla responsabilità derivante dalle disposizioni della presente direttiva sull'utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti online. Ciò non dovrebbe pregiudicare l'applicazione dell'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2000/31/CE a tali prestatori di servizi per scopi che non rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva”. Così, la prima parte del paragrafo 3, dell'articolo 17, prevede infatti che: “Quando il prestatore di servizi di condivisione di contenuti online effettui un atto di comunicazione al pubblico o un atto di messa a disposizione del pubblico alle condizioni stabilite dalla presente direttiva, la limitazione di responsabilità di cui all'articolo 14, paragrafo 1, della

Pare che questa previsione intenda, in tal senso, chiudere il problema relativo alla crescente disparità retributiva nella ripartizione dei compensi tra quello che i *digital content intermediaries* generano dall'utilizzo dei contenuti e i ricavi che tornano a coloro che lavorano per la creazione degli stessi¹⁶⁹.

3.1 Il regime speciale di responsabilità in assenza di autorizzazione tra “best efforts” e proporzionalità.

Quanto descritto in precedenza attiene, evidentemente, al caso in cui i titolari dei diritti concedano ai prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* un'autorizzazione per l'utilizzo di contenuti protetti dal diritto d'autore e connessi.

Interessanti spunti di riflessione emergono ancor più da un'analisi di ciò che le nuove norme prevedono nel caso contrario.

Il riferimento è al paragrafo 4 dell'articolo 17 della Direttiva *Copyright*¹⁷⁰.

direttiva 2000/31/CE non si applica alle fattispecie contemplate dal presente articolo”.

¹⁶⁹ Per approfondimenti, vedi K. ERICKSON - M. KRETSCHMER, “*This Video is Unavailable*”: *Analyzing Copyright Takedown of User-Generated Content on YouTube*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, cit.

¹⁷⁰ “Qualora non sia concessa alcuna autorizzazione, i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online sono responsabili per atti non autorizzati di comunicazione al pubblico, compresa la messa a disposizione del pubblico, di opere e altri materiali protetti dal diritto d'autore, a meno che non dimostrino di: a) aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione, e b) aver 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, c) aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti web le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro conformemente alla lettera b)”.

E dunque, in assenza di autorizzazione, i prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* si intendono responsabili per gli atti non autorizzati di comunicazione al pubblico, compresa la messa a disposizione del pubblico di opere o altri materiali protetti, a meno che non dimostrino di (a) “aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un’ autorizzazione” e aver compiuto (b) “secondo elevati *standard* di diligenza professionale di settore i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere o altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti” e in ogni caso (c) “aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l’accesso o rimuovere dai loro siti web le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro conformemente alla lettera b)”.

Per quanto concerne la previsione di cui alla lettera a), pare realmente complicato comprendere quando il prestatore abbia o meno compiuto il massimo sforzo per ottenere l’ autorizzazione¹⁷¹.

¹⁷¹ Secondo parte della dottrina, “[a]llo stato bisogna considerare che può apparire irragionevole imporre al prestatore di richiedere l’ autorizzazione (...) a tutti i titolari delle opere che eventualmente verranno caricate dagli utenti, che non sono conoscibili preventivamente. Tuttavia, occorre anche tenere presente che i prestatori «potrebbero» essere agevolati nell’ottenere l’ autorizzazione in virtù del meccanismo di concessione delle licenze collettive con effetto esteso”, previsto proprio dalla Direttiva 2019/790/UE, all’ articolo 12. “Attraverso questo meccanismo, il prestatore che ottenga l’ autorizzazione dall’ organismo di gestione collettiva, in conformità ai mandati a questo conferiti dai titolari dei diritti, potrà godere dell’ estensione alle opere dei titolari che non hanno conferito mandato. Anche qualora l’ autorizzazione non venga concessa, poi, è chiaro che l’ essersi adoperato per l’ ottenimento di essa presso l’ organismo di gestione collettiva potrebbe costituire per il prestatore proprio quel massimo sforzo richiesto dalla menzionata lett. a). (...) bisogna comunque tener conto che in molti casi fino ad oggi i diritti patrimoniali sono stati trasferiti alle majors, sicché si potrebbe immaginare che il provider abbia il dovere di attivarsi quantomeno presso di esse. Al di fuori di queste ipotesi sarebbe difficile pretendere dal prestatore un qualche sforzo per ottenere l’ autorizzazione dai titolari. Diversamente dovrebbe ritenersi che il prestatore sia onerato di porre in essere il massimo sforzo per ottenere l’ autorizzazione di «tutte» le opere ipoteticamente

In merito, si anticipa che un ruolo determinante lo avrà la Commissione europea, chiamata ad adottare “orientamenti” sull’applicazione dell’articolo 17 e, in particolare del paragrafo 4 in commento¹⁷².

In questa sede, pare interessante soffermarsi invece sulle peculiari espressioni utilizzate dal legislatore, quali: “massimi sforzi”, “elevati *standard* di diligenza professionale”, “tempestiva rimozione”, “massimi sforzi per impedire il caricamento in futuro”.

In particolare, il riferimento ai “best efforts” viene ripetuto diverse volte nella norma in commento, ciò probabilmente per preservare il fondamentale meccanismo di funzionamento posto alla base della tutela del diritto d’autore, in virtù del principio generale per cui ogni forma di utilizzazione economica è riservata al titolare dei diritti¹⁷³.

pubblicabili, con la conseguenza di configurare la responsabilità del prestatore come oggettiva (attesa l’impossibilità per il prestatore di sapere quali siano le opere protette in circolazione). Per cui è facile prevedere che, nel caso in cui i diritti siano gestiti individualmente, questa disposizione non si applichi, salvo sussistano circostanze eccezionali (possiamo immaginare il caso in cui sia lo stesso titolare a contattare il prestatore per contrattare con lui le condizioni della licenza). Forse resterebbero fuori ipotesi marginali dal punto di vista economico, ma si deve fare i conti con il fenomeno crescente degli autoproduttori (che piattaforme come *Youtube* hanno certamente facilitato) o di chi si affida ai piccoli produttori”. Così M. BELLI, *La responsabilità dei «prestatori di servizi di condivisione di contenuti online» ai sensi della dir. 2019/790/UE*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2020, 2, 551 (commento alla normativa).

¹⁷² Si rimanda al paragrafo 10, dell’articolo 17, che sarà approfondito nel prosieguo.

¹⁷³ Cfr. nell’ordinamento italiano, l’articolo 12, della legge 22 aprile 1941, n. 633, *Protezione del diritto d’autore e di altri diritti connessi al suo esercizio* (LDA), secondo cui “L’autore ha il diritto esclusivo di pubblicare l’opera. Ha altresì il diritto esclusivo di utilizzare economicamente l’opera in ogni forma e modo, originale o derivato, nei limiti fissati da questa legge, ed in particolare con l’esercizio dei diritti esclusivi indicati negli articoli seguenti. È considerata come prima pubblicazione la prima forma di esercizio del diritto di utilizzazione”. Vedi L.C. UBERTAZZI, *La proprietà intellettuale*, Giappichelli, Torino, 2011; P. GALLI, *Sub art. 12 l.a.*, in L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, CEDAM, Padova, 2019, 7 ed; P. AUTERI, G. FLORIDIA, V. M. MANGINI, M. RICOLFI, R. ROSARIA, P. SPADA, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli editore, 2016, 5 ed.

Così, il linguaggio utilizzato dal legislatore non fa riferimento a concetti quali il “buon senso”, la “buona fede” o la “ragionevolezza” e tale circostanza pare non dar luogo a diverse interpretazioni, almeno per questo specifico aspetto¹⁷⁴.

Le alternative sono solo due e ben definite: l'utilizzo di contenuti protetti è consentito – e ciò sulla base di una autorizzazione – oppure si intende vietato¹⁷⁵.

Seguendo tale impostazione, è esclusivamente in capo al titolare il diritto di divulgare, sfruttare e comunicare l'opera *online*.

Non sembra esserci una posizione di mediazione, laddove è posto sulla piattaforma il massimo livello di responsabilità nel creare un sistema di protezione dei diritti¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Sullo statuto generale del principio di ragionevolezza negli ordinamenti costituzionali contemporanei vedi, in generale, L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, inserito nella collana *Associazione studi ricerche parlamentari*, Giuffrè editore, 2005.

¹⁷⁵ P. MARZANO, “*Direttiva copyright: minacce e opportunità dell'articolo 17 sull'utilizzo dei contenuti creativi per la nostra industria culturale*”, Webinar organizzato dalla Luiss School of Law nell'ambito delle attività del centro di ricerca BILL., Roma 22 gennaio 2021. Il relatore effettua un interessante confronto con l'ordinamento italiano e, in particolare con l'articolo 12, della legge del 22 aprile 1941, *Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio* (LDA). In merito, dire che il prestatore di servizi di contenuti *online* farà quanto ragionevolmente possibile per impedire il caricamento e la diffusione *online* di ciò che non è consentito, sarebbe come se l'articolo 12 della citata legge – il quale, come si è detto, prevede che “l'autore ha il diritto esclusivo di pubblicare l'opera” ed che ha “altresì il diritto esclusivo di utilizzare economicamente l'opera in ogni forma e modo, originale o derivato, nei limiti fissati da questa legge, ed in particolare con l'esercizio dei diritti esclusivi (...)” – disponesse che l'autore ha il diritto “ragionevolmente esclusivo” di pubblicare l'opera o ha altresì il diritto “ragionevolmente esclusivo” di utilizzare economicamente l'opera.

¹⁷⁶ Pare rilevante soffermarsi sul fatto che, come si vedrà in maniera più approfondita nel prosieguo, la norma impone, innanzitutto, di agire in via preventiva per impedire la pubblicazione da parte degli utenti di opere per le quali la piattaforma abbia ricevuto le “informazioni pertinenti e necessarie” da parte dei titolari dei diritti. A questo proposito il prestatore sarebbe tenuto a adottare una sorveglianza preventiva – prima dell'eventuale pubblicazione e specifica – perché attinente esclusivamente alle opere per cui gli sia giunta comunicazione da parte dei titolari dei diritti – mentre sarebbe comunque escluso un obbligo generale di sorveglianza ai sensi del paragrafo 8 dell'articolo in commento. In secondo luogo, la norma prevede degli obblighi

Ancora, ai sensi del paragrafo 5 dell'articolo 17, al fine di comprendere se il prestatore di servizi *online* si è o meno conformato agli obblighi descritti – di cui al paragrafo 4 – nonché “alla luce del principio di proporzionalità”, vanno presi in considerazione, tra gli altri, i seguenti elementi: “a) la tipologia, il pubblico e la dimensione del servizio e la tipologia di opere o altri materiali caricati dagli utenti del servizio; e b) la disponibilità di strumenti adeguati ed efficaci e il relativo costo per i prestatori di servizi”.

Si rimanda, in maniera chiara e diretta, ad un principio di proporzionalità secondo il quale, alla luce di quello che viene caricato sulle piattaforme *online* da parte degli utenti, bisogna applicare un sistema che sia di protezione e, appunto, proporzionato a ciò che viene caricato¹⁷⁷.

attivabili *ex post* – a seguito di una “segnalazione sufficientemente motivata” – laddove il prestatore è tenuto ad agire tempestivamente per rimuovere o disabilitare l'accesso alle opere. Tale obbligo potrebbe richiamare, per certi aspetti, l'obbligo previsto dall'articolo 14 della Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico. Al riguardo, pare opportuno evidenziare come il legislatore abbia ritenuto opportuno inserire anche l'obbligo del prestatore di compiere i massimi sforzi per impedire il caricamento in futuro delle opere o altri materiali oggetto di tale segnalazione motivata. Così facendo riferimento all'istituto del cd. *notice and stay down* (questa procedura fa seguire alla singola segnalazione da parte dei titolari di diritti, la rimozione dei contenuti da parte del prestatore, impedendo la reiterazione della medesima violazione). In questo caso si potrebbe riflettere sulla necessità che nella comunicazione rivolta alla piattaforma siano indicati i relativi *URL*, per attivare il dovere del prestatore dei servizi di condivisione di contenuti *online* di impedire il caricamento in futuro delle opere o altri materiali. Forse tale indicazione potrebbe considerarsi rilevante solo ai fini della valutazione della tempestività dell'intervento del prestatore. Per approfondimenti sul tema, v. in dottrina: R. PANETTA, *Il ruolo dell'internet service provider e i profili di responsabilità civile*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2019, fasc. 3, 1017 ss.; E. TOSI, *La disciplina applicabile all'hosting provider per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore, tra speciale irresponsabilità dell'ISP passivo e comune responsabilità dell'ISP attivo, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, p. 201 ss.

¹⁷⁷ Come noto, la possibilità di apportare legittime restrizioni all'esercizio dei diritti e delle libertà proclamati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è risolta attraverso la previsione di una clausola generale, la quale detta le condizioni e i principi nel cui quadro è possibile operare le eventuali limitazioni. Nel codificare

Si tratterebbe di adattare la valutazione a ciascun caso concreto, tenendo presente, inoltre, lo specifico servizio offerto dal prestatore e i relativi costi per lo stesso nonché il contesto tecnologico di volta in volta sussistente.

In tal senso, da un lato vi è il riferimento alla “disponibilità di strumenti adeguati ed efficaci” – e qui emerge chiaramente l’importanza della tecnologia e della sua continua evoluzione, in base alla quale si rileverà anche l’esatto *enforcement* della norma in commento – dall’altro quello al “relativo costo per i prestatori di servizi”¹⁷⁸.

l’orientamento giurisprudenziale formatosi in materia (v. nota esplicativa del Progetto di Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (Charte 4473/1/00 Rev 1, Convent 49), l’art. 52, paragrafo 1, della Carta, prevede che “eventuali limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”. Sul principio di proporzionalità nella Carta europea dei diritti fondamentali dell’Unione europea vedi, in generale, CARETTI P., *I diritti fondamentali nell’ordinamento nazionale e nell’ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 939 ss.; MASTROIANNI R., *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento comunitario*, in *Carta europea e diritti dei privati*, G. VETTORI (a cura di), Milano, 2002, 273 ss., BUTTURINI D., *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale ed europeo*, Napoli, 2009. Vedi anche M. C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999; F. G. JACOBS, *Recent development in the principle of proportionality in European Community law*, in *The principle of proportionality in the European Law*, E. ELLIS (edited by), Oxford-Portland Oregon, 1999, 1 ss.

¹⁷⁸ Il fatto che la valutazione debba essere effettuata caso, per caso secondo i criteri di cui al paragrafo 5 dell’articolo in commento, impone di ricordare che la giurisprudenza aveva ritenuto che all’*hosting provider* passivo e anche attivo non potesse imporsi un sistema di filtraggio in grado di intercettare i contenuti illeciti, dal momento che ciò lo avrebbe costretto ad un controllo generalizzato contrastante con quanto previsto dall’articolo 15, della Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico. Bisogna richiamare, come già detto in precedenza, quanto affermato dalla giurisprudenza europea – Corte di giustizia, 12 luglio 2011, causa C-324/09, cit.; Corte di giustizia, 24 novembre 2011, in causa C-70/10, cit. – la quale aveva negato la legittimità di provvedimenti inibitori che imponessero un sistema di filtraggio qualora questo comportasse in concreto, in base al suo funzionamento, un controllo generalizzato. Tale ricostruzione varrebbe, in linea di principio, anche con riferimento alla nuova disciplina qui analizzata.

Si tratta di passaggi cruciali ai fini della determinazione della responsabilità o meno in capo al prestatore per l'utilizzo di contenuti protetti sulla sua piattaforma¹⁷⁹.

3.2 I diritti degli utenti.

Altri due aspetti centrali dell'articolo 17 della Direttiva 2019/790/UE attengono all'introduzione di puntuali diritti a favore degli utenti, sia di caricare contenuti per utilizzi specifici, sia di potersi avvalere di un meccanismo di reclamo e ricorso in caso di controversie in merito al blocco o alla rimozione dalle piattaforme *online* dei loro contenuti¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Occorre, infine, in questa sede dare evidenza della previsione di una significativa limitazione degli obblighi descritti nei confronti di *start up* e di piccole e medie imprese, tenuto conto del tempo in cui essi operano, delle loro fatturato e del numero di visualizzazioni individuali, con un sistema crescente di presidi in relazione ai diversi parametri. Così il paragrafo 6, dell'articolo 17 prevede che: "Gli Stati membri dispongono che, con riferimento ai 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 EUR calcolati in conformità della raccomandazione 2003/361/CE della Commissione (20), le condizioni in virtù del regime di responsabilità di cui al paragrafo 4 siano limitate alla conformità alla lettera a) del paragrafo 4 e alla circostanza 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. Se il numero medio di visitatori unici mensili di tali prestatori di servizi supera i 5 milioni, calcolati sulla base del precedente anno civile, essi devono dimostrare altresì di aver compiuto i massimi sforzi per impedire l'ulteriore caricamento di opere o di altri materiali oggetto della segnalazione per i quali i titolari dei diritti abbiano fornito informazioni pertinenti e necessarie". La decisione di escludere tali soggetti dall'applicazione dell'articolo 17 è da accogliere, senz'altro, con favore. Così come si condivide, in via più generale, la decisione di introdurre delle puntuali condizioni finalizzate a specificare l'espressione "*large amount*", di cui alla definizione di "*online content-sharing service provider*", la quale rischiava di essere generica ed indeterminata e avrebbe potuto dar luogo ad eventuali strumentalizzazioni.

¹⁸⁰ Per un'analisi sulle prospettive della Direttiva *Copyright* in relazione alla libertà di espressione vedi, in generale, A. PAPA, *La tutela del pluralismo informativo in Rete. Il ruolo e le prospettive della direttiva europea 2019/790*, in *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Giappichelli editore, 2019.

Il riferimento è, in primo luogo, al paragrafo 7, dell'articolo 17.

È previsto, in particolare, che la “cooperazione tra i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online e i titolari dei diritti deve impedire la disponibilità delle opere o di altri materiali caricati dagli utenti, che non violino il diritto d'autore o i diritti connessi, anche nei casi in cui tali opere o altri materiali siano oggetto di un'eccezione o limitazione”. Gli Stati membri sono tenuti a provvedere affinché gli utenti possano utilizzare specifiche eccezioni o limitazioni quando caricano e mettono a disposizione contenuti generati dagli utenti tramite i servizi di condivisione di contenuti *online*.

Il legislatore individua, in particolare, le seguenti eccezioni: “a) citazione, critica, rassegna; b) utilizzi a scopo di caricatura, parodia o pastiche”, prevedendo che gli utenti se ne possano avvalere, salvaguardando in generale gli utilizzi legittimi quali quelli oggetto delle eccezioni o limitazioni previste dal diritto dell'Unione¹⁸¹.

L'obiettivo che emerge, in via generale, dalla lettura delle disposizioni citate è, senza dubbio, quello di proteggere gli usi legittimi dei contenuti ed evitare che *upload* coperti da eccezioni al diritto d'autore vengano bloccati automaticamente dalle piattaforme *online*.

¹⁸¹ Così il terzo capoverso del paragrafo 9, dell'articolo 17: “La presente direttiva non incide in alcun modo sugli utilizzi legittimi, quali quelli oggetto delle eccezioni o limitazioni previste dal diritto dell'Unione, e non comporta l'identificazione dei singoli utenti né il trattamento dei dati personali, salvo conformemente alla direttiva 2002/58/CE e al regolamento (UE) 2016/679”.

Ciò si ritiene certamente indispensabile per il rispetto del diritto fondamentale alla libertà di espressione¹⁸², che comprende l'altrettanto rilevante rispetto di poter creare contenuti artistici liberamente¹⁸³.

Sempre sotto il profilo della tutela degli utenti, infatti, il paragrafo 9, dell'articolo 17, prevede meccanismi di reclamo e di ricorso per il caso di controversie relative alla rimozione di contenuti o di disabilitazione all'accesso, meccanismi di ricorso stragiudiziale, nonché oneri informativi dei prestatori di servizi di condivisione nei confronti dei loro utenti.

In particolare, i prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* devono istituire un "meccanismo di reclamo e ricorso celere ed efficace che sia disponibile agli utenti dei loro servizi in caso di controversie in merito alla disabilitazione dell'accesso a, o alla rimozione di, specifiche opere o altri materiali da essi caricati. Ove i titolari dei diritti chiedano che sia disabilitato l'accesso a loro specifiche opere o altri materiali, o che tali opere o altri materiali siano rimossi, essi devono indicare debitamente i motivi della richiesta".

I reclami presentati nell'ambito del meccanismo descritto vanno trattati senza indebito ritardo e le decisioni volte a disabilitare l'accesso o a rimuovere i contenuti caricati devono essere soggette ad una verifica umana.

¹⁸² Per approfondimenti si veda R. MASTROIANNI E G. STROZZI, *Commento all'art. 11 Libertà di espressione e di informazione*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, cit.

¹⁸³ Vedi C. DE VECCHIS, P. TRANIELLO, *La proprietà del pensiero. Il diritto d'autore dal Settecento ad oggi*, Carocci editore, 2012. Sulla libertà di creazione artistica v. R. MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee e V. ZENO-ZENCOVICH, Diritto d'autore e libertà di espressione: una relazione ambigua*, in *IP e costituzioni*, AIDA 2005.

Un aspetto significativo da evidenziare attiene poi la previsione per cui devono essere disponibili, per la risoluzione delle controversie, meccanismi di ricorso stragiudiziale per consentire una risoluzione imparziale delle stesse, senza privare l'utente della protezione giuridica offerta dal diritto nazionale, fatto salvo il diritto dello stesso di avvalersi di mezzi di ricorso giurisdizionale efficaci.

In particolare, l'utente deve poter avere accesso ad un giudice o ad un'autorità competente per far valere l'applicazione di un'eccezione o di una limitazione al diritto d'autore e connessi¹⁸⁴.

Rispetto alla proposta di direttiva della Commissione l'articolo 17, al paragrafo 9, aggiunge poi una rilevante precisazione: rimane esclusa l'identificazione dei singoli utenti e il trattamento dei dati personali¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Pare opportuno, a tal proposito, effettuare una riflessione sull'eventuale ruolo dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni in tale ambito, sia in considerazione dell'*expertise* raggiunta nel settore di risoluzione delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche, che in quella in materia di diritto d'autore *online*, dalla quale si dirà in maniera più approfondita nel prosieguo. La prima è stata da ultimo confermata nella "Direttiva 2014/61/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante misure volte a ridurre i costi dell'installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità Testo rilevante ai fini del SEE" e nel decreto legislativo di attuazione del 15 febbraio 2016, n. 33. Invece l'*expertise* della citata Autorità in materia di diritto d'autore *online* deriva dall'attività svolta ai sensi del regolamento di cui alla delibera n. 680/13/CONS e s.m.i. Per un'analisi dettagliata dello stesso vedi A. M. ROVATI, *L'enforcement amministrativo dei diritti d'autore connessi on line da parte di Agcom*, in G. CASSANO e S. PREVITI (a cura di), *Il diritto di internet nell'era digitale*; L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Il regolamento Agcom sul diritto d'autore*, Quaderni di AIDA n.25, Giappichelli editore, Torino, 2014; G. DE SANCTIS, *Il modello amministrativo adottato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sulla tutela in rete del diritto d'autore: la Corte Costituzionale decide per l'inammissibilità delle ordinanze del Tar Lazio (Corte Cost., 3 dicembre 2015 n. 247)*, Neldirittoeditore, maggio 2016; G. DE SANCTIS, *I poteri dell'AGCom in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica: l'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale del TAR Lazio n. 10020 del 2014*, Neldirittoeditore, dicembre 2014.

¹⁸⁵ Così il terzo capoverso del paragrafo 9, dell'articolo 17: "La presente direttiva non incide in alcun modo sugli utilizzi legittimi, quali quelli oggetto delle eccezioni o limitazioni previste dal diritto dell'Unione, e non comporta l'identificazione dei singoli utenti né il trattamento dei dati personali, salvo conformemente alla direttiva 2002/58/CE e al regolamento (UE) 2016/679". Al riguardo è opportuno effettuare

In virtù di quanto riportato, si vedrà in maniera più dettagliata nel prosieguo come anche le previsioni sui diritti degli utenti, appena analizzate, dovranno essere sviluppate e riempite di contenuto nell'ambito degli "orientamenti" della Commissione, in corso di pubblicazione.

4. *Il ruolo della Commissione europea e lo Stakeholder Dialogue.*

Tutti gli aspetti dell'articolo 17 della Direttiva *Copyright*, fin ora evidenziati, meritano un particolare approfondimento, che sarà effettuato nel prosieguo, anche alla luce delle delicate problematiche emerse dal dialogo della Commissione europea con gli *stakeholders*, finalizzato alla stesura di linee guida per la corretta attuazione della norma.

alcune riflessioni. Relativamente alla tutela che deve riconoscersi alla libertà di espressione e di informazione degli utenti nonché alla tutela dei dati personali degli stessi, va tenuto conto, ancora una volta, quanto precisato dalla Corte di giustizia con riferimento alle misure adottabili nei confronti degli *hosting provider* (Corte di giustizia, 12 luglio 2011, causa C-324/09, cit.; Corte di giustizia, 24 novembre 2011, C-70/10, cit.). Pertanto, un sistema di *filtering* non in grado di distinguere adeguatamente tra un contenuto lecito ed uno illecito sarebbe ingiustificatamente lesivo della libertà di informazione e potrebbe non rispettare il principio di proporzionalità. Allo stesso modo, un sistema di *filtering* che attui un dettaglio sistematico di tutti i contenuti potrebbe comportare una raccolta e una conseguente identificazione degli indirizzi IP di tutti gli utenti, anche di coloro che non abbiano dato origine alla diffusione dei contenuti illeciti. Con riferimento alla tutela dei dati personali, va evidenziato come la disposizione in commento faccia salva l'applicazione di tutta la normativa a tutela dei dati personali, affermando la sua rilevanza in questo specifico ambito. Per approfondimenti sulle norme rilevanti a tutela dei dati personali nell'Unione europea nonché sulla recente giurisprudenza della Corte di giustizia a riguardo, vedi V. CAPUANO, *La protezione dei dati ed il progetto di procedimento amministrativo europeo*, in *Federalismi.it*, cit., vedi anche G. CAGGIANO, *La Corte di giustizia consolida il ruolo costituzionale nella materia dei dati personali*, in *Studi sull'integrazione europea*, cit.

È infatti previsto, al paragrafo 10, dell'articolo 17, che “[a] decorrere dal 6 giugno 2019, la Commissione, in cooperazione con gli Stati membri, organizza dialoghi tra le parti interessate per discutere le migliori prassi per la cooperazione tra i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online e i titolari dei diritti. La Commissione, di concerto con i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online, i titolari dei diritti, le organizzazioni di utenti e altre parti interessate pertinenti e tenendo conto dei risultati dei dialoghi con le parti interessate, emette orientamenti sull'applicazione del presente articolo, in particolare per quanto concerne la cooperazione di cui al paragrafo 4. Nel discutere le migliori prassi, si tiene specialmente conto, tra l'altro, della necessità di pervenire a un equilibrio tra i diritti fondamentali e il ricorso a eccezioni e limitazioni. Ai fini del dialogo con le parti interessate, le organizzazioni di utenti hanno accesso a informazioni adeguate fornite dai prestatori di servizi di condivisione di contenuti online sul funzionamento delle loro prassi in relazione al paragrafo 4”.

La direttiva impone, pertanto alla Commissione europea di organizzare un dialogo con gli *stakeholders* e fornire orientamenti sull'applicazione delle norme in tema di utilizzo di contenuti protetti da parte delle piattaforme di condivisione di contenuti *online*.

Il riferimento è, pertanto, alla definizione di linee guida sulla cooperazione in buona fede tra i titolari dei diritti e le piattaforme *online* e sull'applicazione delle eccezioni, con lo scopo di conseguire un equo bilanciamento tra diritti fondamentali e interessi in gioco.

A tal fine, la Commissione ha effettuato diversi incontri¹⁸⁶, a partire dal mese di ottobre 2019, e, attualmente, sta procedendo all'analisi dei contributi pervenuti in sede di consultazione pubblica¹⁸⁷, finalizzando la preparazione degli “orientamenti”, che dovrebbero essere pubblicati verosimilmente all'inizio del 2021.

Le principali tematiche degli incontri hanno riguardato la cooperazione in buona fede tra le piattaforme e i titolari dei diritti in relazione al concetto dei *best efforts*, la legittimazione degli usi da parte dei terzi attraverso l'autorizzazione, la libertà contrattuale degli aventi diritto nonché le previsioni relative agli specifici diritti degli utenti.

Nel prosieguo, si procederà ad illustrare e commentare alcune questioni che emergono dall'analisi delle nuove norme e che sono sorte nell'ambito dello *Stakeholder Dialogue* sull'articolo in commento.

Tali argomenti, verosimilmente, dovranno, pertanto, essere sviluppati e riempiti di contenuto nell'ambito dei citati “orientamenti”.

5. *Una corretta interpretazione del concetto dei “best efforts”.*

In primo luogo, in relazione alle eventuali soluzioni pratiche da adottare per la corretta implementazione dell'articolo 17, pare opportuno soffermarsi sul concetto dei “best efforts”.

Si è detto che, laddove l'utilizzo del contenuto protetto non sia stato autorizzato, l'articolo 17, in particolare, al paragrafo 4, definisce le

¹⁸⁶ Si rimanda al sito della Commissione europea, per un approfondimento degli incontri avvenuti: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/stakeholder-dialogue-application-article-17-directive-copyright-digital-single-market>.

¹⁸⁷ Si rimanda al sito della Commissione europea, per un approfondimento del documento posto in consultazione: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/directive-copyright-digital-single-market-commission-seeks-views-participants-stakeholder>.

condizioni per le quali le piattaforme *online* possono essere considerate esenti da responsabilità per la violazione del diritto d'autore e connessi. La norma si fonda quindi su una cooperazione in buona fede tra le piattaforme *online* e gli aventi diritto, laddove le prime dovranno dimostrare di aver effettuato i “best efforts” per: (i) ottenere un'autorizzazione senza esserci riusciti; (ii) assicurare che i contenuti identificati in anticipo dai titolari di diritti – ed è questo, in particolare, che richiede la cooperazione – non siano disponibili sul loro sito *web*; (iii) impedire il caricamento in futuro di contenuti oggetto di segnalazione, per i quali abbiano già agito tempestivamente attraverso la disabilitazione dell'accesso o la rimozione dai loro siti *web*.

Innanzitutto, è evidente come, ad una prima lettura, la previsione potrebbe risultare generica.

Ciò dal momento che, la semplice prova della circostanza che i prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* abbiano fatto quanto nella loro disponibilità per ottenere l'autorizzazione dei titolari dei diritti non può essere considerata tale da escludere la responsabilità per gli atti compiuti in assenza di autorizzazione.

D'altra parte, sarebbe sufficiente il solo avvio, da parte del prestatore, di una qualsiasi trattativa, anche solo strumentale e contraria alla buona fede, per eludere l'obbligo imposto.

È forse questo il motivo per il quale si è ritenuto opportuno prevedere che l'obbligazione fosse specificata e riempita di contenuto, evitando di lasciare esclusivamente nelle mani della giurisprudenza il compito di definire quest'obbligo¹⁸⁸. Tale circostanza avrebbe potuto, evidentemente, determinare divergenze interpretative e frustrare

¹⁸⁸ Il riferimento è, come si è detto, al paragrafo 10, dell'articolo 17 della Direttiva 2019/790/UE.

l'obiettivo di armonizzazione invece perseguito dalla Direttiva *Copyright*.

Pertanto, la corretta interpretazione della nozione di “best efforts”, che sarà sviluppata negli orientamenti della Commissione europea sull'applicazione dell'articolo 17, è di fondamentale importanza per diversi ordini di ragioni.

Innanzitutto, si evidenzia che si è molto discusso sulla questione semantica relativa a tale concetto, tradotto, ad esempio, come “massimi sforzi” nella versione in lingua italiana della direttiva¹⁸⁹.

È stato rilevato infatti che, in sede di trasposizione delle norme a livello nazionale, sarebbe opportuno che tutti gli Stati membri rimandassero alla nozione di “migliori sforzi” – più corretta e in linea con le

¹⁸⁹ Per approfondimenti sulla questione relativa alle traduzioni del concetto di “best efforts” da parte degli Stati membri, si rimanda allo studio effettuato da A. LARROYED “*When Translations Shape Legal Systems: How Misguided Translations Impact Users and Lead to Inaccurate Transposition – The Case of ‘Best Efforts’ Under Article 17 DCDSM*”, disponibile alla seguente pagina internet: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3740066. L'Autore effettua un'analisi del contesto in cui si colloca il concetto di *best effort*, evidenziando come la sua traduzione incida sulla sua interpretazione e come l'interpretazione che ne verrà fornita inciderà sugli utenti dei servizi offerti dai prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online*. Diverse sono le conseguenze che potrebbero derivare da traduzioni inaccurate o imprecise e, trattandosi di un concetto legale, lo stesso non dovrebbe essere tradotto ricorrendo al linguaggio comune. Il concetto di “best efforts” deve essere inquadrato all'interno dei principi di proporzionalità e cooperazione di cui agli artt. 5, 6, 7, 8 e 10 della direttiva. Laddove il concetto dovesse essere tradotto in maniera tale da portare gli Stati Membri ad un'interpretazione eccessiva, come quella di “massimi sforzi” o “ogni sforzo possibile”, allora questa scelta porterà la piattaforma a non poter fare altro che bloccare i contenuti, per non correre il rischio di violare l'art. 17 della Direttiva. Tutto ciò impatterebbe non solo sul corretto funzionamento della piattaforma, ma anche sui diritti fondamentali degli utenti. Così Aline Larroyed “*La Direttiva Copyright tra proporzionalità e best effort. I nodi da sciogliere in sede di recepimento*”, Webinar promosso dalla Cattedra Jean Monnet in EU Innovation Policy (<https://www.uerinnovationchair.org/>), presieduta dalla Prof. Valeria Falce, insieme a Deep-In, coordinato dal Prof. Antonio Manganeli, Roma 16 dicembre 2020.

intenzioni dei co-legislatori – così da tenere conto del principio di proporzionalità di cui al paragrafo 5 dell’articolo 17, di cui si è detto¹⁹⁰. In ogni caso, la questione semantica pare secondaria rispetto al preciso ed evidente obiettivo che si prefigge l’articolo 17, dal momento che non dovrebbe essere comunque contemplato un eventuale abbassamento dello *standard*, elevato, previsto dalla direttiva in commento.

Ed infatti, potrebbe essere interessante ragionare sul fatto che il legislatore europeo abbia deciso di non inserire il concetto di “ragionevoli sforzi”.

In tal senso, il considerando 66 potrebbe offrire un supporto importante sull’interpretazione dei “best efforts”, laddove è previsto che nel valutare se un prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online* abbia compiuto i massimi sforzi nel rispetto di elevati *standard* di diligenza professionale di settore, “occorre considerare se il prestatore di servizi abbia adottato tutte le misure che un operatore diligente adotterebbe per ottenere il risultato di impedire la disponibilità di opere o altri materiali non autorizzati sul suo sito web, tenendo conto delle migliori pratiche del settore e dell’efficacia delle misure adottate alla luce di tutti i fattori e sviluppi pertinenti, nonché del principio di proporzionalità”¹⁹¹.

¹⁹⁰ Così il paragrafo 5: “Per stabilire se il prestatore di servizi si è conformato agli obblighi di cui al paragrafo 4 e alla luce del principio di proporzionalità, sono presi in considerazione, tra gli altri, gli elementi seguenti: a) la tipologia, il pubblico e la dimensione del servizio e la tipologia di opere o altri materiali caricati dagli utenti del servizio; e b) la disponibilità di strumenti adeguati ed efficaci e il relativo costo per i prestatori di servizi”. In tal senso, G. ABBAMONTE, “*La Direttiva Copyright tra proporzionalità e best effort. I nodi da sciogliere in sede di recepimento*”, Webinar promosso dalla Cattedra Jean Monnet in EU Innovation Policy (<https://www.uerinnovationchair.org/>), presieduta dalla Prof. Valeria Falce, insieme a Deep-In, coordinato dal Prof. Antonio Manganelli, Roma 16 dicembre 2020.

¹⁹¹ Il considerando 66 prosegue in tal senso: “(...) Ai fini di tale valutazione, occorre prendere in considerazione una serie di elementi, quali le dimensioni del servizio, l’evoluzione dello stato dell’arte dei mezzi esistenti, compresi i potenziali sviluppi

Da quanto riportato emerge come la direttiva offra importanti strumenti per una corretta interpretazione del concetto in parola, e ciò potrebbe rilevare soprattutto in relazione alla trasposizione delle norme da parte dei legislatori nazionali¹⁹².

Ancora, alla luce di quanto riportato e in virtù del centrale principio di proporzionalità, di cui al paragrafo 5 dell'articolo 17, la nozione di “best efforts” dovrebbe essere calibrata e interpretata in maniera differente in relazione alle caratteristiche del fornitore dei servizi e al tipo di contenuto¹⁹³.

Preme evidenziare che, dal dialogo organizzato dalla Commissione europea con le parti interessate per discutere le migliori prassi in materia di cooperazione tra prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* e titolari dei diritti, sono emerse considerazioni molto interessanti di carattere tecnico, che evidenziano delicate problematiche¹⁹⁴.

futuri, per evitare la disponibilità di diversi tipi di contenuti e il costo di tali mezzi per i servizi. Mezzi diversi per evitare la disponibilità di contenuti non autorizzati protetti dal diritto d'autore potrebbero essere appropriati e proporzionati a seconda del tipo di contenuto e non è pertanto da escludersi che in alcuni casi la disponibilità dei contenuti non autorizzati possano essere evitati solo previa notifica dei titolari dei diritti. Qualsiasi misura adottata dai prestatori di servizi dovrebbe essere efficace rispetto agli obiettivi perseguiti, ma non dovrebbero andare oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo di evitare e interrompere la disponibilità di opere e altri materiali non autorizzati (...).”

¹⁹² In via più generale, per interessanti spunti di riflessione sul recepimento della Direttiva 2019/790/UE, vedi V. FALCE, *Direttiva Copyright 2019: fair use ed eccezioni al copyright tra esigenze di “apertura” e necessità di Indirizzo*, in *Filodiritto*, 2019.

¹⁹³ A tal proposito si potrebbe effettuare un riferimento, solo a titolo esemplificativo, ai metadati identificativi per la musica che sono molto più sviluppati e quindi più semplici da ottenere rispetto a quelli relativi alle immagini.

¹⁹⁴ In particolare, la Commissione europea ha incominciato il dialogo con gli *stakeholders*, sull'applicazione dell'articolo 17, ad ottobre del 2019. Per approfondimenti sugli incontri maggiormente rilevanti, si veda O. HRUBA, *Stakeholders discuss how to apply new rules on value gap (article 17 of the Copyright Directive)*, *Latest meeting of stakeholders on the application of article 17*, in *Cullen International*, ottobre 2019; O. HRUBA, *Stakeholders meet for second time to discuss how to apply new rules on value gap (article 17 of the Copyright*

Innanzitutto, i “massimi sforzi” riguardano, come si è detto, l’ottenimento dell’autorizzazione e poi il filtro preventivo non generalizzato che deve essere effettuato nel momento in cui si ottengono le informazioni da parte dei titolari dei diritti, e quindi ai fini dell’esclusione dell’opera¹⁹⁵.

In relazione al primo aspetto, un elemento particolarmente rilevante potrebbe essere rappresentato dall’individuazione, da parte della Commissione, di specifiche condizioni per rilevare se effettivamente sono stati effettuati i massimi sforzi da parte delle piattaforme *online* per ottenere un’autorizzazione¹⁹⁶.

Una prima questione potrebbe riguardare, ad esempio, il caso in cui vi siano state difficoltà ad individuare i titolari dei diritti, perché magari si trovano fuori dal territorio nazionale. Chiaramente, la fattispecie trattata ha carattere necessariamente transnazionale, ragion per cui è emerso che regolamentare nel dettaglio tali questioni diventa un’operazione particolarmente complicata¹⁹⁷. Pertanto, parrebbe fondamentale tener

Directive), in *Cullen international*, novembre 2019; O. HRUBA, *Fifth stakeholder meeting on application of the new EU copyright rules: no united vision on “best efforts”*, in *Cullen International*, gennaio 2020; L. SBOARINA, *At sixth meeting on article 17 of the EU copyright Directive, stakeholders discuss rights of users*, in *Cullen International*, febbraio 2020.

¹⁹⁵ Per approfondimenti sul tema relativo alle tecnologie di filtraggio contenuti e diritti fondamentali, vedi A. BELLAN, *Piattaforme, obblighi di monitoraggio e risoluzione delle controversie online*, in *Informatica giuridica e diritto dell’informatica, Dir. Industriale*, 2020, 2, 184 (commento alla normativa).

¹⁹⁶ Così V. RAGONESI, “*Direttiva copyright: minacce e opportunità dell’articolo 17 sull’utilizzo dei contenuti creativi per la nostra industria culturale*”, Webinar organizzato dalla Luiss School of Law nell’ambito delle attività del centro di ricerca BILL., Roma 22 gennaio 2021.

¹⁹⁷ Su questo particolare aspetto uno sforzo molto importante si sta compiendo da parte della proposta di regolamento cd. *Digital services Act*, a cui si è fatto cenno, dal momento che per la prima volta la Commissione sta cercando di coordinare le posizioni dei diversi Stati membri, ad esempio attraverso coordinatori nazionali che verranno istituiti *ad hoc*. Ciò al fine di dare una posizione unitaria e maggior peso alle posizioni dell’Unione europea nel trattare con soggetti che chiaramente hanno rilevanza internazionale.

conto: del carattere transnazionale o meno e della facilità di rinvenire i titolari dei diritti quando si tratti, ad esempio, di grandi società o quando siano disponibili cataloghi di opere. Come si è detto, molto dipende poi anche dal genere di autorizzazione di cui si tratta, in relazione alle differenti tipologie di contenuti.

Una corretta interpretazione della nozione di “best efforts” pare inoltre essenziale per garantire un’appropriata salvaguardia degli usi legittimi di cui all’articolo 17, paragrafo 7, e assicurare, in tal senso, il delicato equilibrio tra i diversi diritti fondamentali interessati, che includono quelli dei titolari dei diritti, delle piattaforme *online* e degli utenti finali¹⁹⁸.

In considerazione dell’analisi operata, si potrebbe immaginare che, probabilmente, solo la prassi potrà definire le complesse questioni descritte, dal momento che pare quasi impossibile entrare nel dettaglio delle nuove disposizioni con le condizioni date, così come anche a livello nazionale di trasposizione della direttiva non sembrerebbe allo stato ipotizzabile¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Si ricorda che il paragrafo citato prevede che “La cooperazione tra i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online e i titolari dei diritti deve impedire la disponibilità delle opere o di altri materiali caricati dagli utenti, che non violino il diritto d'autore o i diritti connessi, anche nei casi in cui tali opere o altri materiali siano oggetto di un'eccezione o limitazione. Gli Stati membri provvedono affinché gli utenti in ogni Stato membro possano avvalersi delle seguenti eccezioni o limitazioni esistenti quando caricano e mettono a disposizione contenuti generati dagli utenti tramite i servizi di condivisione di contenuti online: a) citazione, critica, rassegna; b) utilizzi a scopo di caricatura, parodia o pastiche”.

¹⁹⁹ Un momento particolarmente significativo naturalmente sarà quello del recepimento della direttiva che deve avvenire entro giugno del 2021 e, la questione del criterio con il quale debba essere interpretata la nozione dei massimi sforzi richiesti al prestatore per ottenere l’autorizzazione da parte del titolare dei diritti è realmente centrale. A riguardo il disegno di legge europea 2019-2020, “Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l’attuazione di altri atti dell’Unione europea - Legge di delegazione europea 2019-2020”, che reca all’art. 9 la di recepire la Direttiva 2019/790/UE e che è stato approvato dal Senato lo scorso ottobre, fa riferimento alla nozione del rispetto del “principio di ragionevolezza”, laddove la direttiva prevede, come si è detto, al paragrafo 4 dell’articolo 17 che

Non rimane che attendere le linee guida della Commissione, con l’auspicio che le stesse forniscano una serie di indicazioni puntuali sui criteri utili all’individuazione corretta dei “best efforts”, cui i prestatori di servizi di contenuti *online* sono tenuti per non incorrere in responsabilità. Ciò nel rispetto dell’equilibrio tra i diritti fondamentali in gioco, che riflette la volontà dei co-legislatori nel corso del processo legislativo²⁰⁰.

6. *Tecnologie di identificazione dei contenuti e questioni collegate.*

Il riferimento alla “disponibilità di strumenti adeguati ed efficaci”, di cui all’articolo 17, paragrafo 5, *lett. b)*, della Direttiva 2019/790/UE, suscita evidentemente numerose riflessioni.

Si è detto che la norma impone di adattare la valutazione al caso concreto, tenendo presente lo specifico servizio offerto dal prestatore di servizi e il contesto tecnologico di volta in volta sussistente.

È imposto, in tal senso, un bilanciamento tra la tutela prevista a favore dei titolari dei diritti e la libertà d’impresa delle piattaforme *online*, dal momento che la norma citata impedisce di imporre a queste ultime di dotarsi di tecnologie eccessivamente costose, non solo rispetto all’efficacia dell’ipotetico strumento adottato, ma anche in relazione alla tipologia e alla dimensione del servizio offerto²⁰¹.

massimi sforzi debbano essere compiuti secondo elevati standard di diligenza professionale di settore. Il riferimento al solo principio di ragionevolezza rischierebbe, pertanto, di dar luogo ad interpretazioni controverse.

²⁰⁰ G. M. RUOTOLO, *Il copyright UE tra libertà di informazione, diritti fondamentali e mercato unico digitale*, in *Scritti di diritto internazionale ed europeo dei dati*, Cacucci editore, 2021, p. 179 ss., cit.

²⁰¹ Si ricorda che il paragrafo 5, dell’articolo 17, prevede che: “Per stabilire se il prestatore di servizi si è conformato agli obblighi di cui al paragrafo 4 e alla luce del

Una prima questione interessante, si è detto, attiene al filtro preventivo non generalizzato che deve essere effettuato, per escludere l'immissione di opere sulla piattaforma *online*, nel momento in cui si ottengono le "informazioni pertinenti e necessarie" da parte dei titolari dei diritti²⁰².

Al riguardo, la problematica relativa all'individuazione dei "best efforts" sembra essere particolarmente delicata e complessa.

Come noto, tali conoscenze tecniche non appartengono alle competenze del giurista, tuttavia pare opportuno approfondire la questione, evidenziando, innanzitutto, che le due tipologie di informazioni fornite dai titolari dei diritti riguarderebbero, attualmente, i cd. *metadata*, cioè informazioni che descrivono un insieme di dati (come, ad es. il titolo dell'opera, l'editore etc.) e, soprattutto, il cd. *fingerprint*²⁰³.

principio di proporzionalità, sono presi in considerazione, tra gli altri, gli elementi seguenti: a) la tipologia, il pubblico e la dimensione del servizio e la tipologia di opere o altri materiali caricati dagli utenti del servizio; e b) la disponibilità di strumenti adeguati ed efficaci e il relativo costo per i prestatori di servizi". Vedi M. BELLI, *La responsabilità dei «prestatori di servizi di condivisione di contenuti online» ai sensi della dir. 2019/790/UE*, cit.

²⁰² Il riferimento è al paragrafo 4, lett. b) dell'articolo 17. Laddove è previsto che nel caso in cui non sia concessa alcuna autorizzazione, "i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online sono responsabili per atti non autorizzati di comunicazione al pubblico, compresa la messa a disposizione del pubblico, di opere e altri materiali protetti dal diritto d'autore, a meno che non dimostrino di: (...) b) aver 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 (...). Per approfondimenti sul tema relativo alle tecnologie di filtraggio contenuti e diritti fondamentali, vedi A. BELLAN, *Piattaforme, obblighi di monitoraggio e risoluzione delle controversie online*, in *Informatica giuridica e diritto dell'informatica, Dir. Industriale*, cit.

²⁰³ Tra le moderne tecniche di intercettazione dei contenuti vi sono, in particolare, il *watermarking* e, ancor più, il *fingerprinting*. La prima tecnica associa all'opera una sorta di tatuaggio digitale o marchio digitale normalmente visibile all'utente che impedisce, o riduce le possibilità di "hackeraggio", la copia senza il marchio di appartenenza, che identifica univocamente mediante un logo o un testo il titolare dei diritti di sfruttamento patrimoniale. La seconda, invece, è inserita direttamente nel codice sorgente dell'opera, restando pertanto invisibile all'utente e dando la possibilità al titolare di rintracciarla, seppur compressa o trasformata in diversi

Quest'ultimo comprende informazioni di carattere informatico che riguardano l'opera. Volendo fare solo alcuni esempi, a seconda del tipo di opera, tali specifiche informazioni possono riguardare un certo numero di parole o un certo numero di capitoli, se si tratta di opere letterarie, oppure alcuni gruppi di note o parti del testo di una canzone, se si tratta di opere musicali e così via²⁰⁴.

Attraverso tali precisi elementi, nel momento in cui l'utente va a caricare sulla piattaforma *online* l'opera, si procede al confronto, finalizzato a valutare se vi è o meno coincidenza con il *fingerprint* fornito dal titolare dei diritti.

formati. A riguardo si veda V. IAIA, *La rinnovata responsabilità dell'internet service provider tra tenaci esigenze imprenditoriali e copiose istanze di tutela dei diritti d'autore nel mercato unico digitale*, in *Ius in itinere* cit. Per un più completo approfondimento sul tema: S. M. ABD EL-WAHED, A. ELFATATRY, M. S. ABOUGABAL, *Detection of Plagiarism in Database Schemas Using Structural Fingerprints*, atti della *ACS International Conference on Computer Systems and Applications*, cit.; M. J. DEEPA, R. KARUPPATHAL, A. KUMAR, *Copyright protection using digital watermarking*, in *International Journal of Computer Applications*, cit.; C. OBIMBO, B. SALAMI, *Using digital watermarking for copyright protection*, in *Intechopen*, cit.

²⁰⁴ Tra i primi importanti chiarimenti intervenuti sulla questione relativa alle nuove tecnologie di identificazione dei contenuti, è senz'altro opportuno ricordare un caso particolarmente interessante che ha interessato la giurisprudenza nazionale, già trattato nel capitolo I del presente lavoro. Si tratta di una decisione del Tribunale di Torino, adottata dapprima in via d'urgenza, a seguito di una richiesta di inibitoria formulata da Delta TV Programs - s.r.l. – quale titolare esclusivo dei diritti di sfruttamento in Italia di *telenovelas* – nei confronti della piattaforma francese *Dailymotion* (ordinanza del 3 giugno 2015, RG. n. 11343/2015). Qui emerge come decisivo diventa il ruolo degli strumenti informatici attualmente disponibili: “dal punto di vista tecnico, l'attuale stato della tecnologia consente di individuare, nell'ambito del materiale presente sulla piattaforma, quello corrispondente a un determinato contenuto. Certamente, per rintracciare i contenuti illeciti occorre disporre del relativo *file*; esistono però sistemi tecnologici avanzati, non a caso frutto delle ricerche e degli investimenti operati dagli ISP (...) che consentono di caricare il *file* nel sistema e utilizzarlo come una sorta di impronta digitale (*fingerprint*) per reperire le sue riproduzioni. Si tratta del “Content ID” di Yahoo o dell’*“Ina signature”* (...). Tali strumenti costituiscono la frontiera tecnologica di riferimento e vengono in preponderante rilievo per ascrivere pregnante contenuto agli obblighi giuridici delle parti”.

Evidentemente, nel primo caso l'opera si esclude, in caso contrario si ammette.

Interessanti spunti di riflessione possono riguardare l'obbligo implicito, incombente sui prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online*, di dotarsi di strumenti adeguati ed efficaci, quali appunto il citato *fingerprint*.

Il fatto che tale tecnica costituisca la frontiera tecnologica di riferimento diventerebbe, a questo punto, fondamentale per l'effettiva tutela del diritto d'autore e connessi e ciò rilevarebbe anche sotto un diverso profilo di tipo concorrenziale tra le piattaforme *online*.

Su questo sistema, estremamente delicato, si innesta un aspetto particolarmente significativo²⁰⁵: la valutazione che attiene la corrispondenza o meno tra i *fingerprint* – e quindi l'eventuale contraffazione dell'opera che si intende immettere *online* – spetterebbe alla piattaforma stessa. È evidente come il riconoscimento automatico effettuato dal sistema informatico possa lasciare adito a delle imprecisioni, soprattutto nel caso di una non completa coincidenza tra i dati forniti dai titolari dei diritti e l'opera che si intende caricare.

In virtù delle considerazioni effettuate, parrebbe ancora più rilevante comprendere su quali soggetti ricadrà il costo per lo sviluppo, da parte delle piattaforme *online*, di programmi e metodologie per l'identificazione dei contenuti non autorizzati²⁰⁶.

²⁰⁵ Su questo aspetto la Commissione ha chiesto il parere degli *stakeholders* e degli Stati membri. Così V. RAGONESI, “*Direttiva copyright: minacce e opportunità dell'articolo 17 sull'utilizzo dei contenuti creativi per la nostra industria culturale*”, Webinar organizzato dalla Luiss School of Law nell'ambito delle attività del centro di ricerca BILL., Roma 22 gennaio 2021.

²⁰⁶ La problematica era già stata evidenziata nell'ambito della proposta di direttiva in materia di diritto d'autore il mercato unico digitale. Vedi, G. DE SANCTIS, *Le nuove proposte di riforma della Commissione europea in materia di copyright. Analisi dei profili più rilevanti in relazione alle tematiche d'interesse dell'AGCom*”, GIUSTAMM - Rivista di diritto amministrativo, cit.

Anche in questo caso, occorrerà, probabilmente, attendere gli “orientamenti” della Commissione di cui al paragrafo 10, dell’articolo in commento.

Occorre far cenno, poi, ad un’interessante ipotesi presa in considerazione dalla Commissione europea, secondo la quale i servizi di condivisione di contenuti *online*, nell’utilizzare tecnologie di riconoscimento dei contenuti – come possono essere quelle dei *watermarking*²⁰⁷ o *fingerprinting* o altri tipi di tecnologie – dovrebbero distinguere i caricamenti che, *prima facie*, potrebbero costituire una violazione del diritto d’autore, da quelli che, *prima facie*, potrebbero essere coperti da un’eccezione e quindi, probabilmente, legittimi²⁰⁸.

Tale distinzione permetterebbe di limitare il blocco automatico soltanto ai caricamenti identificati come “potenziale violazione del diritto d’autore” e di sottoporre gli altri casi – ad esempio, autorizzati ai sensi delle eccezioni di citazione, critica, rassegna, caricatura, parodia o *pastiche* – ad una verifica umana, laddove il contenuto rimarrebbe *online*.

Accogliendo tale approccio, sarebbe possibile raggiungere un equo bilanciamento tra il diritto d’autore, la libertà di espressione degli utenti e il rispetto della creazione artistica²⁰⁹.

²⁰⁷ Si è detto che tale tecnica associa all’opera una sorta di tatuaggio digitale o marchio digitale normalmente visibile all’utente che impedisce, o riduce le possibilità di “hackeraggio”, la copia senza il marchio di appartenenza, che identifica univocamente mediante un logo o un testo il titolare dei diritti di sfruttamento patrimoniale.

²⁰⁸ In tal senso, V. RAGONESI, “*Direttiva copyright: minacce e opportunità dell’articolo 17 sull’utilizzo dei contenuti creativi per la nostra industria culturale*”, Webinar organizzato dalla Luiss School of Law nell’ambito delle attività del centro di ricerca BILL., Roma 22 gennaio 2021.

²⁰⁹ G. ABBAMONTE, “*La Direttiva Copyright tra proporzionalità e best effort. I nodi da sciogliere in sede di recepimento*”, Webinar promosso dalla Cattedra Jean Monnet in EU Innovation Policy (<https://www.uerinnovationchair.org/>), presieduta dalla Prof. Valeria Falce, insieme a Deep-In, coordinato dal Prof. Antonio Manganeli, Roma 16 dicembre 2020. A tal proposito, la Commissione ha fatto

È chiaro che su questa questione, e quindi sull'opportunità di utilizzare il riferimento ad un principio del “presumibilmente in violazione” o “presumibilmente legittimo”, possono sorgere alcune perplessità, dal momento che si tratta di un criterio non rinvenuto nel testo della Direttiva 2019/790/UE e che, pertanto, potrebbe generare incertezza nella sua applicazione.

E comunque, seguendo tale ragionamento, se il *fingerprint* fornisse cinquanta elementi specifici e vi fosse una coincidenza dell'opera con quarantanove di questi, si potrebbe ragionevolmente dedurre che l'opera sia in contraffazione; qualora vi fosse invece una coincidenza, ad esempio, di soli dieci elementi si presenterebbe la possibilità di valutare l'esistenza di un'eccezione.

Quest'ultimo aspetto pare fondamentale se letto in combinato disposto con quanto previsto dall'articolo 17 sul tema delle eccezioni.

Come si è visto, infatti, laddove vi sia un'eccezione al diritto d'autore connessi è previsto che l'opera possa essere comunque utilizzata²¹⁰.

In realtà però, il paragrafo 7 fa riferimento ad eccezioni specifiche – quali citazione, critica, rassegna, utilizzi a scopo di caricatura, parodia o *pastiche* – mentre, il paragrafo 9 prevede espressamente che “(...) [l]a presente direttiva non incide in alcun modo sugli utilizzi legittimi, quali quelli oggetto delle eccezioni o limitazioni previste dal diritto dell'Unione (...)”.

Alla luce della ricostruzione effettuata, si potrebbe porre anche il problema dell'esistenza o meno di una eccezione, dal momento che, nel

circolare un documento, chiedendo ai titolari di diritti di esprimere le proprie opinioni e proponendo tale soluzione in merito al caricamento, laddove la valutazione deve essere fatta in base al *likely infringing* o *likely legitimate* dell'opera che si intende caricare.

²¹⁰ Sul tema delle eccezioni si rimanda a quanto previsto dai paragrafi 7 e 9, dell'articolo 17.

caso, ad esempio, di una parodia di un'opera pare evidente che gran parte dell'opera sia ripresa in forma caricaturale nel nuovo contenuto che si intende caricare. In tal senso, valutare se si tratti di una parodia o di una mera contraffazione diventerebbe oggettivamente complesso²¹¹. Certamente spetterà alla giurisprudenza risolvere le questioni descritte e valutare caso per caso l'esistenza o meno un'eccezione che possa giustificare l'utilizzo di un'opera specifica.

Ad ogni buon conto, un dato significativo da tenere in considerazione è che le tecnologie informatiche di identificazione dei contenuti di cui si tratta sono in continua evoluzione.

Pertanto, stabilire dei criteri precisi in base ai quali sia possibile ritenere che lo sforzo effettuato dal prestatore di servizi di contenuti *online* sia adeguato è forse quasi impossibile, dal momento che rapidamente le varie tecniche utilizzate vengono ad essere superate²¹².

²¹¹ Per alcune riflessioni sulla possibilità dell'utente di avvalersi delle eccezioni o limitazioni citate e sul conseguente percorso attuativo della Direttiva *Copyright* lasciato al legislatore nazionale, vedi: V. FALCE, *Direttiva Copyright 2019: fair use ed eccezioni al copyright tra esigenze di "apertura" e necessità di Indirizzo*, in *Filodiritto*, cit. Vi sono, inoltre, delle situazioni in cui l'eccezione nasce autonomamente rispetto all'opera, laddove ci si potrebbe avvalere di una parte molto significativa della stessa, essendo giustificato dall'eccezione. È il caso, ad esempio delle eccezioni relative all'insegnamento o per finalità scientifiche. Al riguardo, si veda il Titolo II della Direttiva 2019/790/UE sulle "Misure miranti ad adeguare le eccezioni e le limitazioni all'ambiente digitale e al contesto transfrontaliero". In questo caso, sorgerebbe forse un'ulteriore questione relativa all'onere di fornire la prova che, in realtà, nell'utilizzare una determinata opera, ci si stia avvalendo di un'eccezione.

²¹² Tale considerazione è emersa anche dagli incontri avvenuti tra la Commissione e gli *stakeholders*. Per approfondimenti sugli incontri avvenuti, si veda O. HRUBA, *Stakeholders discuss how to apply new rules on value gap (article 17 of the Copyright Directive)*, *Latest meeting of stakeholders on the application of article 17*, in *Cullen International*, cit. Vedi, inoltre, O. HRUBA, *Stakeholders meet for second time to discuss how to apply new rules on value gap (article 17 of the Copyright Directive)*, in *Cullen international*, cit.; O. HRUBA, *Fifth stakeholder meeting on application of the new EU copyright rules: no united vision on "best efforts"*, in *Cullen International*, cit.; L. SBOARINA, *At sixth meeting on article 17 of the EU Copyright Directive, stakeholders discuss rights of users*, in *Cullen International*, cit.

Per le ragioni fin qui esposte e al fine di conseguire un giusto bilanciamento tra diritti fondamentali in gioco, gli aspetti problematici evidenziati meriteranno forse, nuovi approfondimenti che tengano conto, ancora una volta, dell'evoluzione tecnologica.

7. *Le scelte effettuate e il rispetto dei diritti fondamentali.*

Di fronte alle delicate problematiche emerse dall'approfondimento delle disposizioni di cui all'articolo 17 della Direttiva *Copyright*, pare interessante effettuare alcune riflessioni sulle scelte compiute dal legislatore europeo attraverso la riforma con l'obiettivo di raggiungere un equilibrio ottimale tra diritti fondamentali concorrenti²¹³.

In primo luogo, come è stato rilevato in precedenza, l'utilizzo delle tecnologie di riconoscimento dei contenuti o cd. sistemi di filtraggio, potrebbe sollevare il problema della compatibilità di tali dispositivi, da un lato con i diritti delle piattaforme di condivisione di contenuti *online* – poiché emergerebbe un onere a loro carico durante l'esercizio dell'attività economica esercitata²¹⁴ – dall'altro con i diritti degli utenti, impedendogli di beneficiare della possibilità di caricare o godere di

²¹³ R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri*, in L. S. ROSSI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali*, Napoli, 2011, p. 359 ss.

²¹⁴ Il riferimento è all'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sulla "Libertà d'impresa". Vedi C. MALBERTI, *Commento all'articolo 16, Libertà d'impresa*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit.

contenuti protetti, e limitando, pertanto, la loro libertà di espressione e di informazione²¹⁵.

Si è discusso, inoltre, sul fatto che l'articolo 17 della Direttiva *Copyright* potrebbe interferire con il diritto degli utenti alla protezione dei dati personali²¹⁶, nella misura in cui meccanismi come le tecnologie di riconoscimento dei contenuti potrebbero portare all'identificazione degli utenti stessi²¹⁷.

Tali perplessità sono sorte soprattutto dall'approfondimento della giurisprudenza europea in materia, nella causa C-70/10 – *Scarlet c. Sabam* e nella causa C-360/10, *Sabam c. Netlog*²¹⁸, in cui si è rilevato che, in particolari circostanze, l'ingiunzione di utilizzare il sistema di

²¹⁵ Vedi R. MASTROIANNI E G. STROZZI, *Commento all'art. 11 Libertà di espressione e di informazione*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit.

²¹⁶ Il riferimento è all'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sulla "Protezione dei dati di carattere personale". Vedi O. POLLICINO e M. BASSINI, *Commento all'articolo 8, Protezione dei dati di carattere personale*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit. Per approfondimenti sulle norme rilevanti a tutela dei dati personali nell'Unione europea nonché sulla recente giurisprudenza della Corte di giustizia a riguardo, vedi V. CAPUANO, *La protezione dei dati ed il progetto di procedimento amministrativo europeo*, in *Federalismi.it*, cit. Vedi anche G. CAGGIANO, *La Corte di giustizia consolida il ruolo costituzionale nella materia dei dati personali*, in *Studi sull'integrazione europea*, cit.

²¹⁷ Ciò è vero soprattutto con riferimento alla originaria formulazione dell'articolo in parola nella proposta della Commissione europea: "Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale" COM (2016) 593 final. Si rimanda, in merito, all'analisi effettuata nell'ambito del capitolo II, della presente trattazione.

²¹⁸ Il riferimento è alla pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 24 novembre 2011 – in causa C-70/10 – *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, *Belgian Entertainment Association Video ASBL (BEA Video)*, *Belgian Entertainment Association Music ASBL (BEA Mu-sic)*, *Internet Service Provider Association ASBL (ISPA)*, cit. e alla pronuncia del 16 febbraio 2012 – in causa C-360/10 – *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV*, cit.

filtraggio non poteva rispettare il requisito di ottenere un equo equilibrio tra i diritti fondamentali in gioco.

In particolare, la Corte di Giustizia, pronunciandosi sulla compatibilità con il diritto dell'Unione europea dell'adozione obbligatoria di un sistema di *filtering* a protezione dei contenuti tutelati dal diritto d'autore, ha sostenuto che la tutela del diritto fondamentale di proprietà, di cui fanno parte i diritti di proprietà intellettuale, deve essere bilanciata con quella degli altri diritti fondamentali (nella specie la libertà d'impresa, il diritto alla tutela dei dati personali e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni) ed ha evidenziato che il bilanciamento tra tutela dei diritti IP e interessi antagonisti comporta – nel caso concreto sottoposto alla Corte – che le direttive europee in materia di diritto d'autore, lette in combinato disposto e tenendo presenti i diritti fondamentali applicabili, debbono essere interpretate nel senso che ostano ad un'ingiunzione ad un fornitore di accesso di *internet* di predisporre un sistema di filtraggio²¹⁹.

²¹⁹ Si tratta del dispositivo della pronuncia cd. *Scarlet c. Sabam*. La pronuncia cd. *Sabam c. Netlog* pone un divieto analogo con riguardo al fornitore di *hosting*. In particolare, il divieto riguarda 1) di tutte le comunicazioni elettroniche che transitano per i suoi servizi, che si applichi indistintamente a tutta la sua clientela, a titolo preventivo, a sue spese esclusive, e senza limiti di tempo e 2) che sia idoneo ad identificare nella rete di tale fornitore la circolazione di *file* contenenti un'opera rispetto alla quale chi chieda l'ingiunzione affermi di vantare diritti d'autore che sarebbero altrimenti pregiudicati. La Corte esclude, allora, che un fornitore di accesso a internet sia obbligato a predisporre ai sensi dell'articolo 12 della Direttiva 2000/31/CE particolari misure di *filtering* dei dati trasmessi a tutela dei titolari di diritti d'autore e basa il proprio convincimento sugli artt. 3, paragrafo 2, della direttiva 2004/48/CE e 15 della Direttiva 2000/31/CE. In primo luogo, ciò causerebbe una grave violazione della libertà d'impresa del fornitore poiché l'obbligherebbe a predisporre un sistema informatico complesso, costoso (articolo 3, paragrafo 1, direttiva 2004/48/CE), vi sarebbe poi un eventuale conflitto con il principio di proporzionalità (infatti l'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2004/48/CE, afferma che tali misure devono essere effettive, proporzionate e dissuasive). Ancora, l'attribuzione di questo obbligo di attivarsi (*facere*) in capo agli ISP non sarebbe coerente con l'articolo 15 Direttiva 2000/31/CE che afferma invece l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza e di controllo. Infine, l'impiego di così ampie misure di filtraggio preventivo lederebbe pure il diritto all'informazione

Volendo analizzare le diverse questioni rappresentate, va detto, in relazione al principio sulla libertà d'impresa, che è stato senz'altro essenziale indagare sulle misure previste dalla Direttiva 2019/790/UE in relazione al costo per lo sviluppo delle metodologie per l'identificazione dei contenuti non autorizzati e, in particolare, se tali misure potessero essere considerate come diverse o meno onerose rispetto al sistema di filtraggio di cui ai casi analizzati dalla Corte di Giustizia.

A tal proposito, l'obbligo di adottare le tecniche citate pare sia limitato solo all'oggetto identificato dai titolari dei diritti, in virtù dell'essenziale cooperazione di questi ultimi con i prestatori di servizi, seppure diverse perplessità sorte al riguardo potranno essere risolte solo alla luce degli "orientamenti", che la Commissione europea è tenuta ad adottare sull'applicazione dell'articolo 17 e, in particolare del paragrafo 4²²⁰.

e alla libera manifestazione del pensiero dei clienti del fornitore di accesso (ex. artt. 10 e 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), anche perché tale sistema potrebbe non essere in grado di distinguere adeguatamente tra un contenuto lecito e illecito, sicché il suo impiego potrebbe produrre il risultato di bloccare comunicazioni aventi un contenuto lecito. In via generale, si aggiunge che le misure adottate dal fornitore del servizio di accesso devono rispettare la libertà di informazione degli utenti di *internet* e quindi essere rigorosamente mirate, cioè necessarie e proporzionali allo scopo di porre fine alla violazione arrecata da parte di un terzo a un diritto d'autore o connesso, senza pregiudizio degli utenti di *internet* che ricorrono ai servizi di tale fornitore al fine di accedere lecitamente alle informazioni. Diversamente una limitazione alla libertà di informazione degli utenti di *internet* non sarebbe giustificata e proporzionale rispetto all'obiettivo perseguito. Non è necessario, infine, che l'esecuzione dell'inibitoria conduca alla cessazione completa delle violazioni arrecate ai diritti esclusivi; tuttavia, le misure adottate devono essere sufficientemente efficaci per garantire una tutela effettiva del diritto fondamentale di cui si tratta, vale a dire esse devono avere l'effetto di impedire o almeno rendere difficilmente realizzabili le consultazioni non autorizzate dei materiali protetti. E ciò anche perché il diritto di proprietà intellettuale non è "intangibile" e la sua tutela non deve essere garantita in modo assoluto.

²²⁰ Si è visto che l'articolo 17, al paragrafo 10, prevede che "[a] decorrere dal 6 giugno 2019, la Commissione, in cooperazione con gli Stati membri, organizza dialoghi tra le parti interessate per discutere le migliori prassi per la cooperazione tra i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online e i titolari dei diritti. La

Come emerge dall'analisi effettuata nei precedenti paragrafi, si cerca, inoltre, di comprendere su quali soggetti ricadranno i costi per l'implementazione dei citati strumenti tecnologici e in quale misura i titolari dei diritti potrebbero partecipare, dovendo produrre, comunque, i dati di identificazione necessari. Anche qui il ruolo della Commissione pare sia fondamentale.

Ulteriore questione di notevole interesse attiene poi alla relazione tra le nuove norme di cui si discute e il diritto fondamentale alla libertà di espressione e di informazione.

In merito, si è già approfondita la tematica relativa all'eventuale rischio che le tecnologie adoperate dai prestatori di condivisione dei contenuti *online* potrebbero non distinguere adeguatamente tra contenuti caricati illecitamente o meno e quindi bloccare o rimuovere, per errore, comunicazioni legali.

In questo caso, il legislatore europeo, nel prevedere l'identificazione, in anticipo, da parte dei titolari dei diritti delle opere protette per le quali intendono limitare l'accesso – e ciò attraverso l'invio di “informazioni pertinenti e necessarie” al prestatore – ha rafforzato il concetto di collaborazione attiva tra le parti, introducendo una diminuzione

Commissione, di concerto con i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online, i titolari dei diritti, le organizzazioni di utenti e altre parti interessate pertinenti e tenendo conto dei risultati dei dialoghi con le parti interessate, emette orientamenti sull'applicazione del presente articolo, in particolare per quanto concerne la cooperazione di cui al paragrafo 4. Nel discutere le migliori prassi, si tiene specialmente conto, tra l'altro, della necessità di pervenire a un equilibrio tra i diritti fondamentali e il ricorso a eccezioni e limitazioni. Ai fini del dialogo con le parti interessate, le organizzazioni di utenti hanno accesso a informazioni adeguate fornite dai prestatori di servizi di condivisione di contenuti online sul funzionamento delle loro prassi in relazione al paragrafo 4”. Per approfondimenti al riguardo si rimanda al paragrafo 4 del presente capitolo.

sostanziale della possibilità di bloccare un contenuto caricato lecitamente²²¹.

E vi è di più. La scelta di disporre un obbligo per gli Stati membri di assicurare che i prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* mettano in atto meccanismi di reclamo e ricorso celere per consentire la contestazione di situazioni in cui l'accesso al contenuto legale è limitato a causa dell'applicazione impropria delle tecnologie, pare rappresentare un significativo traguardo sotto il profilo della tutela degli utenti²²².

Tale soluzione, insieme alla previsione che consente agli utenti la possibilità di avvalersi, rispetto ai contenuti caricati e messi a

²²¹ Il riferimento è al paragrafo 4, lett *b*), dell'articolo 17: “Qualora non sia concessa alcuna autorizzazione, i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online sono responsabili per atti non autorizzati di comunicazione al pubblico, compresa la messa a disposizione del pubblico, di opere e altri materiali protetti dal diritto d'autore, a meno che non dimostrino di: a) (...) e b) aver 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 (...)”.

²²² Si fa riferimento al paragrafo 9, dell'articolo 17, il quale prevede che: “Gli Stati membri dispongono che i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online istituiscano un meccanismo di reclamo e ricorso celere ed efficace che sia disponibile agli utenti dei loro servizi in caso di controversie in merito alla disabilitazione dell'accesso a, o alla rimozione di, specifiche opere o altri materiali da essi caricati. Ove i titolari dei diritti chiedano che sia disabilitato l'accesso a loro specifiche opere o altri materiali, o che tali opere o altri materiali siano rimossi, essi devono indicare debitamente i motivi della richiesta. I reclami presentati nell'ambito del meccanismo di cui al primo comma sono trattati senza indebito ritardo e le decisioni volte a disabilitare l'accesso o a rimuovere i contenuti caricati sono soggette a verifica umana. Gli Stati membri garantiscono altresì che meccanismi di ricorso stragiudiziale siano disponibili per la risoluzione delle controversie. Tali meccanismi consentono una risoluzione imparziale delle controversie e non privano l'utente della protezione giuridica offerta dal diritto nazionale, fatto salvo il diritto degli utenti di avvalersi di mezzi di ricorso giurisdizionali efficaci. In particolare, gli Stati membri provvedono a che gli utenti abbiano accesso a un giudice o un'altra autorità giudiziaria competente per far valere l'applicazione di un'eccezione o di una limitazione al diritto d'autore e ai diritti connessi. (...) I prestatori di servizi di condivisione di contenuti online informano i loro utenti, nei loro termini e condizioni, della possibilità di utilizzare opere e altri materiali conformemente alle eccezioni o limitazioni al diritto d'autore e ai diritti connessi previste dal diritto dell'Unione”.

disposizione, delle eccezioni di citazione, critica, rassegna, nonché utilizzati a scopo di caricatura, parodia o pastiche, salvaguardo in generale gli utilizzi legittimi previsti dal diritto dell'Unione²²³, risulta particolarmente appropriata al fine del raggiungimento di un giusto equilibrio tra diritti fondamentali concorrenti.

Infine, relativamente al diritto alla protezione dei dati di carattere personale, le perplessità sorte in relazione all'eventuale controllo da parte del prestatore di ulteriori dati relativi al contenuto caricato, come, ad esempio, l'identità o l'indirizzo IP dei singoli *uploaders*, sono state superate dalla nuova formulazione dell'articolo 17 rispetto alla proposta di direttiva presentata dalla Commissione.

In merito, al paragrafo 9, è aggiunta una rilevante precisazione laddove rimane esclusa l'identificazione dei singoli utenti e il trattamento dei loro dati personali²²⁴.

²²³ Si vedano, a tal proposito i paragrafi 7 e 9, terzo capoverso, dell'articolo 17. In relazione ad alcune delicate problematiche sorte sul tema nel corso degli incontri della Commissione europea con gli *stakeholders* si veda l'analisi effettuata nell'ambito dei paragrafi 5 e 6 del presente capitolo.

²²⁴ Così il terzo capoverso del paragrafo 9, dell'articolo 17: "La presente direttiva non incide in alcun modo sugli utilizzi legittimi, quali quelli oggetto delle eccezioni o limitazioni previste dal diritto dell'Unione, e non comporta l'identificazione dei singoli utenti né il trattamento dei dati personali, salvo conformemente alla direttiva 2002/58/CE e al regolamento (UE) 2016/679". Al riguardo è opportuno effettuare alcune riflessioni. Relativamente alla tutela che deve riconoscersi alla libertà di espressione e di informazione degli utenti nonché alla tutela dei dati personali degli stessi, va tenuto conto, ancora una volta, quanto precisato dalla Corte di giustizia con riferimento alle misure adottabili nei confronti degli *hosting provider* (Corte di giustizia, 12 luglio 2011, causa C-324/09, cit.; Corte di giustizia, 24 novembre 2011, C-70/10, cit.). Pertanto, un sistema di *filtering* non in grado di distinguere adeguatamente tra un contenuto lecito ed uno illecito sarebbe ingiustificatamente lesivo della libertà di informazione e potrebbe non rispettare il principio di proporzionalità. Allo stesso modo, un sistema di *filtering* che attui un dettaglio sistematico di tutti i contenuti potrebbe comportare una raccolta e una conseguente identificazione degli indirizzi IP di tutti gli utenti, anche di coloro che non abbiano dato origine alla diffusione dei contenuti illeciti. Con riferimento alla tutela dei dati personali, va evidenziato come la disposizione in commento faccia salva l'applicazione di tutta la normativa a tutela dei dati personali, affermando la sua rilevanza in questo specifico ambito. Per approfondimenti sulle norme rilevanti a

8. *Alcune riflessioni conclusive.*

Volendo esprimere alcune considerazioni conclusive, alla luce dell'analisi operata in relazione al nuovo speciale regime di responsabilità per le piattaforme *online* – introdotto dall'articolo 17 della Direttiva 2019/790/UE – occorre evidenziare come, attraverso le innovative disposizioni in materia di utilizzi specifici di contenuti protetti dal diritto d'autore e connessi, il legislatore europeo abbia raggiunto un importante traguardo a tutela della creatività.

Risulta, infatti, fortemente attenuato il regime di esonero da responsabilità di cui alla Direttiva 2000/31/CE, un sistema forse troppo a lungo trascurato.

Sotto questo aspetto, si è inteso creare una normativa che fosse adeguata allo scenario tecnologico attuale, evidentemente mutato rispetto ai tempi dell'adozione della Direttiva sul commercio elettronico.

La nuova disciplina andrebbe così a coprire, almeno in parte, quell'area rimasta per diverso tempo priva di specifiche regole e nella quale opera il cd. *hosting provider* “attivo”, figura, come si è avuto modo di rilevare, di creazione giurisprudenziale.

In primo luogo, preme osservare che, dall'esame delle nuove previsioni in tema di responsabilità dei prestatori di servizi, emerge come il campo di applicazione della Direttiva 2019/790/UE sia definito sulla base di presupposti soggettivi – laddove l'articolo 17 si applica esclusivamente ad una determinata categoria di soggetti: “prestatori di servizi di condivisione di contenuti online” – ed oggettivi, dal momento che riguarda solo i contenuti protetti dal diritto d'autore e connessi.

tutela dei dati personali nell'Unione europea nonché sulla recente giurisprudenza della Corte di giustizia a riguardo, vedi V. CAPUANO, *La protezione dei dati ed il progetto di procedimento amministrativo europeo*, in *Federalismi.it*, febbraio 2017.

In proposito, il fatto che tale disciplina non vada ad intervenire sulla Direttiva 2000/31/CE, potrebbe far ipotizzare una frammentazione delle tutele, sia in relazione ai contenuti, che per quel che concerne i soggetti a cui è destinata.

Infatti, in tema di responsabilità dei prestatori di servizi, alle figure dei cd. *mere conduit*, *catching* e *hosting* – previste dalla Direttiva 2000/31/CE – si aggiunge quella del *prestatore di servizi di condivisione di contenuti online*, con ulteriori distinzioni al suo interno²²⁵.

È interessante notare poi l'eliminazione del requisito della “conoscenza”, invece centrale nella disciplina relativa al prestatore di servizi di *hosting*, di cui alla Direttiva 2000/31/CE.

In tal senso, ai sensi dell'articolo 17 della Direttiva *Copyright*, la conoscenza o meno, da parte del prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online*, dell'illecita pubblicazione dei contenuti protetti pare rilevante solo per l'attivazione di obblighi successivi, ma i doveri in capo allo stesso sorgerebbero prima, dovendo egli compiere i “best efforts” già per l'ottenimento dell'autorizzazione alla pubblicazione dei materiali protetti.

²²⁵ In merito, si potrebbe ulteriormente riflettere in considerazione delle innovative previsioni in tema di responsabilità delle cd. *Video sharing platforms*, recentemente introdotte dal legislatore dell'Unione attraverso la Direttiva 2018/1808/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 recante modifica della direttiva 2010/13/UE (*Relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato – cd. Direttiva SMAV)*). Per un commento sul tema relativo alle nuove norme sulle piattaforme per la condivisione di video, vedi G.B. ABBAMONTE, *Le nuove norme sulle piattaforme internet*, in G.B. ABBAMONTE, E. APA, O. POLLICINO (a cura di), *La riforma del mercato audiovisivo europeo*, cit. e G. DE SANCTIS, *La revisione della direttiva servizi media audiovisivi – le nuove norme sulle video-sharing platforms*, in G.B. ABBAMONTE, E. APA, O. POLLICINO (a cura di), *La riforma del mercato audiovisivo europeo*, cit.

Infine, con riferimento alla possibilità di imporre alle piattaforme di condivisione di contenuti *online* un obbligo di *filtering*, nonostante le innovative previsioni introdotte compiano un importante passo in avanti, la questione andrebbe ulteriormente approfondita, forse alla luce di una valutazione caso per caso affidata alla giurisprudenza in virtù del necessario bilanciamento tra diritti fondamentali e interessi contrapposti.

Conseguentemente, lo scenario descritto potrebbe riportare a risultati simili a quelli ottenuti dall'interpretazione della disciplina sul commercio elettronico.

Ad ogni buon conto, la “ricalibrazione” della responsabilità *online* degli intermediari, attraverso la disciplina speciale puntualmente descritta nei precedenti paragrafi, parrebbe consentire una sorta di rinascita dei diritti dell'industria culturale, laddove si provvede ad introdurre, per la prima volta, un essenziale dialogo tra piattaforme *online* e titolari dei diritti, nel quale la tecnologia avrà un ruolo centrale²²⁶.

E allora, proprio in considerazione della continua evoluzione delle nuove tecnologie sarebbe forse impossibile, allo stato, fissare dei precisi criteri – in relazione alle misure tecniche che le piattaforme *online* sono tenute ad adottare per impedire il caricamento di opere protette dal diritto d'autore – che valgano per sempre.

²²⁶ A tal proposito, occorre, ad ogni buon conto, ricordare che l'atto potrebbe non rappresentare per l'industria creativa un traguardo definitivo, dal momento che il paragrafo 8 dell'articolo 17 conferma l'esclusione di un obbligo di sorveglianza di tipo generale sulle informazioni trasmesse o memorizzate. Così dispone la prima parte del paragrafo citato: “L'applicazione del presente articolo non comporta alcun obbligo generale di sorveglianza”. Si legge poi: “Gli Stati membri dispongono che i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online forniscano ai titolari dei diritti, su richiesta di questi ultimi, informazioni adeguate sul funzionamento delle loro prassi per quanto riguarda la cooperazione di cui al paragrafo 4 e, qualora siano stati conclusi accordi di licenza tra i prestatori di servizi e i titolari dei diritti, informazioni sull'utilizzo dei contenuti oggetto degli accordi”.

A questo proposito, sarebbe auspicabile una trasposizione puntuale delle norme in commento, da parte degli Stati membri, che lasci il giusto spazio alla giurisprudenza per l'applicazione delle stesse, anche in maniera dinamica.

*9. Prospettive future per la responsabilità delle piattaforme online:
il Digital Services Act.*

Come si è visto, non vi è dubbio che l'adozione della Direttiva *Copyright* rappresenti un significativo risultato in materia di tutela della creatività.

Nel merito, la circostanza per cui l'intervento normativo – pur sostanziandosi in un'iniziativa settoriale, che riguarda specifiche violazioni, limitate sia per categoria che per tipologia di servizi – riduca parzialmente il regime di operatività delle previsioni in tema di responsabilità dei prestatori di servizi *online*²²⁷, codificando l'esistenza di nuovi soggetti che operano in rete, costituisce certamente una significativa novità.

Si tratta di un primo passo per una regolazione che coinvolge anche le piattaforme, le quali hanno acquisito un ruolo sempre più rilevante nel contesto digitale²²⁸.

Nel provvedere a disciplinare la fluidità della rete internet, attraverso l'individuazione di precise figure e costruendo intorno ad esse

²²⁷ Il riferimento è, come si è detto, alle norme in tema di responsabilità dei cd. *internet service providers*, di cui alla Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico. Per un'analisi dettagliata al riguardo, si rimanda al capitolo I del presente lavoro.

²²⁸ A ciò corrisponderebbero, necessariamente, maggiori responsabilità per tali soggetti. In merito, si veda l'approfondimento effettuato nell'ambito del capitolo II della presente trattazione.

responsabilità ed obblighi, il legislatore dell’Unione pare aver anticipato, seppur solo in parte, uno degli intenti perseguiti con il pacchetto di proposte legislative su servizi e piattaforme *online*, presentato dalla Commissione europea nel dicembre del 2020²²⁹.

Il riferimento è alla proposta di regolamento “Legge sui servizi digitali”, nota come *Digital Services Act* (anche proposta *DSA*), la quale merita in questa sede alcuni brevi cenni²³⁰.

²²⁹ Vedi https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_20_2347. *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE (DSA) COM (2020) 845 final, 15.12.2020; Proposta di Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (DMA) COM(2020) 842 final, 15.12.2020; Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla governance europea dei dati (DGA). La proposta della Commissione di due distinti testi legislativi intende marcare la distinzione fra le discipline dei servizi (DSA) e della concorrenza/regolazione per le imprese (DMA) COM (2020) 767 final, 25.11.2020. L’impianto pro-concorrenziale del DMA si applica solo alle “grandi piattaforme”. La terza proposta (DGA) propone un nuovo modello di soggetti intermediari per la condivisione dei dati non-personali di pubblica utilità, specie per la salute pubblica, recuperando la dimensione pubblica e collettiva.*

²³⁰ La base giuridica della proposta è l’articolo 114 del TFUE, fondamento per l’armonizzazione delle legislazioni nazionali che consente l’adozione di misure dell’Unione per l’instaurazione e il funzionamento del mercato interno. Come noto, la natura concorrente della competenza dell’Unione europea del mercato consente agli Stati membri di adottare regole nazionali fino a quando uno specifico aspetto della materia non sia disciplinato dall’Unione. Tuttavia, va ricordato che, con riferimento all’ambito dello sviluppo tecnologico, la competenza concorrente dell’Unione non impedisce agli Stati membri di continuare ad esercitare la propria competenza in materia. Per un approfondimento sul tema della responsabilità dei *provider* nella prospettiva del *Digital Services Act*, vedi i seguenti studi: T. MADIEGA, *Reform of the EU liability regime for online intermediaries. Background on the forthcoming Digital Services Act*, 2020, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649404/EPRS_IDA\(2020\)649404_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649404/EPRS_IDA(2020)649404_EN.pdf); N. IACOB, F. SIMONELLI, *How to Fully Reap the Benefits of the Internal Market for E-Commerce?*, 2020, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648801/IPOL_STU\(2020\)648801_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648801/IPOL_STU(2020)648801_EN.pdf); L. NIOMBO, T. EVAS, *Digital services act - European added value assessment*, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/654180/EPRS_STU\(2020\)654180_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/654180/EPRS_STU(2020)654180_EN.pdf); J. B. NORDEMANN *The functioning of the Internal Market for Digital Services: responsibilities and duties of care of providers of Digital Services*, 2020, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648802/IPOL_STU\(2020\)648802_IPOL_STU\(2020\)648802_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648802/IPOL_STU(2020)648802_IPOL_STU(2020)648802_EN.pdf)

L'obiettivo è quello di introdurre una serie di nuovi obblighi armonizzati per i servizi digitali a livello dell'Unione europea, attentamente calibrati in funzione delle dimensioni di tali servizi e del loro impatto sul mercato²³¹.

Le questioni di maggiore interesse e, in prospettiva futura, strettamente collegate al tema oggetto della presente trattazione, riguardano le norme sul ruolo delle piattaforme *online* nella lotta ai contenuti illegali²³².

In particolare, la proposta *Digital Services Act* contiene una revisione del regime di responsabilità del *provider*, pur mantenendo i principi di base di cui alla Direttiva sul commercio elettronico e muovendosi in

020)648802_EN.pdf; H. SCHULTE-NÖLKE ET AL., *The legal framework for e-commerce in the Internal Market- State of play, remaining obstacles to the free movement of digital services and ways to improve the current situation*, 2020, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652707/IPOL_STU\(2020\)652707_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652707/IPOL_STU(2020)652707_EN.pdf).

²³¹ Il considerando 3 prevede che “[r]esponsible and diligent behaviour by providers of intermediary services is essential for a safe, predictable and trusted online environment and for allowing Union citizens and other persons to exercise their fundamental rights guaranteed in the Charter of Fundamental Rights of the European Union (‘Charter’), in particular the freedom of expression and information and the freedom to conduct a business, and the right to non-discrimination”. In proposito, vedi B. PETKOVA, T. OJANEN (Eds), *Fundamental Rights Protection Online, The Future Regulation of Intermediaries*, CheltenhamNorthampton, 2020.

²³² Si evidenziano, in particolare, le proposte riguardanti la rimozione di contenuti illegali *online*, le garanzie per gli utenti i cui contenuti sono stati erroneamente cancellati dalle piattaforme nonché misure di trasparenza di ampia portata, soprattutto per quel che concerne la pubblicità *online* e gli algoritmi utilizzati per consigliare contenuti agli utenti e, ancora, nuovi poteri per verificare il funzionamento delle piattaforme *online* insieme a un processo di cooperazione innovativo tra le autorità pubbliche per garantire un’applicazione efficace in tutto il Mercato unico. Tale ultimo aspetto pare particolarmente interessante in quanto, come noto, a livello dell’Unione non è previsto un potere di supervisione o di controllo sovranazionale nei confronti delle decisioni dei *provider* sulle attività illegali o sulle misure proattive di prevenzione. In tal senso, si potrebbe procedere ad un ridimensionamento dei poteri delle piattaforme tramite l’armonizzazione procedurale del controllo dei contenuti, l’istituzione di organismi pubblici nazionali e sovranazionali *ad hoc* e il conferimento di specifici poteri esecutivi alla Commissione. L’intento sarebbe quello di ridurre la tendenza alla delega di funzioni pubbliche alle società private proprietarie delle piattaforme *online*. Così, G. CAGGIANO, *La proposta di Digital Service Act per la regolazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto dell’Unione europea*, in *I post di AISDUE, III (2021), Focus “Servizi e piattaforme digitali”*, n. 1, 18 febbraio 2021.

continuità rispetto alla stessa. Di conseguenza, l'attività esercitata dall'*hosting provider* non sarebbe ancora qualificabile come attività "editoriale"²³³.

È interessante evidenziare che la "Legge sui servizi digitali", una volta approvata, si collocherebbe come quadro generale (intervento "orizzontale") rispetto alle altre misure adottate recentemente, quali *lex specialis* (interventi "verticali").

La proposta provvede, infatti, a salvaguardare, tra le altre, la Direttiva 2019/790/UE in materia di diritto d'autore nel mercato unico digitale, rientrando negli strumenti legislativi specifici di settore che riguardano solo limitate fattispecie e che non armonizzano le regole sugli obblighi procedurali relativi ai contenuti illegali.

E quindi, se la Direttiva *Copyright* pare aver raggiunto l'intento di modernizzare il quadro giuridico in materia di diritto d'autore e connessi, provvedendo anche all'introduzione di importanti novelle in tema di responsabilità dei prestatori di servizi *online*, attraverso la proposta di regolamento *DSA* la Commissione europea evidenzia la centralità dell'individuo nell'ecosistema digitale, con l'obiettivo dichiarato di sottrarre alle piattaforme *online* il potere di operare scelte

²³³ Si punterebbe, in particolare, al modello di *business*, inasprendo le sanzioni economiche nel caso di mancata rimozione successiva alla pubblicazione dei contenuti stessi. Si veda, sul tema un interessante documento approvato dalla IX Commissione permanente (trasporti, poste e telecomunicazioni) della Camera dei deputati, nella seduta del 21 maggio 2015, a conclusione dell'Indagine conoscitiva sul sistema dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, cit. In tal senso, anche F. POSTERARO, lezione in materia di "*Diritto d'autore online*", inserita nell'ambito del *Corso di perfezionamento in diritto dell'Unione europea, "La tutela dei diritti"*, presso l'Università degli studi di Napoli Federico II, cit. Vedi, in merito, F. POSTERARO, *La tutela amministrativa del diritto d'autore online*, in A. PAPA (a cura di), *Il diritto d'autore nell'era digitale*, cit. Sul tema della responsabilità editoriale, vedi anche, in generale, R. ZACCARIA, A. VAASTRO, E. ALBANESI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit.

ipoteticamente in grado di condizionare l'esercizio di diritti fondamentali dei cittadini²³⁴.

Per quanto rilevante ai fini del presente lavoro, si evidenzia l'intento di attuare un puntuale sistema di gestione dei reclami, creare il cd. "compliance officer", nonché designare l'Autorità nazionale del cd. "Digital Service Coordinator" competente, che dovrà interfacciarsi con le piattaforme *online*²³⁵.

Importanti spunti di riflessione sono forniti anche dal fatto che tra le proposte si individuano nuovi obblighi di *due diligence* e trasparenza, con specifico riferimento alle procedure di cd. *notice and take down* dei contenuti illegali (laddove il *DSA* andrebbe a disciplinare direttamente la citata procedura), di cui si è detto nei precedenti paragrafi.

Pertanto, sarebbe interessante ragionare, già in sede di trasposizione della Direttiva 2019/790/UE, sulle delicate problematiche riguardanti proprio l'istituto del *notice and take down* così come quello del *notice and action* – e, in generale, tutti i meccanismi volti a verificare le eventuali violazioni del diritto d'autore e connessi, incluso il riferimento alle procedure di risoluzione delle controversie da parte di organi extra-giurisdizionali – di cui all'articolo 17 della Direttiva

²³⁴ A tal proposito, si veda anche L. ARIA, *L'attività delle piattaforme tra DSA e Direttiva SMAV. La frontiera di una nuova regolazione?*, in *Media Laws, Law and Policy of the Media in a Comparative Perspective*, 29 gennaio 2021.

²³⁵ Al riguardo, si rimanda, in primo luogo, a quanto previsto dall'articolo 32 della proposta di *DSA*, laddove è disposto, tra le altre cose, che: "Very large online platforms shall appoint one or more compliance officers responsible for monitoring their compliance with this Regulation. 2. Very large online platforms shall only designate as compliance officers persons who have the professional qualifications, knowledge, experience and ability necessary to fulfil the tasks referred to in paragraph 3. Compliance officers may either be staff members of, or fulfil those tasks on the basis of a contract with, the very large online platform concerned (...)". Ancora, in reazione alla previsione dei cd. *Digital Service Coordinators*, si rinvia alla sezione 1, del *DSA*, rubricata "Competent Authorities And National Digital Services Coordinators" e, in particolare all'articolo 38 laddove è previsto che: "Member States shall designate one or more competent authorities as responsible for the application and enforcement of this Regulation ("competent authorities") (...)".

Copyright, tenendo in considerazione anche le innovative proposte della Commissione ²³⁶.

Infine, accanto ai rilievi effettuati, parrebbe meritare un'attenta valutazione la *best practice* a livello internazionale ed europeo adottata da parte dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, con la delibera n. 680/13/CONS e ciò sempre in un'ottica di avanzamento delle frontiere della legalità *online*.

Si tratta del “*Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70*”²³⁷ il quale, di fatto, ha già da tempo istituzionalizzato i citati meccanismi di *notice and take down* e *notice and action*.

In proposito, l'Autorità ha inteso accordare una tutela effettiva e tempestiva al diritto d'autore in presenza di condotte presuntivamente illecite da chiunque tenute *online* e nel settore dei servizi di media audiovisivi. L'azione è incentrata in via prioritaria sul contrasto alle violazioni cd. “massive” (come tali particolarmente lesive) e non

²³⁶ Per un'analisi dei principali problemi attinenti alla responsabilità degli *internet service provider* nel caso di illeciti commessi tramite i loro utenti, un esame della normativa a livello europeo e a livello nazionale, italiano, nonché per alcune interessanti riflessioni sul ruolo odierno delle piattaforme come *gatekeepers* ai sensi del *DSA*, vedi L. ALBERTINI, *Sulla responsabilità civile degli internet service provider per i materiali caricati dagli utenti (con qualche considerazione generale sul loro ruolo dei cd. gatekeepers della comunicazione)*, in *Law and Media WSP* no. 4/2020.

²³⁷ A valle di un processo iniziato con un'indagine conoscitiva del 2010 sulla pirateria *online*, tre consultazioni pubbliche e un convegno internazionale, l'Autorità, con la delibera n. 680/13/CONS, ha adottato il citato regolamento. Lo stesso è entrato in vigore il 31 marzo 2014 e ha recepito le osservazioni pervenute da parte della Commissione europea. Inoltre, è stato riconosciuto una *best practice* internazionale e pochi giorni dopo la sua entrata in vigore, gli Stati Uniti d'America hanno tolto l'Italia dalla *watch list* dei Paesi che non tutelano adeguatamente la proprietà intellettuale (Special 301 report), nella quale l'Italia figurava da ben venticinque anni e che rappresentava un ostacolo alla capacità di attrarre investimenti esteri.

riguarda gli utenti finali. Così, l'obiettivo della procedura è quello di impedire o porre fine alle violazioni segnalate attraverso l'intervento degli *internet service providers*.

Giova evidenziare, inoltre, che la legge 20 novembre 2017, n. 167²³⁸, ha introdotto nuove disposizioni in materia per dare completo adeguamento alla Direttiva 2001/29/CE nonché alla Direttiva 2004/48/CE. Così, l'articolo 2 della citata legge ha attribuito ad Agcom il potere di (i) adottare provvedimenti cautelari – in presenza dei presupposti di legittimità ivi enunciati – per la tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi; (ii) disciplinare, con proprio regolamento, la procedura per l'adozione del provvedimento cautelare e per la proposizione e la decisione del reclamo contro di esso, nonché l'individuazione delle misure idonee volte ad impedire la reiterazione di violazioni già accertate.

Pertanto, alla luce delle norme introdotte dal legislatore, sono state approvate significative modifiche al regolamento in parola, al fine di contrastare le violazioni più gravi attraverso appositi poteri cautelari e specifiche misure contro la reiterazione delle violazioni commesse²³⁹.

²³⁸ Si tratta della legge 20 novembre 2017, n. 167, recante “Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2017”, entrata in vigore il 12 dicembre 2017.

²³⁹ Si tratta, in particolare della delibera n. 490/18/CONS, adottata a seguito di una consultazione pubblica indetta con delibera n. 8/18/CONS. Occorre rilevare, da ultimo, che l'articolo 195-bis del Decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77 (cd. “Decreto rilancio”), recante disposizioni in materia di tutela del diritto d'autore, ha riconosciuto in capo all'Autorità, al fine di dare concreta attuazione a quanto previsto dall'art. 8 della direttiva 2001/29/CE e dagli articoli 3 e 9 della direttiva 2004/48/CE, il potere di ordinare, su istanza del titolare dei diritti, ai fornitori di servizi della società dell'informazione che utilizzano, anche indirettamente, risorse nazionali di numerazione di porre fine alle violazioni del diritto d'autore e dei diritti connessi. In proposito è in corso la consultazione pubblica finalizzata ad apportare rilevanti modifiche al regolamento in commento, in quanto nella citata categoria rientrano quei soggetti che permettono la condivisione di contenuti tra utenti attraverso applicazioni di messaggistica istantanea, la quale sta assumendo dimensioni

In conclusione, è possibile affermare che l’Autorità è intervenuta sul tema della tutela del diritto d’autore e connessi *online* – attraverso la previsione di un rapido procedimento di tipo amministrativo, parallelo al canale giurisdizionale – cogliendo l’esigenza fondamentale di innalzare il livello di tutela, in un’economia di mercato in cui la fruizione *online* di contenuti ha effetti pienamente sostitutivi della fruizione *offline*, pur non tralasciando il bilanciamento dei diversi interessi dei titolari dei diritti, delle piattaforme e degli utenti²⁴⁰.

preoccupanti, sia per la numerosità delle violazioni sia per le modalità della messa a disposizione dei contenuti, estremamente semplici in termini di accesso da parte degli utenti.

²⁴⁰ Vedi, L. ARIA, *L’attività delle piattaforme tra DSA e Direttiva SMAV. La frontiera di una nuova regolazione?*, in *Media Laws, Law and Policy of the Media in a Comparative Perspective*, cit. Vedi anche F. POSTERARO, *La tutela amministrativa del diritto d’autore online*, in A. PAPA (a cura di), *Il diritto d’autore nell’era digitale*, cit. In merito, ci si potrebbe chiedere, ad esempio, quali saranno gli sviluppi o le modifiche al citato regolamento Agcom, in seguito all’entrata in vigore del *Digital Services Act*. A tal proposito, V. RAGONESI, “*Direttiva copyright: minacce e opportunità dell’articolo 17 sull’utilizzo dei contenuti creativi per la nostra industria culturale*”, Webinar organizzato dalla Luiss School of Law nell’ambito delle attività del centro di ricerca BILL., Roma 22 gennaio 2021.

CONCLUSIONI

Si è visto come la crescente evoluzione tecnologica, insieme allo sviluppo su internet delle moderne forme di fruizione dei contenuti digitali, ha determinato un ripensamento della concezione tradizionale del diritto esclusivo d'autore, in ragione della dematerializzazione delle opere creative, sempre più facilmente accessibili.

Così, se da un lato le piattaforme di condivisione di contenuti *online* sono strumenti in grado di consentire agli utenti un più ampio accesso alle opere culturali e di offrire ai settori creativi importanti opportunità per lo sviluppo di nuovi modelli di *business*, dall'altro rappresentano un veicolo per la diffusione, di frequente non autorizzata, delle opere intellettuali.

La questione è all'origine del dibattito venutosi a creare a livello europeo in merito all'adeguatezza degli attuali sistemi di tutela all'uopo predisposti.

Invero, nel contesto dell'era digitale, il legislatore non sempre riesce a far fronte ai rapidi cambiamenti tecnologici, adattando in modo automatico il quadro normativo di riferimento.

A ciò si aggiunge che, al fine di adeguare la tutela del diritto d'autore, rientrante nel diritto della proprietà intellettuale di cui all'articolo 17, paragrafo 2, della Carta europea dei diritti fondamentali, alle mutate modalità di fruizione dei contenuti *online*, occorre effettuare un equo bilanciamento con altri diritti e libertà fondamentali, come la libertà d'impresa – di cui godono gli operatori economici – nonché la libertà di espressione e d'informazione – comprensiva del diritto d'accesso alla cultura e alle informazioni – rispettivamente tutelate dagli articoli 16 e 11 della Carta.

Si è visto, quindi, come l'ordinamento dell'Unione contempli tra i diritti fondamentali anche la proprietà intellettuale, laddove è riconosciuta rilevanza primaria alla protezione degli autori attraverso una rilevante base giuridica per le relative misure di diritto derivato. Pertanto, il fatto che la stessa sia equiparata ad altri diritti, contemplati nella stessa Carta e potenzialmente confliggenti, esclude la possibilità di ricorrere a criteri gerarchici per la soluzione delle antinomie, imponendo appunto operazioni di bilanciamento.

A questo riguardo, dallo studio delle diverse pronunce europee e nazionali in tema di responsabilità degli *internet service providers* per la violazione dei diritti d'autore e connessi, è emerso come nelle valutazioni entrino in gioco le libertà e i diritti citati e che a dover compiere questo esercizio siano spesso i giudici, sulla base del quadro normativo esistente e delle garanzie riconosciute dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla Costituzione.

Si è evidenziato, inoltre, che il suddetto conflitto e la relativa esigenza di procedere a un bilanciamento sono stati trattati, per simili aspetti, anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) che, in relazione al rapporto tra libertà di espressione, di cui all'articolo 10 della Convenzione, e tutela della proprietà intellettuale, di cui all'articolo 1 del Primo Protocollo alla Convenzione, ha tracciato considerazioni particolarmente interessanti e utili al raggiungimento di giusto equilibrio tra diritti e libertà.

Il presente lavoro si è posto, in particolare, l'obiettivo di comprendere le molteplici problematiche che scaturiscono dall'esigenza di adeguare la tutela del diritto d'autore e connessi alle mutate modalità di fruizione dei contenuti in rete, a partire dall'individuazione del confine tra la diffusione lecita e illecita delle opere disponibili *online* nonché del

limite oltre il quale possono essere ritenuti responsabili i soggetti che vi operano.

In tal senso, si è effettuata, preliminarmente, un'indagine sul contesto normativo in materia di responsabilità dei prestatori di servizi della società dell'informazione, una delle questioni giuridiche maggiormente delicate poste dall'avvento dell'era digitale. Ciò con l'intento di individuare se e come possa essere definita l'eventuale responsabilità dell'*hosting provider* – ossia del soggetto che memorizza le informazioni fornite da un destinatario del servizio – nei casi di violazione del diritto d'autore e connessi e, soprattutto, se possa ritenersi attuale il regime di esenzione di responsabilità (cd. *Safe Harbor*) previsto per tali soggetti dalle norme contenute nella Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico. Esonero da responsabilità che solleva il *provider*, nell'esecuzione delle prestazioni dei servizi, dall'obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni trasmesse o memorizzate nonché dall'obbligo di indagare attivamente su fatti o circostanze che segnino la presenza di attività illecite; il quale viene meno solo nel momento in cui ci sia l'effettiva conoscenza dell'esistenza e del carattere illecito dei contenuti immessi nella rete e, quindi, della sussistenza della violazione.

In merito, il primo profilo critico rilevato attiene al fatto che tale disciplina, nata dall'esigenza imprescindibile di favorire la diffusione di internet e delle prestazioni correlate all'erogazione dei servizi connessi alla rete, evitando un'eccessiva responsabilizzazione del *provider* che potesse ostacolare il commercio elettronico e i servizi della società dell'informazione, è rimasta invariata dal 2000 e rappresenta, tutt'oggi, la cornice regolatoria dei servizi digitali.

L'analisi della stessa e della sua relazione con la disciplina europea del diritto d'autore, svolte congiuntamente all'approfondimento della

giurisprudenza europea e nazionale in materia, hanno dimostrato come l'attuale quadro legislativo europeo sia stato ormai superato dall'innovazione tecnologica, laddove le nuove modalità di evoluzione del *web* non sembrano trovare un'effettiva corrispondenza con le norme di cui alla Direttiva 2000/31/CE.

In via generale, in virtù del necessario adeguamento alle attuali esigenze di tutela dei diritti su internet, che interessano chiaramente diversi settori, oltre a quello espressamente rivolto ai diritti d'autore e connessi, emerge, senza alcun dubbio, la necessità di introdurre una rinnovata responsabilità del *provider* per gli illeciti commessi *online*.

In merito, sono sembrate estremamente significative le previsioni di cui alla recente proposta di regolamento "Legge sui servizi digitali" volte al contrasto alla diffusione in rete dei contenuti illegali. Tali disposizioni si collocherebbero, tuttavia, come quadro generale rispetto ad altre misure adottate recentemente (tra cui la Direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore nel Mercato unico digitale, analizzata nel presente lavoro), quali *lex specialis*, quindi strumenti legislativi specifici di settore che riguardano solo limitate fattispecie e che non armonizzano le regole sugli obblighi procedurali relativi ai contenuti illegali.

Con particolare riferimento all'effettività dei diritti esclusivi d'autore e connessi nell'ambiente digitale, è stato evidenziato come questa possa essere ristabilita con la responsabilizzazione dei gestori delle piattaforme telematiche, dal momento che il ruolo svolto dalle stesse le pone nella migliore condizione, sia dal punto di vista giuridico che tecnico, per contrastare le violazioni del diritto d'autore e connessi, commesse dai propri utilizzatori.

Seguendo tale ragionamento, una volta tratteggiata e analizzata la cornice di riferimento, si è proceduto a restringere il campo di osservazione all'ambito del nuovo regime di protezione dei diritti dei

titolari previsto dall'articolo 17 della Direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, partendo dalla genesi della norma. Uno dei profili critici emersi al riguardo attiene al fatto che il legislatore europeo, pur delineando una specifica disciplina sulla responsabilità dei prestatori di servizi – circoscritta alle piattaforme di condivisione di contenuti *online* – la quale sembra discendere dalle continue riletture interpretative effettuate da parte della giurisprudenza in relazione alla creazione di una rinnovata figura del prestatore di servizi di *hosting* cd. “attivo”, non interviene in alcun modo sulle disposizioni espressamente dedicate alla responsabilità del *provider* (né, in particolare, dell'*hosting provider*), di cui alla disciplina sul commercio elettronico.

In proposito, la scelta di non agire sulla Direttiva 2000/31/CE potrebbe determinare una frammentazione delle tutele, sia in relazione ai contenuti, che per quel che concerne i soggetti a cui è destinata. Infatti, in tema di responsabilità dei prestatori di servizi, alle figure dei cd. *mere conduit*, *catching* e *hosting*, si aggiunge quella del “prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online*”, con ulteriori distinzioni al suo interno.

In realtà, si è visto che la nuova normativa, rientrando nell'ambito della Strategia della Commissione europea per il “Mercato unico digitale”, trae le sue origini dal riconoscimento del decisivo ruolo attualmente svolto dalle piattaforme digitali e del delicato tema del cd. *Value gap*, derivante dalla crescente diffusione delle opere intellettuali *online* (e ciò a prescindere dalla liceità o meno dei contenuti veicolati) e che attiene alla differenza, in termini di ricavi, tra quanto percepito dall'industria culturale e quanto generato dallo sfruttamento dei contenuti da parte delle stesse piattaforme.

Pertanto, cercando di garantire che lo sviluppo del citato mercato sia accompagnato da un'equa ripartizione del valore generato in tale

ambito e un'adeguata remunerazione di tutti i soggetti che intervengono nella catena del valore per gli utilizzi *online* dei contenuti protetti dal diritto d'autore, la riforma mira alla tutela della diffusione di opere protette dal diritto d'autore come evento incidentale – cd. *user generated content* – e non come contrasto alla pirateria digitale, intesa come attività univoca di un sito internet e di cui alla Direttiva 2004/48/CE.

È così che, per realizzare un mercato del diritto d'autore ben funzionante, la Direttiva 2019/790/UE si rivolge ai prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* che competono con i prestatori di servizi di distribuzione di contenuti (ossia piattaforme digitali in cui sono presenti solo contenuti licenziati) e chiarisce che si tratta di realtà che hanno come scopo principale o come uno degli scopi principali quello di memorizzare e consentire agli utenti di caricare e condividere un “gran numero di contenuti, al fine di trarne profitto, direttamente o indirettamente, organizzandoli e promuovendoli per attirare un pubblico più vasto, anche classificandoli e ricorrendo a promozioni mirate al loro interno”.

Il legislatore pare riportare perfettamente a livello normativo la rilevante distinzione, di cui si è parlato, tra le due tipologie di prestatori di servizi di *hosting*, attivo e passivo, operata dalla giurisprudenza. Pertanto, se un prestatore di servizi organizza e promuove, a scopo di lucro, ciò che viene caricato sulla sua piattaforma diviene un *hosting* provider “attivo” e rientra nel campo di applicazione della direttiva.

In proposito, è stato certamente interessante riflettere sul concetto di “lucro” sul *web*, il quale andrebbe, in ogni caso, interpretato in modo evolutivo, dal momento che la caratteristica di internet è data proprio dall'interconnessione dei servizi e quindi dalla possibilità di condividere contenuti tra le diverse piattaforme. Infatti, molte

piattaforme *online* prevedono comunque licenze commerciali per i loro servizi, anche se loro stesse non hanno alcuno scopo di lucro.

Ad ogni modo, è stata rilevata la singolarità delle nuove previsioni nel paradigma della tutela del diritto d'autore e connessi.

La questione centrale riguarda, infatti, l'ottenimento o meno di un'autorizzazione, al prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online* da parte dei titolari dei diritti, per l'utilizzo dei contenuti creativi. Si è visto come l'articolo 17 della Direttiva *Copyright* preveda che il prestatore, nel momento in cui concede l'accesso al pubblico a opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti, effettua un atto di comunicazione al pubblico e, pertanto, deve ottenere un'autorizzazione dai titolari dei diritti, ad esempio mediante la conclusione di un accordo di licenza (obbligo ricondotto alla fascia di facoltà esclusive spettanti all'autore, ai sensi dell'articolo 3, della Direttiva 2001/29/CE).

Il legislatore ha deciso, quindi, di effettuare una precisazione significativa, attraverso il riferimento a concetti giuridicamente rilevanti e che pare discendere da un puntuale ragionamento. Sembrerebbero tradotti nel testo normativo principi di matrice giurisprudenziale, in particolare della Corte di giustizia, in materia di responsabilità dei prestatori intermediari *online* per la violazione dei diritti di proprietà intellettuale. Inoltre, è chiarito che, se il prestatore ottiene un'autorizzazione la stessa include anche gli atti compiuti da parte degli utenti dei servizi di condivisione dei contenuti *online*, qualora non agiscano su base commerciale o la cui attività non generi ricavi significativi.

Emerge, pertanto, la previsione di un accordo tra due soggetti – il titolare dei diritti e il gestore della piattaforma *online* – a favore però dell'utente, e ciò dal momento che, tecnicamente, il caricamento su tali

servizi avviene da parte di quest'ultimo e non delle piattaforme. Così, l'autorizzazione del titolare dei diritti, ottenuta dal gestore della piattaforma digitale, andrebbe a coprire la condotta posta in essere dai suoi utenti: coloro che, di fatto, effettuano l'atto di "comunicazione al pubblico".

L'obbligo di cui si è parlato è sembrato ulteriormente rafforzato da un'altra previsione fondamentale: nel caso in cui il prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online* effettui un atto di comunicazione al pubblico alle condizioni stabilite dalla direttiva, il regime di esenzione di responsabilità – di cui all'articolo 14 della Direttiva sul commercio elettronico – non trova applicazione.

Pertanto, si è giunti a considerare che con questa previsione il legislatore ha inteso chiudere il problema relativo alla crescente disparità retributiva nella ripartizione dei compensi tra quello che i *digital content intermediaries* generano dall'utilizzo dei contenuti e i ricavi che tornano a coloro che lavorano per la creazione degli stessi.

Nonostante il presente lavoro abbia accolto con favore l'introduzione di innovativi strumenti, finalizzati a riequilibrare il mercato, è stata data evidenza della complessità della norma e di alcuni dubbi interpretativi generati.

È certamente auspicabile che gli stessi vengano risolti alla luce degli "orientamenti" sull'applicazione delle disposizioni in tema di utilizzo di contenuti protetti da parte delle piattaforme di condivisione di contenuti *online*, che la Commissione europea è chiamata ad adottare in seguito al dialogo con gli *stakeholders*. Evidentemente, il compito di definire precise linee guida sulla cooperazione in buona fede tra i titolari dei diritti e le piattaforme *online* e sull'applicazione delle eccezioni, volte al conseguimento di equo bilanciamento tra diritti fondamentali e

interessi in gioco, si presenta particolarmente delicato. Ed infatti, tali orientamenti non sono ancora stati adottati dalla Commissione.

In proposito, si è dimostrato poi come i profili critici, per i quali si attendono le citate linee guida, emergono soprattutto con riferimento al conseguimento dei cd. *best efforts*, previsto già per i prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* al fine di ottenere l'autorizzazione dai titolari dei diritti.

Il concetto è ripreso dal legislatore laddove, in assenza di autorizzazione, i medesimi soggetti beneficiano di un meccanismo di mitigazione della responsabilità, ma sono tenuti sempre a compiere i *best efforts* per assicurare che i contenuti non autorizzati non siano disponibili sui loro siti *web*. Inoltre, diventano responsabili a meno che non rimuovano il materiale identificato a seguito di una segnalazione dai titolari dei diritti, “sufficientemente motivata”, e ne impediscano la sua ricomparsa sul servizio.

Si tratta di una puntuale tutela da dover garantire.

Il fatto che i “massimi sforzi” vadano compiuti sulla base delle “informazioni pertinenti e necessarie”, fornite dai titolari dei diritti, ha lasciato intendere la previsione di un filtro preventivo, non generalizzato, che deve essere effettuato nel momento in cui si ottengono le informazioni e ciò ai fini dell'esclusione dell'opera.

In primo luogo, si è osservato che il concetto di *best efforts* è ripetuto più volte nella norma, probabilmente per preservare il fondamentale meccanismo di funzionamento posto alla base della tutela del diritto d'autore, in virtù del principio generale per cui ogni forma di utilizzazione economica è riservata al titolare dei diritti.

Le alternative, pertanto, sono solo due e ben definite: l'utilizzo di contenuti protetti è consentito – e ciò sulla base di una autorizzazione – oppure si intende vietato.

Seguendo tale impostazione, si è visto che è esclusivamente in capo al titolare il diritto di divulgare, sfruttare e comunicare l'opera *online*. Non sembra esserci una posizione di mediazione ed è posto sulla piattaforma il massimo livello di responsabilità nel creare un sistema di protezione dei diritti.

Ad ogni modo, al momento pare realmente complicato comprendere quando il prestatore abbia o meno compiuto i “massimi sforzi”, seppure la direttiva offra alcuni strumenti per una corretta interpretazione del concetto in parola.

È stato chiarito infatti che, in virtù del principio di proporzionalità, la nozione dovrebbe essere calibrata e interpretata in maniera differente in relazione alle caratteristiche del fornitore dei servizi e al tipo di contenuto.

Si tratterebbe di adattare la valutazione a ciascun caso concreto, tenendo presente, inoltre, lo specifico servizio offerto dal prestatore e i relativi costi per lo stesso nonché il contesto tecnologico di volta in volta sussistente.

In tal senso, da un lato è stato evidenziato il riferimento operato dalla norma alla “disponibilità di strumenti adeguati ed efficaci” – e qui è emersa l'importanza della tecnologia in continua evoluzione, in base alla quale si rileverà anche l'esatto *enforcement* dell'articolo 17 della Direttiva *Copyright* – dall'altro, quello al “relativo costo per i prestatori di servizi”.

Si tratta di passaggi cruciali ai fini della determinazione della responsabilità o meno in capo al prestatore per l'utilizzo di contenuti protetti sulla sua piattaforma.

Al riguardo, sono stati evidenziati diversi profili critici.

Innanzitutto, in relazione alla “disponibilità di strumenti adeguati ed efficaci”, interessanti spunti di riflessione sono emersi dal conseguente

obbligo, incombente sui prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online*, di dotarsi di strumenti adeguati ed efficaci quali, ad esempio, il cd. *fingerprint*.

Questa circostanza, insieme al fatto che la tecnica citata costituisce la frontiera tecnologica di riferimento, diventerebbe fondamentale per garantire l'effettiva tutela del diritto d'autore e connessi da parte dei prestatori e ciò potrebbe rilevare anche sotto un diverso profilo di tipo concorrenziale tra le piattaforme *online*.

Su questo sistema estremamente delicato si è innestato, inoltre, un aspetto particolarmente significativo: la valutazione che attiene la corrispondenza o meno tra i *fingerprint* – e quindi l'eventuale contraffazione dell'opera che si intende immettere *online* – spetterebbe alla stessa piattaforma.

È stato chiarito, ancora, come il riconoscimento automatico effettuato dal sistema informatico possa lasciare adito a delle imprecisioni, soprattutto nel caso di una non completa coincidenza tra i dati forniti dai titolari dei diritti e l'opera che si intende caricare.

Alla luce delle considerazioni effettuate, si è evidenziata la necessità comprendere su quali soggetti ricadrà effettivamente il costo per lo sviluppo, da parte delle piattaforme *online*, di programmi e metodologie per l'identificazione dei contenuti non autorizzati.

Aspetto che, come si è visto, la norma non chiarisce.

Infine, il fatto che i doveri *ex ante* per tali prestatori di servizi debbano comunque rispettare il divieto generale di *filtering* e, quindi, la conferma dell'esclusione di un obbligo di sorveglianza di tipo generale sulle informazioni trasmesse o memorizzate, ha portato a ritenere che, nonostante le innovative previsioni compiano un importante passo in avanti, la questione andrebbe ulteriormente approfondita. Forse, anche in questa circostanza, alla luce di una valutazione caso per caso affidata

alla giurisprudenza, in virtù del necessario bilanciamento tra diritti fondamentali e interessi contrapposti. Conseguentemente, lo scenario descritto potrebbe portare a risultati simili a quelli ottenuti dall'interpretazione della disciplina sul commercio elettronico.

Ad ogni buon conto, la “ricalibrazione” della responsabilità *online* degli intermediari, operata attraverso la disciplina speciale analizzata nel presente lavoro, parrebbe consentire una sorta di rinascita dei diritti dell'industria culturale, laddove si provvede ad introdurre, per la prima volta, un essenziale dialogo tra piattaforme *online* e titolari dei diritti, nel quale la tecnologia avrà un ruolo fondamentale.

BIBLIOGRAFIA

G.B. ABBAMONTE, E. APA, O. POLLICINO, *La riforma del mercato audiovisivo europeo*, Giappichelli editore, 2019.

G. ABBAMONTE, *La Direttiva Copyright tra proporzionalità e best effort. I nodi da sciogliere in sede di recepimento*, Webinar promosso dalla Cattedra Jean Monnet in EU Innovation Policy (<https://www.uerinnovationchair.org/>), presieduta dalla Prof. Valeria Falce, insieme a Deep-In, coordinato dal Prof. Antonio Manganelli, Roma 16 dicembre 2020.

G.B. ABBAMONTE, *Le nuove norme sulle piattaforme internet*, in G.B. ABBAMONTE, E. APA, O. POLLICINO (a cura di), *La riforma del mercato audiovisivo europeo*, Giappichelli editore, 2019, p. 71 ss.

S. M. ABD EL-WAHED, A. ELFATATRY, M. S. ABOUGABAL, *Detection of Plagiarism in Database Schemas Using Structural Fingerprints*, atti della ACS International Conference on Computer Systems and Applications (AICCSA), 2009, Rabat.

L. ALBERTINI, *Sulla responsabilità civile degli internet service provider per i materiali caricati dagli utenti (con qualche considerazione generale sul loro ruolo dei cd. gatekeepers della comunicazione)*, in *Law and Media WSP* no. 4/2020, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3706671.

L. AMMANNATI, *Verso un diritto delle piattaforme digitali?*, in *Federalismi.it*, 2019/7, p. 3 ss.

A. AMENDOLA, *sub art. 13 TRIPs*, in L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, CEDAM, Padova, 2007, 4 ed.

C. ANGELOPOULOS, J. P. QUINTAIS, *Fixing Copyright Reform: A Better Solution to Online Infringement*, in *JIPITEC – Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-10-2-2019/4913>.

L. ARIA, *L'attività delle piattaforme tra DSA e Direttiva SMAV. La frontiera di una nuova regolazione?*, in *Media Laws, Law and Policy of the Media in a Comparative Perspective*, 29 gennaio 2021.

M. ASTONE, *La responsabilità del prestatore di servizi della società di informazione nella direttiva 2000/31/CE*, in *Europa e dir. priv.*, fasc. 2, 2003.

P. AUTERI, G. FLORIDIA, V. M. MANGINI, M. RICOLFI, R. ROSARIA, P. SPADA, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli editore, 2016, 5 ed.

M. BASSINI, *La rilettura giurisprudenziale della disciplina sulla responsabilità degli internet service provider. Verso un modello di responsabilità "complessa"?*, Bocconi Legal Papers, Milano, 2015.

M. BASSINI, *Commercio elettronico e tutela dei segni distintivi. Responsabilità degli intermediari e trend giurisprudenziali*, in A.M. MAZZARO-O. POLLICINO (a cura di), *Tutela del copyright e della privacy sul web. Quid iuris?*, Aracne, 2012.

A. BELLAN, *Piattaforme, obblighi di monitoraggio e risoluzione delle controversie online*, in *Informatica giuridica e diritto dell'informatica, Dir. Industriale*, 2020, 2, 184 (commento alla normativa).

M. BELLI, *La responsabilità dei «prestatori di servizi di condivisione di contenuti online» ai sensi della dir. 2019/790/UE*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2020, 2, 551 (commento alla normativa).

L. BENTLY, V. FALCE, *Sul diritto d'autore dalla Ue soluzioni ancora controverse*, *IlSole24Ore*, 2 ottobre 2017, <https://www.ilsole24ore.com/art/sul-diritto-d-autore-ue-soluzioni-ancora-controverse--AEOPhacC>.

M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Torino, 2011.

A. BERTONI, M. L. MONTAGNANI, *Il ruolo degli intermediari internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, Milano.

M.L. BIXIO e P. CASONI, *Oggetto della tutela e principali violazioni nell'ecosistema digitale*, in G. CASSANO e S. PREVITI (a cura di), *Il diritto di internet nell'era digitale*.

R. BOCCHINI, *La responsabilità di facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, in *Giur.it.*, fasc. 3, 2017, p. 632.

F. BRAVO, *Commercio elettronico*, in *Annali dell'Enc. dir.*, vol. V, Milano, 2012.

D. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale ed europeo*, Napoli, 2009.

G. CAGGIANO, *La proposta di Digital Service Act per la regolazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto dell'Unione europea*, in *I post di AISDUE, III (2021), Focus "Servizi e piattaforme digitali"*, n. 1, 18 febbraio 2021.

G. CAGGIANO, *La Corte di giustizia consolida il ruolo costituzionale nella materia dei dati personali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018.

G. CAGGIANO, *Il quadro normativo del Mercato unico digitale*, in F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Mercato unico digitale, dati personali e diritti fondamentali*, in *Eurojus*, suppl. 2020, p. 13 ss.

V. CAPUANO, *La protezione dei dati ed il progetto di procedimento amministrativo europeo*, in *Federalismi.it*, febbraio 2017.

V. CAPUANO, *Abuso di posizione dominante e proprietà intellettuale nel diritto dell'Unione Europea*, in *Studi e documenti diritto int. e comunit.*, Editoriale scientifica 2012.

P. CARETTI, *I diritti fondamentali nell'ordinamento nazionale e nell'ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 939 ss.

G. CASSANO, A. CELOTTO, *Diritti della persona, Internet e responsabilità dei soggetti intermediari*, in *Corriere Giur.*, 2010.

G. CONTALDI (a cura di), *Il mercato unico digitale*, in *Diritto Mercato e Tecnologia*, Roma, 2017.

M. C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999.

A. DAMATO, *Il rinvio pregiudiziale*, in *Guida al diritto. Il sole 24 ore*, 2004, p. 94 ss.

A. DAMATO, *Art. 114 TFUE*, in Pocar -Baruffi, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Seconda edizione, Padova, 2014, p. 912 ss.

L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGIERI, A. SAITTA, *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Giappichelli editore, 2016.

L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, inserito nella collana *Associazione studi ricerche parlamentari*, Giuffrè editore, 2005.

L. D'NDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, inserito nella *Collana Associazione studi ricerche parlamentari*, Giuffrè editore, 2005.

R. D'ARRIGO, *La responsabilità del provider, Come difendersi dalla violazione dei dati su internet*, in E. BASSOLI (a cura di) *Diritti e responsabilità*, Santarcangelo di Romagna, 2012, p. 333 – 374.

M. J. DEEPA, R. KARUPPATHAL, A. KUMAR, *Copyright protection using digital watermarking*, in *International Journal of Computer Applications*, 2012, Chennai.

G. DE SANCTIS, *Il modello amministrativo adottato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sulla tutela in rete del diritto d'autore: la Corte Costituzionale decide per l'inammissibilità delle ordinanze del Tar Lazio (Corte Cost., 3 dicembre 2015 n. 247)”, Neldirittoeditore, maggio 2016.*

G. DE SANCTIS, *La revisione della direttiva servizi media audiovisivi – le nuove norme sulle video-sharing platforms*, G.B. ABBAMONTE, E. APA, O. POLLICINO (a cura di), *La riforma del mercato audiovisivo europeo*, Giappichelli editore, 2019, p. 83 ss.

G. DE SANCTIS, *Le nuove proposte di riforma della Commissione europea in materia di copyright. Analisi dei profili più rilevanti in relazione alle tematiche d'interesse dell'AGCom*, GIUSTAMM - Rivista di diritto amministrativo, marzo 2017.

G. DE SANCTIS, *I poteri dell'AGCom in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica: l'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale del TAR Lazio n. 10020 del 2014*, Neldirittoeditore, dicembre 2014.

C. DE VECCHIS, P. TRANIELLO, *La proprietà del pensiero. Il diritto d'autore dal Settecento ad oggi*, Carocci editore, 2012.

K. ERICKSON - M. KRETSCHMER, "This Video is Unavailable": *Analyzing Copyright Takedown of User-Generated Content on YouTube*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 9, 2018.

V. FALCE, *Direttiva Copyright 2019: fair use ed eccezioni al copyright tra esigenze di "apertura" e necessità di Indirizzo*, in *Filodiritto*, 2019.

V. FALCE, *Direttiva copyright. Molte strade per recepire limiti ed eccezioni*, *IlSole24Ore*, 20 giugno 2019.

V. FALCE, *La direttiva UE sul copyright si ispira all'Italia*, *IlSole24Ore* 18 dicembre 2017, <https://argomenti.ilsole24ore.com/valeria-falce.html>.

V. FALCE, *Direttiva Copyright 2019: fair use ed eccezioni al copyright tra esigenze di "apertura" e necessità di Indirizzo*, in *Filodiritto*, 2019.

P. FALLETTA, *La responsabilità degli Internet Service Provider*, in P. FALLETTA, M. MENSI (a cura di), *Il diritto del web. Casi e materiali*, Padova, 2015, p.142.

M. FICSOR, *The law of the copyright and the internet*, Oxford University press, 2002.

FIMI – Federazione industriale musicale italiana, *Il valore del mercato musicale globale sfiora i 16 miliardi di dollari nel 2016*, <https://www.fimi.it/blog/il-valore-del-mercato-musicale-globale-sfiora-i-16-miliardi-dollari-nel-2016.kl>.

F. FRIGERIO, *Responsabilità dell'hosting provider: la Cassazione conferma la distinzione tra attivo e passivo*, in www.filodiritto.it, 18 aprile 2019.

P. GALLI, *Sub art. 12 l.a.*, in L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, CEDAM, Padova, 2019, 7 ed.

M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, Napoli, 2006, pp. 271 ss.

C. GEIGER, *The three-steps test, a threat to a balanced copyright law*, in *IIC* 2006, p. 398.

A. GENOVESE, *Diffusione di video pirata in rete e responsabilità dell'hosting internet service provider*, in *AIDA* 2010.

D. GERVAIS, *The Tangled Web of UGC: Making Copyright Sense of User-Generated Content*, *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, 11, 2008-2009,

<https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1719&context=faculty-publications>.

J. C. GINSBURG, *Toward a supranational copyright law? The two panels decision and the “three step test” for copyright exceptions*, in *RIDA* 2001, 39, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=253867.

S. HETCHER, *User-Generated Content and the Future of Copyright: Part One-Investiture of Ownership*, in *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law (J. Ent. & Tech.)*, 10, 2007-2008.

R. HILTY, H. RICHTER, *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules Part B Exceptions and Limitations (Articolo 3 – Text and Data Mining)* (January 14, 2017), Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 17-02: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2900110.

R.M. HILTY, A. BAUER, *Part G- Use of Protected Content on Online Platforms (Article 13 COM (2016) 593 final) [Version 1.1]*, in R.M. HILTY, V. MOSCON, *Modernisation of the EU Copyright Rules – Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition*, 2017, pp. 99-112.

O. HRUBA, *Stakeholders discuss how to apply new rules on value gap (article 17 of the Copyright Directive)*, *Latest meeting of stakeholders on the application of article 17*, in *Cullen International*, ottobre 2019.

O. HRUBA, *Stakeholders meet for second time to discuss how to apply new rules on value gap (article 17 of the Copyright Directive)*, in *Cullen international*, novembre 2019.

O. HRUBA, *Fifth stakeholder meeting on application of the new EU copyright rules: no united vision on “best efforts”*, in *Cullen International*, gennaio 2020.

N. IACOB, F. SIMONELLI, *How to Fully Reap the Benefits of the Internal Market for E-Commerce?*, 2020, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648801/IPOL_STU\(2020\)648801_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648801/IPOL_STU(2020)648801_EN.pdf);

V. IAIA, *La rinnovata responsabilità dell’internet service provider tra tenaci esigenze imprenditoriali e copiose istanze di tutela dei diritti d’autore nel mercato unico digitale*, in *Ius in itinere* n. 1/2019.

M. LEDGER, *Transposition status of Directive on Copyright in the Digital single market*, in *Cullen international*, marzo 2021.

T. MADIEGA, *Reform of the EU liability regime for online intermediaries. Background on the forthcoming Digital Services Act*, 2020, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649404/EPRS_IDA\(2020\)649404_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649404/EPRS_IDA(2020)649404_EN.pdf).

A. MIGLIO, *Intermediaries in the case law of the Court of Justice of the EU: The interplay between liability exemptions and rules on IP protection*, in B. PETKOVA, T. OJANEN (Eds), *Fundamental Rights*

Protection Online, The Future Regulation of Intermediaries, Cheltenham-Northampton, 2020, p. 175 ss.

V.MOSCON, *Modernisation of the EU Copyright Rules – Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition, 2017, pp. 99-112.*

L. NIOMBO, T. EVAS, *Digital services act - European added value assessment,*

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/654180/EPRS_STU\(2020\)654180_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/654180/EPRS_STU(2020)654180_EN.pdf).

J. B. NORDEMANN *The functioning of the Internal Market for Digital Services: responsibilities and duties of care of providers of Digital Services,* 2020,

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648802/IPOL_STU\(2020\)648802_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648802/IPOL_STU(2020)648802_EN.pdf).

F.G. JACOBS, *Recent development in the principle of proportionality in European Community law, in The principle of proportionality in the European Law*, E. ELLIS (edited by), Oxford-Portland Oregon, 1999, 1 ss.

P. KEMPTON, M. TRAVOSTINO, *IAEL 2018 Finding the Value in the Gap*, p. 118 e ss., International Association of Entertainment Lawyers, 2018.

A. LARROYED “*When Translations Shape Legal Systems: How Misguided Translations Impact Users and Lead to Inaccurate*

Transposition – The Case of ‘Best Efforts’ Under Article 17 DCDSM”,
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3740066.

A. LARROYED “*La Direttiva Copyright tra proporzionalità e best effort. I nodi da sciogliere in sede di recepimento*”, Webinar promosso dalla Cattedra Jean Monnet in EU Innovation Policy (<https://www.uerinnovationchair.org/>), presieduta dalla Prof. Valeria Falce, insieme a Deep-In, coordinato dal Prof. Antonio Manganelli, Roma 16 dicembre 2020.

G. LASORELLA, “*Direttiva copyright: minacce e opportunità dell'articolo 17 sull'utilizzo dei contenuti creativi per la nostra industria culturale*”, Webinar organizzato dalla Luiss School of Law nell’ambito delle attività del centro di ricerca BILL., Roma 22 gennaio 2021.

S. LAVAGNINI, *La proprietà intellettuale in Internet*, in AIDA 2010.

M. LEISTNER, *Structural aspects of secondary (provider) liability in Europe*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2014, Vol. 9, No. 1.

M. MAGGIOLINO, *Concorrenza e piattaforme: tra tradizione e novità*, in G. COLANGELO e V. FALCE (a cura di) *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell’innovazione*, il Mulino, 2017.

A. MAIETTA, *Il sistema delle responsabilità nelle comunicazioni via internet*, in G. CASSANO, P. CIMINO (a cura di), *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, Padova, 2009, pp. 511 ss.

C. MALBERTI, *Commento all'articolo 16, Libertà d'impresa*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffré, Milano, 2017, p. 310 – 328.

P. MARZANO, *La Direttiva Copyright tra proporzionalità e best effort. I nodi da sciogliere in sede di recepimento*, Webinar promosso dalla Cattedra Jean Monnet in EU Innovation Policy (<https://www.uerinnovationchair.org/>), presieduta dalla Prof. Valeria Falce, insieme a Deep-In, coordinato dal Prof. Antonio Manganelli, Roma 16 dicembre 2020.

P. MARZANO, *Diritto d'autore e digital technologies*, Giuffré, Milano, 2005, 277.

R. MASTROIANNI, *Diritti d'autore e diritti connessi*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1996.

R. MASTROIANNI, *La tutela internazionale e comunitaria del diritto d'autore come diritto fondamentale dell'uomo*, in *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, Atti del Convegno, Università europea di Roma 27 maggio 2008, a cura di A.M. GAMBINO e V. FALCE, Roma, Edizioni Arte, 2008, p. 13 ss.

R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri*, in L. S. ROSSI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali*, Napoli, 2011, p. 359 ss.

R. MASTROIANNI E G. STROZZI, *Commento all'art. 11 Libertà di espressione e di informazione*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffré, Milano, 2017, pp. 217 – 237.

R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Carta europea e diritti dei privati*, G. VETTORI (a cura di), Milano, 2002, 273 ss.

A.M. MAZZARO-O. POLLICINO (a cura di), *Tutela del copyright e della privacy sul web. Quid iuris?*, Aracne, 2012.

A.G. MONTELEONE, *Le piattaforme come strumenti di creazione di contenuti. L'incerta regolazione degli useradapted content nella proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*, in *Media laws Rivista di diritto dei media* n. 1/2019.

C. OBIMBO, B. SALAMI, *Using digital watermarking for copyright protection*, in *Intechopen*, 2011, Londra.

R. PANETTA, *Il ruolo dell'internet service provider e i profili di responsabilità civile*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2019, fasc. 3, 1017 ss.

A. PAPA, *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Collana del Dipartimento di Studi Economici e Giuridici dell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope", Giappichelli editore, 2019.

A. PAPA, *La tutela del pluralismo informativo in Rete. Il ruolo e le prospettive della direttiva europea 2019/790*, in *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Giappichelli editore, 2019.

N. PARISI, *Il commercio elettronico*, in S. SICA e V. ZENOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, CEDAM, Padova, 2012.

R. PETRUSO, *La responsabilità dell'internet service provider nella legislazione e nella giurisprudenza europea*, in P. CERAMI e M. SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, Torino, Giappichelli editore, 2011.

B. PETKOVA, T. OJANEN (Eds), *Fundamental Rights Protection Online, The Future Regulation of Intermediaries*, CheltenhamNorthampton, 2020.

A. PICARDI, audizione di Confindustria digitale su legge di delegazione europea, Senato della Repubblica Commissione affari europei, *L'articolo 17 sull'utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti online. Considerazioni e proposte*.

O. POLLICINO, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider*, in *Consulta Online*, www.giurcost.otg.

O. POLLICINO-E. APA, *Modeling the Liability of Internet service providers: Google vs. Vivi Down, A Constitutional Perspective*, Egea, Milano, 2013.

O. POLLICINO e M. BASSINI, *Commento all'articolo 8, Protezione dei dati di carattere personale*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit. Giuffrè, Milano, 2017, p. 134 – 165.

F. POSTERARO, *La tutela amministrativa del diritto d'autore online*, in A. PAPA (a cura di), *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Collana del Dipartimento di Studi Economici e Giuridici dell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope", Giappichelli editore, 2019, p. 10 e ss.

F. POSTERARO, lezione in materia di "*Diritto d'autore online*", inserita nell'ambito del *Corso di perfezionamento in diritto dell'Unione europea*, "*La tutela dei diritti*", presso l'Università degli studi di Napoli Federico II, luglio 2020.

V. RAGONESI, "*Direttiva copyright: minacce e opportunità dell'articolo 17 sull'utilizzo dei contenuti creativi per la nostra industria culturale*", Webinar organizzato dalla Luiss School of Law nell'ambito delle attività del centro di ricerca BILL., Roma 22 gennaio 2021.

G.M. RICCIO, *Nota a Tribunale Grande Instance di Nanterre 8 Dicembre 1999*, in *Dir. Inf. e Inf.*, 2000, p. 315.

M. RICOLFI, *Le misure compulsorie*, in *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale*, Giuffrè, Milano, 2005.

M. RICOLFI, *Commento all'articolo 17 - La protezione della proprietà intellettuale* in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 338 – 349.

A.M. ROVATI, *La responsabilità civile degli ISP*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Il regolamento Agcom sul diritto d'autore*, Quaderni di AIDA n.25, Giappichelli editore, Torino, 2014.

A. M. ROVATI, *L'enforcement Amministrativo Dei Diritti D'autore Connessi On Line Da Parte Di Agcom*, in G. CASSANO e S. PREVITI (a cura di), *Il diritto di internet nell'era digitale*.

A.M. ROVATI, *Le sanzioni*, in L.C. UBERTAZZI, *La proprietà intellettuale*, Giappichelli, Torino, 2011.

G. M. RUOTOLO, *Scritti di diritto internazionale ed europeo dei dati*, Cacucci editore, 2021, p. 179 ss.

G.M. RUOTOLO, *A season in the abyss. Il nuovo copyright UE tra libertà di informazione, diritti fondamentali e mercato unico digitale*, in *Il diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, 2019.

A. SALVATO, *La Corte di giustizia si pronuncia sul diritto d'autore online*, Giur. It., Roma, 2014.

A. SARACENO, *La responsabilità degli Internet service provider per le violazioni del diritto d'autore*, in Giur. it., 2011, p. 2200.

D. SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Giuffrè, Milano, 1996, 396 ss.

L. SBOARINA, *At sixth meeting on article 17 of the EU copyright Directive, stakeholders discuss rights of users*, in *Cullen International*, febbraio 2020.

C. SCHEPISI, *Rinvio pregiudiziale obbligatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*, inserito nella collana *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche*, EUT-Edizione Università di Trieste, 2003, p. 1-199,
file:///C:/Users/g.desanctis/Downloads/rinvio_pregiudiziale_obbligatorio.pdf.

H. SCHULTE-NÖLKE ET AL., *The legal framework for e-commerce in the Internal Market- State of play, remaining obstacles to the free movement of digital services and ways to improve the current situation*, 2020,
[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652707/IPOL_STU\(2020\)652707_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652707/IPOL_STU(2020)652707_EN.pdf).

C. SCHEPISI, *Controversie transfrontaliere e progressiva estensione del foro del consumatore*, in A. GAMBINO (a cura di), *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Giappichelli, 2011.

C. SCHEPISI, *Comunicazione, nuove tecnologie e tutela dei consumatori. L'evoluzione del diritto dell'Unione europea*, in *Mercato e Consumatori*, 2019, pp. 47 ss.

S. SCUDIERI, *La responsabilità dell'internet service provider alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea*, causa c-610/15, *Diritto Mercato Tecnologia*, Roma, 2018.

M. SENFTLEBEN, C. ANGELOPOULOS, G. FROSIO, V. MOSCON, M. PEGUERA, O. ROGNSTAD, *The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform*, in *European Intellectual Property Review*, Vol. 40, Issue 3, 2018.

E. TOSI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider- passivi e attivi- tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, in *Riv. dir. ind.*, 2017.

E. TOSI, *La disciplina applicabile all'hosting provider per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore, tra speciale irresponsabilità dell'ISP passivo e comune responsabilità dell'ISP attivo, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, p. 201 ss.

L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Il regolamento Agcom sul diritto d'autore*, Quaderni di AIDA n.25, Giappichelli editore, Torino, 2014.

L.C. UBERTAZZI, *Introduzione*, in ID. *La proprietà intellettuale*, Giappichelli, Torino, 2011, 11.

L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, CEDAM, Padova, 2007.

L.C. UBERTAZZI, *La proprietà intellettuale*, Giappichelli, Torino, 2011.

G. VITALE, *Rilievi in tema di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ed obblighi del giudice di ultima istanza*, in ASTRID RASSEGNA, n. 20/2012, p. 1 ss.

G. VITALE, *principi generali e diritto derivato. Contributo allo studio del sistema delle fonti dell'Unione europea*, G. Giappichelli Editore, Torino 2013.

R. ZACCARIA, A. VAASTRO, E. ALBANESI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, CEDAM 2018.

STUDI:

Indagine Italia creativa, Ernest Young, 2016,
http://www.italiacreativa.eu/wpcontent/uploads/2017/01/Italiacreativa_SecondaEdizione.pdf.

Studio Roland Berger Strategy Consultants del 2015, commissionato dalla *Gesac, Groupment Européen des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs* sul ruolo degli intermediari *online*, https://www.rolandberger.com/gallery/pdf/Report_for_GESAC_Online_Intermediaries_2015_Nov_Eur.pdf.