

Il mercato unico digitale al bivio tra
riforma dei servizi di media
audiovisivi e del diritto d'autore.
Quale ruolo per le piattaforme?

Prof. Oreste Pollicino

Università Commerciale "L. Bocconi"

Gli ISP nel REFIT della direttiva SMAV

Tipizzazione della figura del *video sharing platform provider*

Servizio di piattaforma per la condivisione di video

- 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 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;

La nuova fattispecie

- Nozione:
 - Piattaforme che **pur** “organizzando i contenuti che memorizzano, attraverso una pluralità di strumenti”
 - ... “**non hanno responsabilità editoriale** su tali contenuti
- **Smentita l’equazione organizzazione di contenuti = responsabilità editoriale**
- **Idea di rivedere limiti e natura responsabilità editoriale**

La nuova fattispecie

- Caratteristiche:
 - Nessuna responsabilità editoriale sui contenuti pubblicati?
 - Inquadramento nel regime di responsabilità della Direttiva E-Commerce
- Considerando 28 e 29
- “Quota importante”

La nuova fattispecie

- Regime giuridico
 - Co-regolamentazione
 - Tutela dei minori
 - Protezione *hate speech* (*harmful content*)
 - Nessuna responsabilità per i contenuti
 - Responsabilità solo per eventuale violazione di misure a tutela di minori e per la prevenzione di contenuti dannosi (dunque, per violazione della Direttiva SMAV)
 - **Fatti salvi gli articoli 14 e 15 della direttiva 2000/31/CE**
 - **Possibile dubbio interpretativo**

Relazione introduttiva revisione SMAV

- La presente proposta completa la direttiva sul commercio elettronico per alcuni aspetti lasciando impregiudicati le disposizioni della direttiva

Relazione introduttiva

- **Gli Stati membri continueranno ad essere soggetti alle norme della direttiva sul commercio elettronico. Essi non saranno pertanto autorizzati ad imporre ai fornitori un obbligo generale di sorveglianza sui contenuti né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite, senza precludere la possibilità di imporre obblighi di sorveglianza in casi specifici (art. 15)**

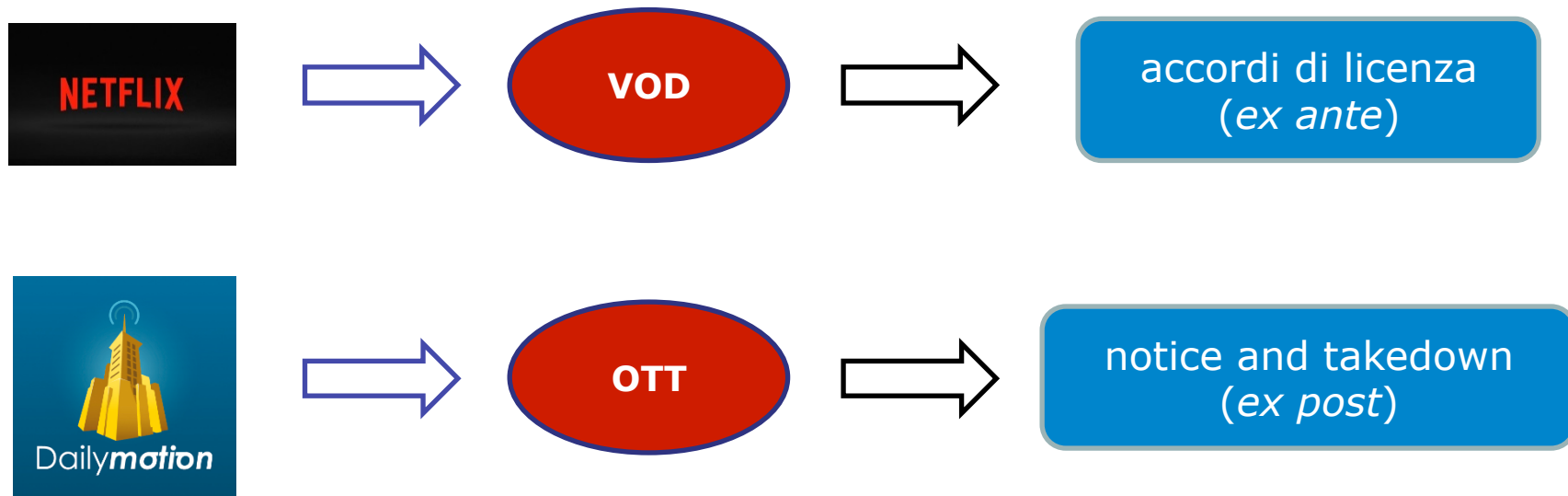
Piattaforme di video sharing

- Codificato il ruolo dell'hosting attivo e sciolto il dilemma sulla sua (ir)responsabilità?
- Fatta salva l'applicazione delle esenzioni di responsabilità previste dalla Direttiva E-Commerce
- L'organizzazione di contenuti (tipica dell'hosting attivo) non implica controllo editoriale e dunque responsabilità

La proposta di revisione della Direttiva 2001/29/CE

Ratio Art. 13

Value gap: distribuzione distorta dei proventi derivanti dallo sfruttamento delle opere protette online



La proposta di revisione della Direttiva 2001/29/CE

- Opzione di policy identificata dalla Commissione:
 - Promozione della conclusione di accordi con i titolari dei diritti
 - Obbligo per i prestatori di servizi di munirsi di misure tecnologiche adeguate e proporzionate per evitare di rendere disponibili contenuti individuati dai titolari dei diritti in base agli accordi conclusi
 - Considerando 38

La proposta di revisione della Direttiva 2001/29/CE

Presupposto **Art. 13**

Memorizzazione e pubblico accesso a **grande numero di opere** e materiale protetti dal diritto d'autore caricati dagli utenti

Obbligo

Conclusione accordi di licenza con i titolari dei diritti, **salvo art. 14 Direttiva E-Commerce**, e relative misure tecniche di *enforcement*

Ratio

Si verifica un atto di comunicazione al pubblico, andando oltre la mera fornitura di attrezzature fisiche.

Nel caso in cui non si tratti di hosting attivo

Esclusivamente adozioni di misure tecnologiche di protezione per il riconoscimento dei contenuti che siano adeguate e proporzionate.

Punti di convergenza critica

- Proposta di revisione della Direttiva SMAV qualifica le piattaforme di video sharing come fornitori che ospitano grandi quantità di contenuti (*large amounts*) su cui non esercitano responsabilità editorial
- Proposta di revisione della Direttiva Copyright si concentra invece su prestatori di servizi che memorizzano e danno **accesso a grandi quantità di opere** e altro materiale caricati dagli utenti

La fisionomia dell'ISP

- Considerando 38 – Articolo 13
 - ISP **“memorizzano”** e **“danno pubblico accesso”**
 - Rivisitazione della definizione della Direttiva E-Commerce
 - Un ISP effettua un atto di **“comunicazione al pubblico”** (i.e. responsabile direttamente per violazione del diritto d'autore) a meno che sia soggetto alle esenzioni di responsabilità (in tal caso, regime della Direttiva E-Commerce)
 - **“Comunicazione al pubblico”**
 - **Esenzioni di responsabilità**

Le due proposte non si parlano quanto a ruolo e responsabilità

- Non parlano però nè:
 - A) con direttiva e-commerce
 - B) con parametri superprimari di riferimento
 - B1) giurisprudenza rilevante della Corte di giustizia
 - B2) Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

Google France (C-236/08 a C-238/08)

- Riferimento a «esenzioni» (C. 42) e «limitazioni» (C. 46) di responsabilità del tutto equivalente sia nella sentenza che nelle Conclusioni AG: nessuna differenza
- Presupposto per la loro applicazione: attività di natura meramente tecnica, neutrale e passiva

L'Oréal (C-324/09)

- ISP rientra nelle esenzioni se non esercita un ruolo attivo tale da conferirgli conoscenza o controllo sui dati memorizzati
- (par. 116) Laddove, per contro, detto gestore **abbia prestato un'assistenza consistente segnatamente nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita di cui trattasi e nel promuovere tali offerte, si deve considerare che egli non ha occupato una posizione neutra tra il cliente venditore considerato e i potenziali acquirenti, ma che ha svolto un ruolo attivo atto a conferirgli una conoscenza o un controllo dei dati relativi a dette offerte. In tal caso non può avvalersi, riguardo a tali dati, della deroga in materia di responsabilità di cui all'art. 14 della direttiva 2000/31**

Comunicazione al pubblico

- La comunicazione al pubblico si intende normalmente realizzata da parte dell'utente che effettui il caricamento di un contenuto, rendendolo disponibile
 - L'ISP può essere responsabile della comunicazione al pubblico soltanto nella misura in cui realizzi direttamente (e non tramite il caricamento dell'utente che sfrutta i suoi servizi) la messa a disposizione di un contenuto

Indirizzo tendenzialmente contrario della giurisprudenza CGUE all'addebito all'ISP di una responsabilità diretta per un atto di comunicazione al pubblico

– *Reha Training v. GEMA* (C-117/15)

- **Atto di comunicazione** presuppone qualsiasi forma di trasmissione di opera protette, indipendentemente dai mezzi impiegati, che richiede una previa autorizzazione dei titolari dei diritti
- **Comunicazione diretta al pubblico** esige diffusione presso un pubblico indeterminato (i.e. di un certa consistenza) e nuovo (i.e. non interessato dall'offerta del titolare dei diritti)

E tuttavia...

Sanoma v. GS Media (C-160/15)

- **Avvocato generale** aveva ritenuto che il linking diretto a siti ospitanti opere non autorizzate non integrasse un atto di comunicazione e che difettesse il requisito del «pubblico nuovo» in quanto il sito web oggetto di linking era liberamente accessibile
- La **Corte di giustizia** ha considerato, all'opposto, integrata la nozione di comunicazione al pubblico, operando altresì una «valutazione individualizzata»

«Valutazione individualizzata»

- **Riferimento a criteri soggettivi:** sussiste atto di comunicazione quando l'utente interviene con piena cognizione delle conseguenze del suo comportamento per offrire ai propri clienti accesso a un'opera protetta
- **Rilevanza del carattere lucrativo della comunicazione:** livello di diligenza richiesto al gestore del sito che mette a disposizione un link varia a seconda che agisca con scopo di lucro o meno

E i diritti fondamentali?

Considerando 38

- Applicazione misure tecnologiche (appropriate e proporzionate) sia per gli ISP che accedono alle esenzioni che per quelli che non vi accedono («attivi» ?)
- *Duty of care?*
- Tale obbligo sarebbe comunque legittimato anche dal Considerando 48 della Direttiva E-Commerce (anche se si applicano esenzioni)

E i diritti fondamentali?

Articolo 13

- Prescrive l'adozione di tecnologie adeguate e proporzionate **per il riconoscimento dei contenuti**
- Ma in *Sabam* e *Scarlet*:
 - Violazione art. 16 Carta (lib. di impresa)
 - Violazione art. 8 (tutela dei dati personali)
 - Violazione art. 11 (lib. di espressione)
 - Incompatibile con art. 15 Direttiva E-Commerce

Conclusioni...in progress

Quale impatto in termini di benefici per i titolari dei diritti?

Sistema confuso, ambiguo e a tratti scollato

Le misure che la Commissione mira a imporre in capo agli ISP violano il diritto UE....

...In due modi antitetici.

