

**Le piattaforme come strumenti di creazione di contenuti.
L'incerta regolazione degli *user-adapted content* nella proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale***

Andrea Giulia Monteleone

Le piattaforme come strumenti di creazione di contenuti. L'incerta regolazione degli *user-adapted content* nella proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale

Abstract

Il Web 2.0 ha determinato il passaggio da un uso meramente passivo di internet ad un uso attivo della rete, per cui, ciascun utente è diventato un autore. Tale rivoluzione copernicana è stata possibile soprattutto grazie al ruolo rivestito dalle piattaforme, architetture di interazione che spingono gli utenti a produrre e condividere materiale e che hanno giovato, almeno fino ad oggi, di un ampio spazio di de-regolazione.

Questa realtà tecnologica, tramutatasi in realtà sociale e culturale, è alla base del fenomeno della creazione e diffusione degli *user-generated content* (UGC). I confini di questa fattispecie sono incerti, qualsiasi definizione proposta è sembrata di volta in volta troppo limitativa o troppo comprensiva. In linea di massima, però, si concorda che sono UGC tutti i materiali creati dagli utenti e pubblicati sulla rete, costituiti perlopiù da rielaborazioni di materiale preesistente.

Dalla menzionata difficoltà di sviluppare una definizione univoca discende anche la difficoltà nel regolare il fenomeno, tanto che, le consultazioni lanciate in materia dalla Commissione europea nel 2014 si sono concluse con un nulla di fatto. Il tema è stato dunque inizialmente tralasciato dalla proposta di Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale del settembre 2016 ma sembra riaffiorato nel testo della Direttiva approvato dal Parlamento europeo.

Tuttavia, la soluzione proposta sembra piuttosto ambigua e non senza contraddizioni. Rimangono, infatti, intatti molti degli interrogativi sorti in fase di consultazione sebbene le piattaforme, che oggi beneficiano di un consolidato sistema di esonero da responsabilità, sembrano gravate da sempre maggiori oneri.

The development of the so-called Web 2.0 caused a shift from a passive use of the internet to an active role of the user that implied the transformation of the simple user in creator. This revolution has only been possible thanks to the role played by the platforms, architectures of interactions that push users to create and share content and that are benefitting of a free space of de-regulation.

This technological reality, then also social and cultural, is the background to the phenomenon of the creation and diffusion of User-Generated-Content (UGC). The boundaries of this issue are so uncertain that any proposed definition has been judged, time to time, either too narrow or too broad. However, generally speaking, it is now agreed that UGC is any material created by internet users and published on the net, being usually a modification or adaptation of pre-existing material.

From the mentioned difficulty in elaborating a shared definition also descends the difficulty in regulating the phenomenon, and, indeed, the consultations launched by the European Commission in 2014, failed. The theme has therefore been neglected by the draft of Directive for Copyright in the Digital Single Market of September 2016 even if it seems back on the radar of the text of the Directive as approved by the European Parliament.

However, the solution proposed for the regulation of UGC seems ambiguous and contradictory. Indeed, many of the concerns emerged during the consultations have

*L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio anonimo.

not been answered even if the platforms, that are currently beneficiaries of a safe harbor, seems to be burdened by growing obligations.

Sommario

1. Il Web 2.0 e il ruolo delle piattaforme. - 2. Il fenomeno *user-generated content*. - 3. Il conflitto tra *user-adapted content* e diritto d'autore. - 4. La regolazione proposta nella bozza di Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale. - 5. Le questioni ignorate: l'armonizzazione della disciplina delle opere derivate e la disponibilità dei diritti morali. - 6. Osservazioni conclusive.

Keywords

User-generated content, Web 2.0, Piattaforme, Direttiva InfoSoc, Diritto d'autore

1. Il Web 2.0 e il ruolo delle piattaforme

L'utilizzazione massiva e non autorizzata di opere sulle risorse sociali è un fenomeno della rete, caratterizzante la maggior parte delle attività digitali, tanto comune da essere ormai ingiustamente considerata come condizione fisiologica di internet¹. Alla diffusione di tale fenomeno contribuisce senz'altro la difficoltà di tutelare efficacemente i diritti d'autore nell'ambiente digitale; al contempo, però, è il diritto d'autore stesso ad essere frustrato dalla mutevolezza della tecnologia e dalle potenzialità che questa sprigiona.

Tale rapporto conflittuale tra tecnologia e diritto non è certo una novità, tantomeno per il diritto d'autore. D'altra parte, nato con l'invenzione della stampa, questo ha subito continui ripensamenti e ammodernamenti sotto l'impulso dello sviluppo industriale dei mezzi di riproduzione².

Tuttavia, due sono le circostanze che distinguono questa nuova era di crisi: l'ampiezza del fenomeno e la qualità della riproduzione. Infatti, ciascuno ha ormai le capacità tecniche, sia in termini di apparecchiatura che di *expertise*, per realizzare una copia perfetta di un'opera dell'ingegno.

Pertanto, per richiamare la celebre teoria della c.d. "distruzione creatrice" di matrice schumpeteriana secondo cui l'innovazione, distruggendo ciò che è preesistente, può impattare su determinati settori così intensamente da obbligare le società che vi appartengono ad evolversi - pena l'estinzione - sorge oggi la necessità di adattare il diritto d'autore alla tecnologia, pena il suo totale superamento³.

¹ C. Geiger, *Legalize it? Quelques réflexions sur la mise en œuvre du droit d'auteur dans le contexte de l'utilisation non autorisée des œuvres sur internet*, in *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, Collection of the CEIPI, 61, Paris, 2014, 167.

² *Ibid.*, 168.

³ J.A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, New York, 1942; R. Ashcroft - G. Barker, *Is copyright law fit for purpose in the Internet era? An economic and legal perspective*, in www.ssrn.com, 2014, partendo dall'assunto che internet e le tecnologie informatiche siano *driver* importanti per la crescita

Le piattaforme come strumenti di creazione di contenuti. L'incerta regolazione degli *user-adapted content* nella proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale

Sembrerebbe, infatti, che sia davvero arrivato il momento di ripensare il sistema di tutela autoriale, in quanto le modifiche intervenute negli ultimi decenni hanno sempre affrontato questioni marginali ed evitato interventi radicali⁴. Non può ignorarsi, infatti che, le principali fonti del diritto d'autore, a partire dalla Convenzione di Berna fino alle direttive europee in materia, sono risalenti ad epoche in cui internet non era neppure immaginabile o, a quando, pur essendo già una realtà, non aveva le caratteristiche e il ruolo che oggi gli riconosciamo.⁵

Più chiaramente, superata la fase di mera sperimentazione, internet è stato lungamente caratterizzato da pagine statiche dove il contenuto era aggiornato dal gestore e di cui l'internauta poteva fruire solo passivamente, il c.d. Web 1.0. Questo modello è stato poi soppiantato, dapprima da un Web 1.5, in cui erano presenti forme embrionali di interazione, e infine dal Web 2.0⁶.

La caratteristica differenziale di questo stadio di sviluppo della rete è la sua configurazione come piattaforma dove ciascun utente può contribuire alla costruzione e allo sviluppo del prodotto digitale e per questo, si dice, il Web 2.0 ha segnato il passaggio dal *web* dinamico a quello partecipativo⁷.

economica e che, al contrario, una regolazione non adeguata costituisca un ostacolo, rilevano che questa fase di distruzione creatrice cui abbiamo assistito, avvenuta senza il consenso dei titolari dei diritti, ha dato origine ad una situazione di grave inefficienza in cui è prevalso un modello di sfruttamento parassitario. Al contrario, affermano, se il processo fosse stato accompagnato da un sistema di tutele più opportuno, l'evoluzione avrebbe determinato risultati più soddisfacenti. Infatti, secondo gli autori, 14: «*The perception that copyright may pose a risk of a chilling effect on the process of creative destruction is mistaken. Quite the contrary: copyright supports the process of creative destruction and ensures that it proceeds efficiently.*».

⁴ Cfr. N. Elkin-Koren, *Tailoring Copyright To Social Production, Copyright Culture, Copyright History, in Theoretical Inquiries in Law*, 12, 2011, 309 ss. Sebbene un tale processo di aggiornamento frazionato sembra, allo stato, l'unico possibile, non manca chi propone, invece, un radicale ripensamento del modello e la sostituzione all'attuale assetto proprietario con un sistema incentrato invece sulla socializzazione delle perdite e l'istituzione di meccanismi di compensazione. La dottrina americana ha ampiamente teorizzato questo cambio di paradigma, in particolare, L. Lessig, *Remix. Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, New York, 2008; W.W.III Fisher, *Promises to keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*, Stanford, 2004.

⁵ 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, 2, secondo cui le piattaforme, pur essendo il perno su cui si innesta il Web 2.0 (e gli UGC) non hanno assunto un ruolo rilevante per la regolazione ma, piuttosto godono del c.d. *safe harbor*, in quanto la loro importanza e pervasività è stata a lungo sottovalutata.

⁶ J. Hafkesbrink - M. Schroll, *Innovation 3.0: embedding into community knowledge - collaborative organizational learning beyond open innovation*, in *Journal of Innovation Economics & Management*, 7, 2011, 67 ss., individua le tappe dello sviluppo del Web 1.0 nel passaggio da il c.d. *information web* (in quanto la rete era solo uno strumento di fornitura di informazioni) al c.d. *transaction web* con la diffusione dell'*e-commerce* quantunque questo sia caratterizzato da un elevato grado di staticità e dall'assenza di interazione.

⁷ T. O Reilly, *What Is Web 2.0, Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software*, in *International Journal of Digital Economics*, 65, 2007, 17 ss., sostiene che è Web 2.0 tutto quanto riesca a sfruttare i benefici dell'«*architettura della partecipazione*» e produca esperienze per gli utenti. Il fenomeno del Web 2.0 ha avuto anche effetti relazionali importanti. Da questo punto di vista, esso costituirebbe un fenomeno più ampio, ovvero, come autorevolmente sostenuto da M. J. Fleutiaux, *Web 2.0 et contrefaçon de droit d'auteur; de nouveaux outils pour de nouveaux usages*, in Aa. Vv., *Contrefaçon sur internet, Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0., Le droit des affaires, Propriété intellectuelle*, 33, Paris, 2009, 7, il Web 2.0 è un insieme di strumenti che hanno permesso «*la démocratisation de la notion d'internaute acteur de son environnement numérique*». J. Hafkesbrink - M. Schroll, *op. cit.*, 55-57, individuano i vari stati dell'innovazione digitale e ne chiariscono le caratteristiche evolutive: «*[F]rom linear to systemic, open and user-centric innovation models and*

Questa rivoluzione ha avuto un impatto tanto pregnante che non solo non può considerarsi limitata nei suoi effetti al mondo digitale e alla rete, ma si può constatare che, come l'invenzione della stampa ha consentito al popolo di leggere, rendendo le edizioni stampate più accessibili, internet ha permesso alla collettività di scrivere, creare, partecipare attivamente alla vita culturale del gruppo cui sente di appartenere.⁸

Del pari, il superamento del meccanismo di fruizione meramente passiva di contenuti ha determinato la diffusione di una nuova modalità di interazione tra utenti e fornitori, ovvero la c.d. *prosumption*, un'attività che è insieme di produzione (*production*) e consumo (*consumption*)⁹.

Questa commistione tra fruizione e creazione è proprio la caratteristica principale dei c.d. *social media*¹⁰. L'espressione è, infatti, comunemente utilizzata per fare riferimento ad una pluralità di servizi molto diversi tra loro, accomunati da un elemento: lo sfruttamento dei contenuti prodotti dagli utilizzatori, o *user-generated content* (UGC).

Tali forme di creazioni e di processo creativo pongono però un duplice ordine di problemi rispetto al diritto d'autore. Da un lato, infatti, la maggior parte dei contributi pubblicati costituisce una modifica e un adattamento di materiale preesistente (quando non è un mero atto di riproduzione non autorizzata). Dall'altro, il diritto d'autore non è incentrato sulla collaborazione tra autori, invece molto diffusa in questo contesto, ma, piuttosto, disciplina questa fattispecie come eccezione alla regola generale dell'opposizione autore/fruitori¹¹. Infine, tale accresciuta complessità, proprio perché in rottura con il modello consolidato e tradizionale, ha creato una diffidenza che pare tutt'oggi irrisolvibile nei confronti delle nuove forme di espressione¹².

on the question of how knowledge production evolves under new and different innovation paradigms».

⁸ B. Bayart, *La neutralité du réseau*, in Aa. Vv., *La Bataille Hadopi*, Cergy-Pontoise, 2009: «L'imprimerie a permis au peuple de lire; Internet va lui permettre d'écrire». Sul fenomeno della democratizzazione della rete: L. Maurel, *Droit d'auteur et création dans l'environnement numérique. Des conditions d'émancipation à repenser d'urgence*, in *Mouvements*, 79, 2014, 101 ss.; A. Coutant – T. Stenger, *Les médias sociaux: une histoire de participation*, in *Le Temps des médias*, 18, 2012, 80 ss.

⁹ Il termine è fatto risalire agli studi di A. Toffler, *The Third Wave*, New York, 1980, 266, il quale, ha teorizzato che la c.d. *prosumption* sia in realtà una condizione predominante nelle società pre-industriali (*first wave*) che è stata soppiantata, in seguito all'industrializzazione, da una netta separazione tra produttori e consumatori (*second wave*). Ciononostante, la società contemporanea sembra caratterizzata da un ritorno alla primordiale confusione di ruoli tra i soggetti del mercato (*third wave*). Ancora, G. Ritzer - N. Jurgenson, *Production, Consumption, Prosumption. The nature of capitalism in the age of the digital "prosumer"*, in *Journal of Consumer Culture*, 10(1), 2010, 14 ss., chiariscono che, sebbene il fenomeno della c.d. *prosumption* sia caratteristico delle società che abbiano intrapreso una fase di industrializzazione più avanzata, una serie di cambiamenti sociali, tra cui anche il Web 2.0 e gli UGC, vi hanno attribuito una sempre maggiore centralità.

¹⁰ Anche *social networks* o piattaforme. Spesso, queste espressioni sono utilizzate come sinonimo del Web 2.0 ma è una tendenza non del tutto corretta dal punto di vista metodologico in quanto i primi, in realtà, sono solo uno dei fenomeni in cui il secondo si esplica. In tema: T. Stenger - A. Coutant, *Introduction*, in *Hermès, La Revue*, 59, 2011, 9 ss.; A. Coutant - T. Stenger, *op.cit.*, 77 ss.

¹¹ N. Elkin-Koren, *op. cit.*, 2: «Except for rare cases, copyright law is primarily designed to regulate the relationships of a single owner with other non-owners and is focused on the sovereignty of the author/owner. Social production, by contrast, requires us to articulate a matrix of relationships between the individual, the facilitating platform and the communities and crowds involved in social productions».

¹² L. Maurel, *Quel droit d'auteur à l'heure du numérique? Sortir de l'impasse la réforme du droit d'auteur*, in *Nectartm*, 2, 2016, 104 ss.; P.J. Benghozi, *Le deuxième choc de l'économie de la culture*, *Esprit*, 7, 2011, 112, passando in rassegna le potenzialità del Web 2.0, rileva che questo «modifie en profondeur la nature des

2. Il fenomeno *user-generated content*

Alla diffusione delle piattaforme è, dunque, da associare il fenomeno degli UGC e la dipendenza reciproca tra i due è tale da renderli inscindibili¹³.

Tuttavia, secondo una ricostruzione più rigorosa, gli UGC come contenuto generato dagli utilizzatori sono un fenomeno più risalente¹⁴. Infatti sarebbe possibile ricomprendere in questa categoria anche strumenti ormai “tradizionali” come *mailing list*, siti internet e blog¹⁵.

In quest’ottica, la novità della discussione sarebbe determinata dalla sua estensione. Essendo, infatti, le piattaforme tese ad incentivare gli utenti nella creazione e condivisione di contenuto, si è ampliato in maniera esponenziale il numero dei partecipanti al fenomeno UGC ed anche il modo in cui questi interagiscono¹⁶.

Proprio in ragione dell’ampiezza del fenomeno, che determina un’importante differenziazione tra i diversi contenuti creati dagli utenti, si è dimostrato impossibile fornir-

œuvres et le marché du travail artistique, en accentuant la porosité entre les professionnels et les amateurs». Infatti, la moltiplicazione dell’offerta culturale disponibile è caratteristica del Web 2.0 tanto che si è determinato un cambiamento nelle filiere produttive e nei modelli d’impresa dell’industria culturale tradottosi nell’emersione di nuovi attori e nell’accrescimento del ruolo delle piattaforme di aggregazione con l’ulteriore conseguenza dell’annullamento della distanza tra professionisti e amatori. In tal senso, anche: G. Ritzer - N. Jurgenson, *op. cit.*, 30: «*Prosumer capitalism is based on a system where content is abundant and created by those not on the payroll*». L. Maurel, *op. cit.*, 100: «*L’abondance des contenus, caractéristique de l’évolution du Web, répond aussi une abondance des auteurs dans nos sociétés*».

¹³ A. Benamar, *Télécommunications: la révolution par les services, les usages et les modèles économiques*, *Géoéconomie*, 50(3), 2009, par. 136; S. Hetcher, *User-Generated Content and the Future of Copyright: Part One-Investiture of Ownership*, in *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, 10, 2007-2008, 863 ss.

¹⁴ Esso può anche essere considerato come un’evoluzione tecnologica del tradizionale processo creativo basato sulla riutilizzazione di materiale preesistente. In tal senso, G.F. Frosio, *Rediscovering Cumulative Creativity From the Oral Formulaic Tradition to Digital Remix: Can I Get a Witness?*, in *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, 13, 2014, 345; N. Helberger - L. Guibault - E.H. Janssen - N.A.N.M van Eijk - C.J Angelopoulos - J.V.J van Hoboken, *Legal aspects of UCC*, *IViR*, Amsterdam, 2008; D. Gervais, *The Tangled Web of UGC: Making Copyright Sense of User-Generated Content*, *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, 11, 2008-2009, 841 ss.

¹⁵ European Commission, *Public Consultation on the review of the EU copyright rules*, 2014, 28; P. Akester, *A Practical Guide to Digital Copyright Law*, *Cipr Practice Series*, 3, 2007, 107 ss.; T. M. Woods, *Working Toward Spontaneous Copyright Licensing: A Simple Solution for a Complex Problem*, in *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, 11, 2009, 1163 ss.; C. George - J. Scerri, *Web 2.0 and User-Generated Content: legal challenges in the new frontier*, in *Journal of Information, Law and Technology*, 2009, 6-10, sostengono la responsabilizzazione delle piattaforme in ragione dell’importanza del ruolo da loro svolto.

¹⁶ D. Gervais, *op. cit.*, 843: «*As the Internet becomes more embedded in peoples’ lives, they draw on new Internet applications to express themselves through content that they upload or make available*». S.M. O’Connor, *Creators, Innovators and Appropriation Mechanism*, in *George Mason Law Review*, 22, 2015, 983: «*[S]ocial media platforms rely on content as a mere “commodity” that is sent through the systems by users as fuel for this community of users to engage with the platforms in ever-increasing amounts*». Cfr. anche European Commission, *Public Consultation on the review of the EU copyright rules*, 2014, 28: «*[T]he development of social networking and social media sites that enable users to share content widely has vastly changed the scale of such activities and increased the potential economic impact for those holding rights in the pre-existing works. Re-use is no longer the preserve of technically and artistically adept elite. With the possibilities offered by the new technologies, re-use is open to all, at no cost. This in turn raises questions with regard to fundamental rights such the freedom of expression and the right to property*». European Parliament, *The Relations Between Copyright Law And Consumers’ Rights From A European Perspective*, 2010, 15: «*User-generated content or user-created content is the outcome of the increasing involvement of the user in web 2.0 [...]. Individuals can now easily produce and share digital created, sometimes made from existing copyrighted content. The issue is not anecdotal as many business models build on user-generated contents*».

re una definizione onnicomprensiva di UGC¹⁷. In via generale, infatti, rientrerebbero in questa categoria tutti i contenuti pubblicati *online*, essendo “*user*” l’internauta, dovendosi intendere “*generated*” come un riferimento a qualsiasi attività che coinvolga la creazione di materiale autoriale ed essendo, infine, “*Content*” usato come sinonimo di opera creativa¹⁸.

Un primo tentativo di definizione è stato proposto dall’OECD nel 2007¹⁹. In questa occasione, partendo dall’assunto che non sia possibile individuare una concezione di UGC unanimemente condivisa né misurare con certezza gli impatti che questi hanno avuto a livello sociale, culturale ed economico, la definizione del fenomeno è stata elaborata solo a livello empirico. Dunque, sono definiti UGC tutti quei contenuti resi pubblicamente disponibili in internet che riflettono una certa quantità di sforzo creativo e che sono stati creati al di fuori di pratiche professionali²⁰.

Diverso è stato, invece, l’approccio adottato dalla Commissione europea²¹. Questa, in ragione della rilevanza strategica del diritto d’autore per la creazione del mercato unico dei contenuti e dei diritti di proprietà intellettuale, ha avviato il processo di riforma instaurando un dialogo con gli *stakeholders*²².

La consultazione è stata strutturata in diversi gruppi di discussione, tra cui, appunto, gli UGC. Tuttavia, si è ritenuto opportuno, in questa occasione, limitare la definizione del fenomeno ad una sua specifica area: contenuti creati tramite riadattamento o modifica di materiale pre-esistente²³. Tale restrizione troverebbe giustificazione nella circostanza che questi sono gli UGC che creano maggiori problemi rispetto al diritto d’autore, ma è opportuno chiarire che il fenomeno è molto più ampio e complesso e i contenuti derivati sono solo una *species* dell’ampio *genus* degli UGC²⁴.

¹⁷ D. Gervais, *op. cit.*, 841 ss.

¹⁸ C. Soliman, *Remixing sharing: sharing platforms as a tool for advancement of UGC sharing*, in *Albany Law Journal of Science and Technology*, 22, 2011-2012. S. Hetcher, *op.cit.*, 869.

¹⁹ Organization for Economic Co-operation and Development [OECD], Directorate for Science, Technology and Industry, Committee for Information, Computer and Communications Policy, Working Party on the Information Economy [WPIE], *Participative Web: User Created Content*, DSTI/ICCP/IE(2006)7/FINAL, April 12, 2007, 11. Esito sostanzialmente simile hanno avuto altri studi in materia, ed in particolare, quello svolto dall’OFCOM, *The Value of User-Generated Content*, 21 June 2013, e, per l’ordinamento francese, V.L. Benabou, *Rapport De La Mission Du CSPLA Sur Les “Œuvres Transformatives”*, Rapp. De La Mission Fabrice Langrognet, 2014.

²⁰ OECD, *op. cit.*, 11.

²¹ La Commissione europea si è basata sulla definizione del fenomeno resa nel c.d. Rapport De Wolf, J.P. Triaille, *Study on the application of Directive 2001/29/EC on copyright and related rights in the information society (The “Infosoc Directive”)*, 2013, 452: «UGC [...] are cases where a pre-existing work is taken by a user as a starting point for his/her own expression. It means that we limit the examination to the situations where there is a pre-existing work and where such work will be modified in one way or another to then be made available online».

²² European Commission, *On content in the Digital Single Market*, Brussels, 18 December 2012; European Commission, *Licenses for Europe. Ten pledges to bring more content online*, November 2013.

²³ European Commission, *Consultation Document*, 2013, 28; S.M. O’Connor, *op.cit.*, 977.

²⁴ I. Chuang, *Be Wary of Adding Your Own Soundtrack: Lenx v. Universal and How the Fair Use policy should be applied to User Generated Content*, in *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, 29, 2009, 164 ss.; European Commission, *Public Consultation on the review of the EU copyright rules*, 2014; K. Erickson, *User illusion: ideological construction of “user-generated content” in the EC consultation on copyright*, in *Internet Policy Review*, 3(4), 2014, 3 ss.

3. Il conflitto tra *user-adapted content* e diritto d'autore

Limitandosi dunque ad analizzare il fenomeno come descritto dalla Commissione europea, si circoscrivono i problemi che gli UGC determinano con riferimento al diritto d'autore.

Alcuni sono di ordine generale, rispetto all'intero sistema del diritto. Infatti, sembra che gli UGC si pongano in rottura con il sistema tradizionale del diritto d'autore sin dal proprio nome²⁵. Innanzitutto, l'utilizzatore non è una qualità rilevante per il diritto d'autore, che conosce solo la distinzione tra autore e fruitore, e l'implicito rimando ad una qualità amatoriale dell'autore non aveva finora assunto alcuna rilevanza per il diritto²⁶. Tale impostazione sembra anche confermata dall'assunto generale per cui gli UGC siano caratterizzati dall'assenza di uno scopo lucrativo. Ma, se da un lato sembra impossibile escluderlo in maniera generalizzata, dall'altro, lo scopo lucrativo assente in una fase iniziale potrebbe successivamente sopraggiungere in quanto le piattaforme stesse predispongono sistemi di remunerazione dei propri utenti²⁷. Pertanto, queste differenziazioni soggettive sembrano avere il solo effetto di determinare una gerarchia della creatività tra autori a seconda dello strumento che prediligono per la propria espressione che, però, non appare giustificata alla luce del sistema del diritto d'autore²⁸. Per quanto attiene, invece, al conflitto che sorge tra UGC e diritti degli autori, rilevano soprattutto il diritto di riproduzione e comunicazione al pubblico come disciplinati dagli artt. 2 e 3 della Direttiva InfoSoc²⁹. Il primo fornisce un'ampia definizione del diritto di riproduzione che copre qualsiasi uso di un'opera³⁰. Il secondo definisce il diritto di comunicazione al pubblico come messa a disposizione di un'opera tramite qualsiasi mezzo³¹. Tuttavia, ciò che maggiormente rileva è che le norme nazionali in

²⁵ V.L. Benabou, *Quelles solutions pour les UGC en France?*, in *Juris art etc.*, 25, 2015, 20: «*Au-delà de son origine étrangère, l'expression en soi est équivoque au regard des catégories habituelles de la propriété intellectuelle. Il n'est pas question d'oeuvre mais de "contenu"; pas d' "auteur" mais d' "utilisateur". Le phénomène de création est également escamoté puisqu'on ne parle que de contenu "généré" par l'utilisateur, comme si sa production résultait d'un phénomène d'accouchement automatique et demi-conscient.*»

²⁶ V.L. Benabou, *op. cit.*, 20: «*[D]'une part, dans la mesure où l'oeuvre et l'auteur sont envisagés in abstracto, l'UGC est potentiellement le bienvenu dans le droit de la propriété intellectuelle; mais d'autre part, nombreux dispositifs relatifs au régime du droit d'auteur se rattachent au caractère professionnel de l'activité de création.*»

²⁷ *Ibid.*: «*Les auteurs d'UGC agissent gratuitement et ne touchent aucune rémunération en contrepartie de cette diffusion, quand bien même les plateformes de mise en relation auraient prévu des mécanismes de monétisation. Toutefois, un nombre croissant d'UGC se manifeste désormais sur des plateformes dont la vocation première est Commerciale.*»

²⁸ *Ibid.*: «*Ainsi, le "générateur" de l'UGC à cause de sa qualité d'amateur est traité souvent comme un auteur de seconde catégorie, "au rabais", moins légitime à opérer le partage de revenus que les ayants droit patentés. Les UGC apparaissent ainsi dans leur dimension paradoxale: réalisés par des millions d'amateurs animés en majeure partie par une intention altruiste, ils sont souvent l'objet d'une diffusion à caractère commercial par des plateformes en situation oligopolistique, dont ils ne partagent qu'exceptionnellement les bénéfices économiques liés à cette diffusion.*» Nello stesso senso, J. Meese, *User production and law reform: a socio-legal critique of user creativity*, in *Media, Culture & Society*, 37(5), 2015, 762.

²⁹ 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.

³⁰ Direttiva 2001/29/CE, art. 2, Diritto di riproduzione. Sul punto: Aa. Vv., *User-Created-Content: Supporting a participative Information Society- Final Report*, IDATE – TNO – IViR 2008, 188.

³¹ Direttiva 2001/29/CE, art. 3, Diritto di comunicazione di opere al pubblico, compreso il diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti. In argomento, cfr. ancora Aa. Vv., *User-*

genere prevedono che rientri tra le prerogative autoriali anche il diritto di autorizzare qualsiasi adattamento o modifica alle proprie opere rendendo, dunque, necessaria la conclusione di un accordo di licenza per la creazione di un'opera derivata³².

Proprio quest'ultima prerogativa autoriale sembra quella maggiormente coinvolta dalla definizione di UGC assunta dalla Commissione europea, in quanto gli UGC rappresenterebbero delle opere derivate create senza il consenso del titolare dei diritti. La complessità, poi, sembrerebbe anche accresciuta dalla circostanza che l'opera derivata non sia una fattispecie armonizzata a livello europeo.

Del pari, non sono armonizzati i diritti morali degli autori che pure sono coinvolti dal fenomeno degli UGC ed in particolare, il diritto all'integrità dell'opera, che riconosce all'autore il diritto ad opporsi alle trasformazioni delle proprie creazioni che possano determinare la violazione del proprio onore o della propria reputazione³³.

4. La regolazione proposta nella bozza di Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale

Il conflitto tra UGC e la Direttiva InfoSoc è, dunque, evidente ma diversi sono i anche problemi che sorgono rispetto alla proposta di direttiva per il diritto d'autore nel mercato unico digitale, sia in rapporto a singole disposizioni che al sistema nel suo insieme³⁴.

D'altra parte, la circostanza che la consultazione indetta in materia non abbia prodotto risultati, in quanto non è stato possibile trovare una posizione condivisa sui risultati da raggiungere o sugli strumenti da adottare, ha determinato l'assenza della tematica nella Proposta di direttiva elaborata dalla Commissione europea³⁵. Tuttavia, pur mancando apparentemente una specifica intenzione di regolare gli UGC, il testo successivamente approvato dal Parlamento europeo sembra muoversi nel tracciato della consultazione, durante la quale si era sostenuta l'opportunità di estendere le licenze intercorrenti tra titolari dei diritti e piattaforme ai rapporti tra utenti e titolari dei diritti³⁶.

Created-Content: Supporting a participative Information Society- Final Report, cit.

³² Per esempio, limitatamente all'esperienza italiana, vedi artt. 12 e 18 della l. 633/1941. In tema, Aa. Vv., *User-Created-Content: Supporting a participative Information Society- Final Report*, IDATE – TNO – IviR 2008, 188.

³³ *Ibid.*, 189. Nello stesso senso: K. Erickson, *op.cit.*

³⁴ Di seguito, "Proposta di direttiva".

³⁵ European Commission, *On content in the Digital Single Market*, Brussels, 18 December 2012, 1; European Commission, Bruxelles, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market*, 14.9.2016 COM(2016) 593 final, 2016/0280 (COD).

³⁶ European Commission, *Public Consultation on the review of the EU copyright rules*, 2014, 27, fa esplicito riferimento a European Commission, *Licences for Europe. Ten pledges to bring more content online*, November 2013; European Commission, *Consultation Report*, Brussels, 2014, 67, chiarisce che questa soluzione era sostenuta dagli autori, dalle società di gestione collettiva, e dagli operatori di broadcasting, nella convinzione del ruolo delle licenze come descritto dalla "subtle incentive theory" elaborata da Y. Lev-Aretz, *The subtle incentive theory of copyright licensing*, in *Brooklyn Law Review*, Summer 2015, 3: «*The subtle incentive theory encourages rightholders to engage in licensing by incorporating the existence of an accessible and efficient licensing scheme and a user's bona fide attempt to purchase a license*».

Le piattaforme come strumenti di creazione di contenuti. L'incerta regolazione degli *user-adapted content* nella proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale

Coerentemente, il testo dell'art. 13 della Proposta di direttiva approvata dal Parlamento europeo, impone alle piattaforme (*online content sharing service providers*) di concludere accordi di licenza equi con i titolari dei diritti, che coprano anche la responsabilità per i contenuti caricati dagli utenti di queste piattaforme qualora avvengano nel rispetto dei termini e delle condizioni dei contratti di licenza, e a condizione che gli utenti non agiscano per scopi commerciali³⁷.

Apparentemente, dunque, il testo approvato dal Parlamento europeo, fa prevalere l'adozione di un sistema di licenze a scapito di un eventuale trapianto di esperienze straniere pure vagliato in fase di consultazione, quando erano state alternativamente proposte l'introduzione di una specifica eccezione oppure di una clausola di flessibilità³⁸. Tuttavia, il testo adottato dal Parlamento europeo ammette anche, con qualche ambiguità, l'opportunità di introdurre una specifica eccezione per gli UGC³⁹. Infatti, al considerando 21-*ter*, pur constatando la possibilità di un'eventuale sovrapposizione con eccezioni e limitazioni esistenti, si riconosce che non tutti i contenuti che sono caricati o resi disponibili da un utente e che includono estratti di opere protette o altri materiali sono coperti da un'eccezione al diritto d'autore tra quelle previste dall'art. 5 della Direttiva InfoSoc, e che ciò crea una certa incertezza⁴⁰.

Dunque, si ritiene «opportuno prevedere una nuova eccezione specifica per consentire gli utilizzi legittimi degli estratti di opere o di altro materiale protetti preesistenti nei contenuti caricati o messi a disposizione dagli utenti»⁴¹. In particolare, il contenuto generato o reso disponibile da un utente, per essere coperto da una tale eccezione dovrebbe consistere in un uso breve e proporzionato di una citazione o di un estratto di un'opera protetta o altro materiale⁴². Il pregiudizio dovrebbe, poi, essere valutato in considerazione del livello di originalità del contenuto coinvolto, la lunghezza della citazione o dell'estratto usato, la natura professionale del contenuto o il danno economico causato. E comunque, conclude la disposizione, l'applicazione di una tale eccezione non dovrebbe ledere i diritti morali degli autori⁴³.

Tuttavia, nonostante l'intenzione palesata nel menzionato considerando, l'articolo prevede una differente regolazione, incentrata solo sull'introduzione di un meccanismo di licenze e, sebbene non siano fornite indicazioni rispetto al modello contrattuale da adottare, è esclusa in via indiretta la sostenibilità di un modello Creative Commons, invece suggerito dalla dottrina in fase di consultazioni⁴⁴.

Infatti, il testo approvato dal Parlamento europeo imporrebbe anche un obbligo per

³⁷ Art. 13, Parlamento europeo, P8_TA-PROV(2018)0337, *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale, Emendamenti del Parlamento europeo, approvati il 12 settembre 2018, alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD))*.

³⁸ La specifica eccezione si ispira al Copyright Modernisation Act canadese, Section 29.21(1). La clausola di flessibilità al *Fair Use* americano previsto dalla Section 17 U.S.C. § 107.

³⁹ Considerando 21-*ter*, Parlamento europeo, P8_TA-PROV(2018)0337, 12.9.2018.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Condizione peraltro comune all'eccezione di citazione *ex art. 5, par. 3, lett. d)*, direttiva 2001/29/CE.

⁴³ Considerando 21-*quater*, Parlamento europeo, P8_TA-PROV(2018)0337, 12.9.2018.

⁴⁴ Da art. -14 ad art. 16-*bis*, Parlamento europeo, P8_TA-PROV(2018)0337, 12.9.2018.

gli Stati Membri di assicurare che gli autori e gli artisti interpreti ed esecutori ricevano una remunerazione proporzionata allo sfruttamento delle loro opere⁴⁵. Quest'obbligo, che determina una chiara espansione delle prerogative contrattuali degli autori, subirebbe un'eccezione nel solo caso in cui gli stessi garantiscano un «*non-exclusive usage right for the benefit of all users free of charge*» come generalmente invece avviene nelle licenze Creative Commons⁴⁶.

Ad ogni buon conto, la regolazione proposta suscita anche un altro interrogativo. Infatti, dalla combinazione delle obbligazioni imposte, mentre le piattaforme sono gravate dall'obbligo di concludere licenze con i titolari dei diritti che coprano anche le condotte dei propri utenti (*ex art. 13*), le stesse potrebbero essere successivamente obbligate a retribuire gli utenti di maggiore successo in ottemperanza all'obbligo di remunerazione equa e proporzionata (*ex art -14*)⁴⁷. Più chiaramente, gli utenti beneficerebbero solo degli esiti positivi della propria attività senza sostenere alcun rischio economico, mentre le piattaforme sarebbero gravate da un duplice obbligo di remunerazione, nei confronti degli autori ed eventualmente anche degli utenti.

Proprio quest'ultima circostanza provoca un'ulteriore interrogativo. Infatti, come sopra richiamato, aspetto centrale degli UGC è la natura amatoriale dei creatori e non commerciale dell'attività⁴⁸. Ma, come valutare la natura non lucrativa dell'attività dell'utente se, nell'ipotesi appena descritta, questo, originariamente amatore, inizia a guadagnare dalla propria opera, ricevendo profitto tramite le stesse piattaforme che hanno consentito la sua creazione? La soluzione rimane aperta, soprattutto in considerazione del fatto che lo scopo professionale e commerciale di un'attività è un concetto non ancora armonizzato a livello europeo.

5. Le questioni ignorate: l'armonizzazione della disciplina delle opere derivate e la disponibilità dei diritti morali

Vero è che il testo sopra commentato è ancora oggetto dei lavori del c.d. trilogico e potrebbe non essere pienamente corrispondente al testo definito, ma la regolazione contrattuale dei contenuti pubblicati sulle piattaforme sembra allo stato difficilmente

⁴⁵ Art. -14, par. 1, Parlamento europeo, P8_TA-PROV(2018)0337, 12.9.2018.

⁴⁶ Art. -14, par. 2, Parlamento europeo, P8_TA-PROV(2018)0337, 12.9.2018.

⁴⁷ Assume particolare rilevanza la circostanza che oggi la maggior parte delle piattaforme impongono, come condizione dell'uso del servizio, l'attribuzione di una licenza gratuita e non esclusiva per lo sfruttamento dei contenuti caricati dai propri utenti. Per esempio, le condizioni di utilizzo di YouTube, nella versione del maggio 2018, all'art. 7, prevedono che: «L'utente detiene tutti i diritti di proprietà sui propri Contenuti, ma deve concedere diritti limitati di licenza a YouTube e agli altri utenti del Servizio». Diversamente, l'art. 15 della Proposta di direttiva (COM(2016)0593–C8-0383/2016–2016/0280(COD)), prevede che: «*[A]uthors and performers or any representative organisation acting on their behalf are entitled to claim additional, appropriate and fair remuneration from the party with whom they entered into a contract for the exploitation of the rights when the remuneration originally agreed is disproportionately low compared to the subsequent relevant direct or indirect revenues and benefits derived from the exploitation of the works or performances*».

⁴⁸ Cui sembra rimandare anche il testo del considerando 21-*quater*, Parlamento europeo, P8_TA-PROV(2018)0337, 12.9.2018.

Le piattaforme come strumenti di creazione di contenuti. L'incerta regolazione degli *user-adapted content* nella proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale

sostituibile e, in ogni caso, permangono intatti i problemi che pure erano stati individuati in riferimento agli UGC rispetto ai principi generali del diritto d'autore.

Infatti, sebbene la Commissione europea abbia inteso limitare la definizione di UGC agli *user-adapted content*, che possono essere considerati alla stregua di opere derivate, nulla è stato fatto per l'armonizzazione di questa fattispecie a livello europeo, soprattutto in considerazione delle esistenti eccezioni per citazione e parodia, pure non armonizzate in quanto facoltative ai sensi della Direttiva InfoSoc ed oggetto di sporadica giurisprudenza della Corte di giustizia⁴⁹.

Ancora, rimane inevaso l'interrogativo sorto rispetto alla compatibilità tra il sistema di tutela dei diritti morali e l'introduzione di un meccanismo contrattuale quale previsto dalla Proposta di direttiva. In primo luogo, i diritti morali non sono armonizzati all'interno dell'Unione Europea, in secondo luogo, essendo generalmente impossibile trasferire, rinunciare o limitare l'esercizio dei diritti morali d'autore, la loro tutelabilità potrebbe causare il fallimento del sistema di licenze proposto⁵⁰.

D'altra parte, soprattutto negli ordinamenti in cui la tradizione dei diritti morali è lunga e stabile, sarebbe impossibile impedire in via contrattuale agli autori, che pure abbiano prestato il consenso alla rielaborazione di una propria opera, il diritto di rivendicare la tutela del proprio diritto morale all'integrità dell'opera qualora ritengano che la rielaborazione leda il proprio onore o la propria reputazione⁵¹.

Pertanto, i diritti morali sembrano costituire un inevitabile limite alla diffusione di una regolazione contrattuale degli UGC anche in considerazione del fatto che, pur essendosi notato che questi costituiscono troppo spesso un ostacolo alla creazione, sembra oggi difficile riformare tanto profondamente il diritto d'autore⁵². Pertanto, l'interazione tra UGC e diritti morali rimane un terreno inesplorato che difficilmente potrà trovare una soluzione, se non tramite un cambiamento radicale di paradigma che metta in discussione la stessa natura irrinunciabile dei diritti morali invece caratteristica del sistema continentale di *droit d'auteur*.

⁴⁹ Le eccezioni sono entrambe previste dall'art. 5 della direttiva 2001/29/CE. Per quanto attiene alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla citazione: C-145/10, *Eva-Maria Painer* (2011); sulla parodia: C-201/13, *Deckmyn* (2014).

⁵⁰ T. Scassa, *Acknowledging Copyright's illegitimate Offspring: User-Generated Content and Canadian Copyright Law* in M. Geist (ed.), *The Copyright Pentology. How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian*, Ottawa, 2013, 443: «*If moral rights provisions continue to apply, then an author might well object to UGC on the basis that it violates her moral rights*».

⁵¹ Conformemente al disposto dell'art. 6-*bis* della Convenzione di Berna.

⁵² C. Leonard, *Copyright, Moral Rights and the First Amendment: The Problem of Integrity and Compulsory Speech*, in *Columbia Journal Of Law & The Arts*, 35(2), 2012, 293 ss.; T.I. Lee, *A Battle Between Moral Rights and Freedom of Expression: How Would Moral Rights Empower the "Charging Bull" Against the "Fearless Girl"?*, in *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, 17, 2018, 672 ss.; J. Groffe, *Droit moral et liberté de création*, *RIDA*, 253, juillet, 2017, 6: «*[L]e droit moral est un droit de protection qui se traduit bien souvent par un faculté de blocage, et donc par un comportement actif de la part de l'auteur, tandis que la liberté de création impose justement une abstention d'autrui, et donc un comportement passif*».

6. Osservazioni conclusive

È noto che il Web 2.0 e le piattaforme abbiano causato la crisi del sistema di diritto d'autore, eppure, sembra che poco sia stato fatto per individuare un efficiente sistema di regolazione dell'ambiente digitale ed in particolare degli UGC⁵³. Questi, infatti, sono stati dapprima accantonati nella discussione sulla Proposta di direttiva e poi distrattamente riconsiderati. Pertanto, se dovesse essere adottato un sistema di tutela contrattuale, si assisterebbe solo ad un tentativo di limitare il conflitto con il diritto d'autore. Infatti, se l'assenza di una disciplina armonizzata dell'opera derivata potrebbe essere colmata, seppur con qualche difficoltà, in via giurisprudenziale, rimarrebbe comunque la necessità di risolvere il conflitto tra libertà di creazione e diritti morali. D'altra parte, come detto, questi ultimi sembrano costituire il maggiore ostacolo ad una regolazione contrattuale di un fenomeno tanto variegato e complesso essendo rimasto intatto il principio generale per cui dipendono all'autore originario tutte le successive opere derivate nonostante questo sembri non più ben rispondente alla realtà tecnologica⁵⁴. Ad ogni buon conto, sembra permanere anche un'ultima considerazione di fondo, relativamente a ciò che discende dalla dimensione territoriale del fenomeno e dal globalismo delle piattaforme⁵⁵.

Oggi, infatti, con particolare riferimento agli UGC, lo *status quo* è costituito da un lato, da un sistema molto favorevole alla loro diffusione quale quello statunitense del *fair use*, e dall'altro, un sistema incerto e rigido come quello europeo e canadese essendo impensabile affrontare il problema in maniera unitaria in tutti gli ordinamenti. Purtroppo, poi, lo stesso avviene per molti altri aspetti del diritto della proprietà intellettuale, in quanto i trattati internazionali sembrano aver perso la sfida della tecnologia che, al contrario, dovrebbe creare un fronte comune generando in tutti i diversi ordinamenti i medesimi interrogativi e le medesime opportunità.

Come citare il contributo: A. G. Monteleone *Le piattaforme come strumenti di creazione di contenuti. L'incerta regolazione degli user-adapted content nella proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*, in *MediaLaws – Rivista dir. media*, 1, 2019, in corso di pubblicazione

⁵³ T.E. Synodinou, *Régulation et autoregulation du droit d'auteur sur internet*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris, 2014, 389.

⁵⁴ D. Halbert, *Mass Culture and the Culture of the Masses: A Manifesto for User-Generated Rights*, in *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, 11, 2009, 940: «[C]opyright renders illegal an enormously varied range of creative products by making all works related to the initial copyrighted work the "property" of the original author and criminals out of those who create these works but imagination trumps ownership, and transformative work is difficult to stop because it is the manifestation of the cultural conversation we all engage in as social beings».

⁵⁵ K. Erickson - M. Kretschmer, *op.cit.*, 4, enfatizzano la circostanza per cui la globalità delle piattaforme ne complica la piena comprensione e, soprattutto la sua regolazione.