

Rapini & Seysssel

SOLUZIONI PER L'INNOVAZIONE DEL BUSINESS

WIRE FSS
4 I N N O V A T I O N



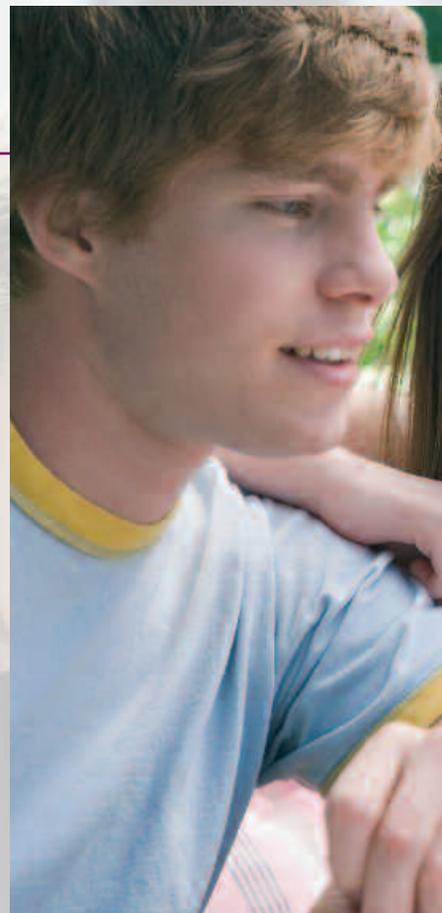
User generated Content L'importante è esserci (legalmente)

di Marco Rapini
Studio legale Rapini e Seyssel

Tra i fenomeni di maggior interesse apparsi di recente nel mondo internet (e relative declinazioni), il posto d'onore spetta sicuramente agli User Generated Content (UGC). Il fenomeno, di cui tutti percepiscono almeno in parte l'importanza, ha fatto irruzione sul web attraverso realtà quali *My Space* o *You Tube*, per poi allargarsi e moltiplicarsi in modo esponenziale in realtà ancora più sofisticate ed economicamente significative. La definizione di *fenomeno* data agli UGC è quanto mai calzante per i differenti aspetti che essa coinvolge: sociali, sociologici, tecnologici, economici, legali. Si potrebbe obiettare che l'intero mondo internet coinvolge tutti i fattori sopraindicati, e molti di più, ma a parere di scrive, il vero discrimine è la partecipazione diretta dell'utente quale "sorgente" del fenomeno stesso. Sino a poco tempo fa (le *ere* nel mondo web sono progressivamente sempre più brevi) l'utente di internet fruiva di contenuti messi a disposizione dalla rete stessa attraverso piattaforme e portali. Sebbene il web sia l'archetipo dell'interattività, prima dell'avvento degli UGC, lo *user* medio si limita(va) ad accedere a contenuti, visionandoli o al massimo scaricandoli sul proprio pc e altri *device*. E' stato sufficiente che gli stessi portali ai quali l'utente accedeva "passivamente" consentissero di *postare* (termine orribile) qualcosa di più che un semplice messaggio o una fotografia,

e la strada degli UGC, *public* o *private networked* come oramai si definiscono, si è definitivamente spalancata. Le applicazioni del principio si sono susseguite in modo inarrestabile: dal *My space* (oppure *Fotki*) amatoriale dei teen-ager al *Realworld Remixed* di Peter Gabriel dove l'utente può scaricare musica inedita dall'artista famoso per rielaborarla con contributi originali. Nonostante le implicazioni giuridiche siano differenti permane il denominatore comune: l'intervento attivo dell'utente.

UGC = esserci = creare, condividere ed essere condivisi. Il paradigma può apparire debole ed il fattore creatività spesso latita, ma di certo la "voglia di esserci" nel web è esplosa al di là di ogni ragionevole previsione. Non è questa la sede per un'analisi sociologica del fenomeno, ma se è abbastanza agevole inquadrare le problematiche economico/legali del mondo UGC, non lo è altrettanto l'individuazione delle possibili soluzioni prescindendo da un approccio socio-economico. Volendo dare una definizione che anticipa molte delle problematiche racchiuse negli UGC, possiamo dire che essi rappresentano uno spostamento del controllo dai titolari di contenuti (*content owners - providers*) agli utilizzatori (*consumers*). Nell'approccio agli UGC, la voglia di creatività e condivisione, così "naturalmente" germogliata grazie allo sviluppo della tecnologia sul web, ha generato un ve-



ro sconvolgimento dei concetti quali proprietà, esclusiva, controllo, sfruttamento, percentuali. Gli strumenti giuridici tradizionali, già messi a durissima prova dal web, si stanno rivelando decisamente inadeguati per affrontare la sfida agli UGC. Tale inadeguatezza si sta manifestando con tale violenza da generare due visioni prospettiche del tutto antitetiche tra loro: proibizionistica (un fenomeno da fermare ad ogni costo), o opportunistica (una fiamma da coltivare perché diventi nuova energia per la salvezza di un'industria in declino). Pur senza "schierarsi" non si può negare che mai come per gli UGC il *gap* giuridico sia profondo e strutturale: mancano gli stru-



menti contrattuali ed altrettanto “mostrano la corda” gli schemi normativi che mal si adattano a fattispecie quali *mash-upo viral distribution*. Tutti i *player* che compongono la catena del valore nel mondo internet sono chiamati a dura prova per inventare nuovi modelli di business adeguati alla sfida, e che racchiudano nel contempo flessibilità e capacità di monetizzare agevolmente la nuova realtà. Le problematiche che emergono da una prima, superficiale analisi del fenomeno sono variegata e abbracciano profili molto diversi tra loro: si pensi al tentativo di alcune corti di inquadrare l'ISP quale editore, con conseguenti responsabilità per l'attività di *hosting* in ordine

ai contenuti pubblicati; oppure gli effetti (giuridici) della “commistione” tra un'opera originale ed il contributo dello *user*, e le eventuali conseguenze di una sua successiva messa a disposizione al pubblico. Anche i differenti ordinamenti giuridici contribuiscono alla *bagarre*; un esempio per tutti: il diritto morale. Tanto caro e pressoché inviolabile in alcuni paesi, sostanzialmente sconosciuto (o ampiamente derogabile) in altri. Da qualsivoglia prospettiva si cerchi di inquadrare la realtà degli UGC, ed indipendentemente dallo “schieramento” (autore, consumatore o operatore), le difficoltà sono molteplici e, almeno all'apparenza, insormontabili.

Come anticipato, la comprensione del fenomeno richiede un temporaneo distacco dal filtro professionale che condiziona, inevitabilmente, ogni soggetto coinvolto nel processo. Per il titolare dei diritti economici su un'opera protetta, l'obiettivo sarà sempre quello di monetizzare lo sfruttamento garantendosi nel contempo il controllo. L'autore dell'opera, per converso, potrebbe non avere un interesse del tutto coincidente: la notorietà e la diffusione di un'opera, ancorché modificata (o meglio: contaminata) da terzi può soddisfare una necessità meno materiale e più psicologica di affermazione, anche fine a sé stessa, con minore implicazioni di

natura economica. Per ultimo, ma non per importanza, la prospettiva dello *user* che privilegia concetti quasi utopistici quale libertà, creatività, fantasia e, spesso, irrilevanza del profitto. Su questa struttura, già di per sé articolata, si innesta l'attività del ISP ed il suo modello economico: ad abbonamento, o gratuito (per l'utente) in quanto sostenuto dalla vendita di pubblicità. Ogni anello della catena di formazione del valore, negli UGC è portatore di istanze potenzialmente divergenti e divergenti. Nella seconda parte proveremo a sintetizzare alcune di queste istanze e quali strumenti di tutela sono attivabili allo stato attuale.

Il Garante della Privacy interviene sul caso Peppermint

di Francesca Boschetti
Studio Legale Rapini e Seyssel

Con provvedimento del 28 febbraio 2008, il Garante della Privacy è intervenuto sul caso Peppermint, statuendo l'illiceità e la non correttezza del trattamento dei dati personali svolto dalle società coinvolte nella vicenda e disponendo il divieto di ogni ulteriore utilizzo dei dati trattati. In breve, a partire dal 2006 la Peppermint Jam Records GmbH (etichetta discografica tedesca) e la Techland sp. Z.o.o. (società polacca che realizza e commercializza giochi elettronici) hanno presentato svariati ricorsi cautelari nei confronti di *provider* italiani di servizi di accesso ad internet, al fine di ottenere la comunicazione delle generalità di soggetti ritenuti responsabili di scambio di file protetti dal diritto d'autore, attraverso la rete *peer to peer*, ai quali detti *provider* avevamo fornito i necessari indirizzi IP. Tali richieste si basavano sui risultati delle precedenti indagini svolte autonomamente dalle due società, attraverso un software di monitoraggio della rete *peer to peer*. Tali indagini avevano, infatti, evidenziato l'esistenza di numerosi indirizzi IP, i cui titolari erano ritenuti responsabili di violazione dei diritti d'autore delle due società.

Le prime ordinanze emesse ancora nel 2006 e all'inizio del 2007 hanno accolto la richiesta delle due società. Al contrario, le pronunce più recenti (in particolare ord. Tribunale di Roma 17 luglio 2007) hanno modificato tale orientamento iniziale, stabilendo che, sulla base della legislazione vigente in materia di trattamento di dati personali, i titolari di diritti d'autore non possono chiedere, nell'ambito di procedimenti civili, i nominativi dei soggetti ritenuti responsabili di violazioni in internet dei propri diritti d'autore. Secondo il Tribunale di Roma, l'art. 156 *bis* della LDA (Legge Diritto d'Autore) - invocato da Peppermint e Techland - non è applicabile ai dati e alle informazioni che attingono a comunicazioni elettroniche né ai dati di traffico da queste prodotte, in quanto vi è il divieto generale di trattamento e comunicazione di tali dati in forza della normativa interna e comunitaria in materia di tutela della riservatezza delle comunicazioni elettroniche tra privati e dei dati personali. Si ricorda che l'art. 156 *bis* LDA ammette la facoltà, per il soggetto che abbia già fornito "seri elementi" a fondamento della propria domanda ed abbia individuato documenti o informazioni detenuti dalla controparte, di

ottenere che il giudice ne disponga l'esibizione ovvero che richieda informazioni alla controparte o elementi per identificare i soggetti ritenuti autori di violazioni di diritti d'autore, tali da confermare tali indizi. Unica eccezione al generale divieto di trattamento di tali dati sarebbe la tutela e la difesa di interessi della collettività ovvero la protezione dei sistemi informatici o la repressione di specifici reati, interessi e valori che sono risultati assenti nella tutela in ambito civile di diritti soggettivi privati, come quelli portati da Peppermint e Techland.

Ebbene, il Garante della Privacy, a seguito di tali ultime pronunce, ha esaminato le modalità con le quali le due società avevano effettuato il trattamento di dati personali e ne ha decretato l'illiceità e la non correttezza, disponendone la cessazione entro il 31 marzo 2008. In particolare, la raccolta e la conservazione degli indirizzi IP e degli altri dati ottenuti (*file* condivisi, date e ora del *download*), attraverso un software di monitoraggio, sono risultate in violazione del principio di liceità, finalità, buona fede e trasparenza, in quanto, tra l'altro, avvenute senza che gli interessati ne fossero a conoscenza e senza che fosse applicabile l'esimente alla richiesta di consenso. Le attività di indagine sono state configurate dal Garante come attività di monitoraggio vietata a soggetti privati.

Sebbene il Garante della Privacy non sia entrato nel merito delle motivazioni alla base delle recenti ordinanze di rigetto del Tribunale di Roma - in buona parte legate alla normativa in materia di protezione dei dati nelle comunicazioni elettroniche, tuttavia il provvedimento in esame consente di delineare la posizione assunta dal Garante nella vicenda Peppermint, ossia la prevalenza degli interessi delle collettività alla tutela e protezione della riservatezza e dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche sugli interessi privati di tutela, in sede civile, del diritto d'autore.

Da ultimo, si segnala che la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha affrontato i medesimi temi in una vicenda del tutto analoga a quella di Peppermint e Techland, stabilendo, con una sentenza del 29 gennaio 2008, che il diritto comunitario non impone agli Stati membri, per garantire l'effettiva tutela del diritto d'autore, l'obbligo di divulgare dati personale nel contesto di un procedimento civile.