

Pieremilio Sammarco

**IL RUOLO DI *YOUTUBE* TRA
INTERMEDIARIO DEL
COMMERCIO ELETTRONICO E
FORNITORE DI SERVIZI MEDIA
AUDIOVISIVI**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

TRIBUNALE PARIGI

29 MAGGIO 2012

PARTI: S.A. TELEVISION
FRANCAISE 1
TF1
YOUTUBE LLCC

Stoccaggio e pubblicazione contenuti audiovisivi

- Attività di hosting
- Organizzazione e Controllo contenuti
- Assenza • Linea editoriale • Assenza
- Editore • Insussistenza.

Le operazioni puramente tecniche di ricodificazione o formattazione di contenuti audiovisivi non implicano affatto una selezione da parte dell'hosting provider dei contenuti pubblicati da altri; allo stesso modo, offrire strumenti di presentazione e classificazione dei contenuti audiovisivi sono ugualmente delle operazioni puramente tecniche — in coerenza con la funzione di semplice fornitore di servizi tecnici — al fine di razionalizzare l'organizzazione

del servizio offerto e di facilitarne l'accesso all'utilizzatore senza suggerirgli alcuna scelta quanto al contenuto che intende pubblicare.

Il prevedere per gli utenti del servizio la possibilità di effettuare delle ricerche tramite dei criteri, quali, ad esempio, i video più popolari o più recenti o più commentati, non significa che l'hosting provider organizzi il contenuto o controlli il contenuto dei video pubblicati.

L'attività di stoccaggio sui propri server posta in essere da YouTube e di presentazione agli utenti dei contenuti audiovisivi caricati dagli utenti non presuppone una linea editoriale, né a tale soggetto può essere attribuito il ruolo di editore, rimanendo pur sempre un hosting provider.

FATTIE PROCEDURA. — Le società attrici, tutte facenti parte del gruppo televisivo francese TF1, dopo aver notificato la violazione dei propri diritti alla società YouTube, citano in giudizio la stessa chiedendo un risarcimento del danno pari a 150 milioni di Euro a titolo di:

- violazione di diritto d'autore;
- concorrenza sleale e concorrenza parassitaria;
- contraffazione del marchio.

Viene inoltre richiesto di ordinare la rimozione di tutti i video che violano i diritti di proprietà intellettuale delle attrici, misure inibitorie al fine di prevenire future violazioni nonché la pubblicazione della sentenza.

i) In particolare, le attrici chiedono di:

— IN VIA PRINCIPALE:

— dichiarare che YouTube non può beneficiare dello status di hosting provider ai sensi della legge francese di attuazione della direttiva e-commerce (legge n. 2004-575, « LCEN ») in quanto « la sua attività non si limita ad un trattamento puramente tecnico e automatico di "stoccaggio" dei contenuti pubblicati dagli utenti del sito ma che, al contrario, svolge un ruolo attivo nella pubblicazione o la rimozione di quest'ultimi dal sito che lei stessa dirige, tale da conferirle una conoscenza ed un controllo sui medesimi contenuti ».

— dichiarare, ad ogni modo, che i fatti della causa dimostrano che YouTube aveva effettivamente e manifestamente conoscenza ai sensi della LCEN del carattere illecito dei contenuti oggetto di causa o, quanto meno, di fatti e circostanze che rendono manifesta l'illiceità degli stessi. Pertanto essa aveva l'obbligo di rimuoverli immediatamente dal momento in cui ne è venuta a conoscenza, indipendentemente anche dalle notifiche effettuate dalle attrici.

— condannare YouTube al risarcimento del danno derivante dalla violazione, in maniera sistematica dal 2005 ad oggi, dei diritti di proprietà intellettuale delle attrici sui programmi che esse producono, mandano in onda o distribuiscono.

— IN SUBORDINE

Qualora il Tribunale lo reputi necessario, ordinare una CTU tecnica al fine di « determinare il grado di controllo esercitato da YouTube sui contenuti pubblicati sul suo sito e i processi operativi che la stessa opera nella presentazione e selezione dei contenuti ».

— A TITOLO SUSSIDIARIO

— condannare YouTube al risarcimento del danno a titolo di concorrenza sleale e parassitaria

— AD OGNI MODO

— condannare YouTube per contraffazione dei marchi delle attrici

— ordinare a YouTube la rimozione di tutti i riferimenti nel motore di ricerca utilizzato nel sito delle designazioni TF1, LCI e tutti i titoli dei programmi sui quali le attrici vantano dei diritti

— ordinare a YouTube di fornirsi, per il futuro, di un sistema di filtraggio efficace e immediato dei contenuti protetti di proprietà delle attrici, la cui pubblicazione è stata (o sarà) costatata dalle stesse e notificata alla convenuta.

— ordinare la pubblicazione della decisione

— condannare YouTube alle spese di causa

ii) YouTube chiede di:

— IN LIMINE LITIS:

dichiarare l'irricevibilità dell'azione in quanto le attrici non provano in nessun modo la titolarità dei loro diritti e non identificano i contenuti per i quali esse sarebbe produttrici

— NEL MERITO

— constatare che l'attività di YouTube consiste nello stoccare, in vista della loro messa a disposizione del pubblico, dei video per conto degli utilizzatori;

— constatare che YouTube non è in alcun modo all'origine dei contenuti pubblicati dagli utilizzatori nella sua piattaforma;

— dichiarare che detta attività costituisce un'attività di memorizzazione ai sensi dell'art. 6-I-2 LCEN e che la responsabilità di YouTube non può essere dichiarata se non in caso di violazione di uno degli obblighi ivi previsti;

— constatare che YouTube ha sistematicamente e con la dovuta diligenza trattato le notifiche che le sono state inviate dalle attrici fin dal momento in cui ne ha avuto conoscenza;

— dichiarare che YouTube non è responsabile del fatto che contenuti precedentemente notificati e rimossi sono stati ri-pubblicati dagli utenti;

— constatare che YouTube ha proposto alle attrici di ricorrere alle tecnologie che essa mette a disposizione per il riconoscimento di contenuti (« Content Identification ») al fine di prevenire la pubblicazione futura di contenuti rivendicati;

— prendere atto del fatto che le attrici hanno sottoscritto il « Contratto d'Identificazione e di gestione dei contenuti » e che, di conseguenza, ormai gestiscono loro stesse, in tale contesto contrattuale, la rimozione dei contenuti a loro appartenenti tramite la tecnologia « Content ID »;

— dichiarare che le misure di rimozione, e filtraggio richieste sono ormai divenute senza oggetto;

— in subordine dichiarare che dette misure sarebbero di carattere generale ed indeterminate;

— costatare che in virtù dell'art. 6-I-7 della LCEN il giudice può solamente ordinare ad un provider un'attività « di sorveglianza temporanea e determinata » sui contenuti identificati;

— costatare che una tale attività di sorveglianza deve necessariamente essere limitata nel tempo, quanto al suo oggetto, ai files interessati e quanto agli autori delle pubblicazioni contestate;

— dichiarare, quindi, che le misure richieste dalle attrici superano i poteri conferiti al giudice dalla legge;

— rigettare di conseguenza tutte le richieste avversarie

— IN SUBORDINE:

sospendere il giudizio in attesa della decisione della CGUE nella causa SABAM / Netlog.

— IN ULTERIORE SUBORDINE

MOTIVI DELLA DECISIONE. — RICEVIBILITÀ DELL'AZIONE.

Sull'irricevibilità dell'azione con riguardo alla violazione del diritto d'autore « spetta alle attrici l'onere di circoscrivere l'oggetto della lite, di elencare precisamente le emissioni o i contenuti sui quali pretendono di vantare dei diritti, di precisare emissione per emissione quando sono stati diffusi, eventualmente il numero dell'episodio quando si tratta di serie TV o programmi periodici, e mettere in relazione questi contenuti o emissioni con gli screenshots fatti dall'ufficiale giudiziario, di precisare inoltre il fondamento giuridico applicabile a ogni società attrice e ogni tipo di contenuto al fine di permettere al tribunale di decidere sulla causa e, soprattutto, permettere alla convenuta di difendersi, in applicazione del principio del contraddittorio e del diritto ad un processo equo ».

Il Tribunale poi procede ad una dettagliata verifica per ogni società attrice:

— dell'esistenza della prova dei diritti d'autore o diritti connessi (diritti dei produttori, diritti relativi ad emissioni televisive etc) vantati sui singoli contenuti. Su questo punto è interessante rilevare che:

— secondo il tribunale TFI non ha dimostrato di essere produttore di alcuni dei contenuti contestati.

— non è sufficiente la produzione in sede di giudizio di contratti dalla quale non è possibile evincere chiaramente quali diritti vanta l'attore, su che canali/mezzi di trasmissione (VOD, satellite etc, per quali periodi, se esso ne è il titolare esclusivo e se esso ha il diritto di agire solo per la tutela degli stessi senza necessità di un intervento congiunto di altri eventuali co-titolari.

— la semplice presenza del logo sul video disponibile su YouTube non è sufficiente a provare che l'attore ne deteneva i diritti di diffusione.

— dell'avvenuta identificazione precisa dei singoli contenuti, tale da permettere al giudice e alla convenuta di verificare precisamente la pretesa violazione. Su questo punto il tribunale esige un'individuazione episodio per episodio, programma per programma dei contenuti.

Sulla base di questa analisi, il giudice riduce poco a poco i contenuti oggetto di causa su cui le attrici dimostrano effettivamente di vantare un diritto esclusivo.

Sulle ricevibilità dell'azione con riguardo alla violazione del diritto sui marchi,

le società attrici hanno invece fornito la prova della loro titolarità sui loghi e marchi riprodotti.

NEL MERITO. — Lo *status* della società YouTube e la sua qualità di hosting

Le attrici sostengono che YouTube debba essere considerato l'editore del suo sito in quanto:

— seleziona indirettamente i contenuti e censura quelli che stima contrari alla propria linea editoriale;

— promuove i contenuti che giudica attrattivi, selezionandoli e mettendoli in evidenza

— la valutazione dell'esistenza o meno di un controllo esercitato da YouTube non può dipendere dal controllo che YouTube decide discrezionalmente di esercitare, bensì dal tipo di servizio offerto

— le condizioni di utilizzazione dimostrano che YouTube acquista dagli utenti dei diritti sui contenuti che vanno ben al di là di quelli richiesti per un'attività di mero hosting

Il Tribunale, citando la Corte di Cassazione e la CGUE, rileva che:

— Operazioni puramente tecniche di ri-codificazione o formattazione non implicano affatto « una selezione » da parte dell'hosting provider dei contenuti pubblicati da altri;

— Offrire strumenti di presentazione e classificazione dei contenuti sono ugualmente delle operazioni puramente tecniche — in coerenza con la funzione di semplice fornitore di servizi tecnici — al fine di « razionalizzare l'organizzazione del servizio » e di « facilitarne l'accesso all'utilizzatore senza suggerirgli alcuna scelta quanto al contenuto che intende pubblicare »

— la commercializzazione di spazi pubblicitari non comporta una capacità d'azione sui contenuti pubblicati da terzi;

— il semplice fatto che il fornitore di una piattaforma di vendita online stocchi sul proprio server le offerte di vendita, indichi le modalità del suo servizio, sia remunerato per quest'ultimo e dia delle indicazioni di ordine generale ai suoi clienti non può avere come conseguenza quella di privarlo dello status [di hosting provider], ma solamente una assistenza che consiste nell'ottimizzare la presentazione dell'offerta di vendita in causa o nel promuovere dette offerte può condurlo al di fuori del regime [di responsabilità limitata degli hosting provider].

Il fatto che YouTube riconosca nelle sue conclusioni che le ricerche degli utenti possono essere fatte tramite dei « temi di ricerca proposti », tra i quali appaiono i video « più popolari » e la « selezione video » non significa che quest'ultima organizza il contenuto o controlli il contenuto dei video pubblicati.

Pertanto, le sezioni presenti nel sito [come « video più recenti, video più visti, video più commentati], non sono altro che il risultato di statistiche calcolate dal software che gestisce il motore di ricerca all'interno del sito al fine di permettere agli utenti di situarsi nel sito e di trovare i contenuti che gli interessano.

Contrariamente a quanto sostenuto dalle attrici, YouTube non promuove in questo modo i contenuti più attrattivi ma quelli più richiesti.

Essa peraltro non se ne serve per valorizzare la sua homepage o per fare pubblicità al suo sito.

Nessun controllo del contenuto dei video pubblicati è fatto a priori o a posteriori dalla società YouTube se non quello imposto dal testo e relativo alla individuazione di video agli atti in materia di pedofilia, crimini contro l'umanità e incitazione all'odio razziale.

L'articolo 9.4 delle condizioni di utilizzazione del servizio YouTube [con cui Google si riserva il diritto di rimuovere video in violazione delle sue condizioni di utilizzo] non significa che la società YouTube intenda ritirare i contenuti litigiosi nel suo solo interesse, bensì per conformarsi alle obbligazioni legali imposte a tutti i provider e che possono obbligarlo a ritirare di sua propria iniziativa un contenuto a carattere manifestamente illecito con riguardo ai tre criteri sopraricordati.

Per quanto concerne l'art. 10 delle condizioni di utilizzazione del sito della società YouTube [relativo alla cessione a YouTube dei diritti sul contenuto (ivi compreso quello di sub-licenziare, utilizzare, riprodurre, distribuire etc)]: se è vero che la società YouTube sembra, grazie a detta clausola acquisire, in modo automatico e sistematico, dei diritti sui contenuti pubblicati dagli utenti, questo non è in contraddizione con l'assenza di controllo a priori sui contenuti inviati né con l'attività di hosting provider e le società attrici non forniscono nessun esempio che stabilisca che la società YouTube avrebbe utilizzato i contenuti litigiosi pubblicati dagli utenti.

Ad abundantiam, questa clausola inserita nelle condizioni di utilizzazione, che non sono negoziate con l'utente, è di dubbia validità con riguardo alla disciplina del diritto d'autore in quanto essa non precisa i limiti temporali e spaziali di una tale cessione e non risponde ai criteri [imposti dalla legge] per le cessioni a titolo gratuito.

Le società del gruppo TF1 non provano che la società YouTube avrebbe un ruolo editoriale o avrebbe sviluppato una linea editoriale che, per altro, non è in alcun modo descritta.

La società TF1 e la società LCI che sostegno che la valutazione del ruolo della società YouTube debba farsi in concreto, sono, peraltro, incapaci di dare qualsivoglia esempio che la società convenuta avrebbe oltrepassato i limiti imposti alla missione di hosting provider e avrebbe avuto un ruolo diverso da quello automatico e neutro nello stoccaggio di video pubblicati.

Peraltro, le condizioni di utilizzazione del sito richiamano l'utente al rispetto dell'altrui diritto d'autore e la società YouTube ha messo a disposizione un programma che permette una protezione effettiva dei contenuti.

Infine, la principale critica mossa dalle società attrici si fonda sul fatto che il sito, che è ad accesso gratuito per gli utenti che vi si abbonano, vive grazie alla pubblicità.

Orbene, la commercializzazione di spazi pubblicitari non permette di qualificare la società YouTube come un editore di contenuti in quanto nulla nel testo della legge impedisce a un hosting provider di guadagnare dal suo sito vendendo degli spazi pubblicitari, fin quando le relazioni commerciali che instaura non determinano i contenuti dei files pubblicati dagli utenti.

La LCEN non impedisce agli hosting provider di guadagnare vendendo degli spazi pubblicitari e ha volontariamente limitato al solo criterio di scelta del contenuto effettuato dalla società creatrice del sito il requisito da soddisfare per essere editore.

Impedendo agli hosting provider di vivere di pubblicità, e aggiungendo questo criterio a quello stabilito dalla legge, gli attori deviano il significato del testo e tendono a dire che un hosting provider dovrebbe rifiutare i ricavi pubblicitari quando il loro status è definito nella legge sul commercio elettronico.

Le colpe attribuite dalle attrici alla società YouTube in qualità di hosting provider:

Il Tribunale, dopo aver ricordato i casi in cui l'hosting provider può essere dichiarato responsabile dei contenuti pubblicati dagli utenti secondo la LCEN (la quale, attuando la Direttiva e-commerce, ne riproduce nella sostanza il contenuto), rileva che le società attrici avevano notificato a YouTube le violazioni oggetto di causa e che YouTube aveva rimosso e rimosso i contenuti nei 5 giorni successivi alla notifica.

Tale termine di 5 giorni, secondo il Tribunale « non può essere ritenuto « ragionevole » [come prescritto dalla LCEN] in quanto YouTube deve fare in modo che il contenuto litigioso sparisca il più rapidamente possibile una volta notificato; ad essa è quindi imputabile una colpa nella sua attività di hosting provider con riguardo ai diritti che la società TF1 le ha notificato.

Ciononostante il Tribunale conclude che non sia imputabile a YouTube nessuna colpa.

Infatti, il giudice rileva che non vi è stata violazione dei diritti sulle emissioni televisive in quanto l'articolo L216-1 del codice della proprietà intellettuale (che prevede il diritto esclusivo di autorizzare la comunicazione di tale emissione) si applica solo nel caso in cui la comunicazione avvenga tramite il pagamento di un diritto d'ingresso. Nel caso di specie YouTube, essendo un portale accessibile gratuitamente, non può essere responsabile sul fondamento della violazione di questo diritto, unico invocato nel caso di specie.

Infine il Tribunale costata che YouTube ha messo a disposizione un programma « content ID » che permette ai titolari del diritto di ottenere, dopo la notifica del contenuto, la rimozione definitiva del video notificato. In questo modo essa ha ancora una volta adempiuto i suoi obblighi dando la possibilità ai titolari del diritto di vedere le loro opere realmente protette; che le società del gruppo TF1 hanno peraltro concluso con YouTube un accordo che permetteva alle stesse di accedere a questo servizio a delle condizioni negoziate tra le parti; che quindi nessuna violazione può essere invocata dalle società attrici dopo questa data.

La contraffazione dei marchi.

La concorrenza sleale e parassitaria.

(...)

P.Q.M. — Rigetta tutte le richieste e condanna le società attrici alle spese e onorari.

**IL RUOLO DI YOUTUBE
TRA INTERMEDIARIO DEL
COMMERCIO ELETTRONICO
E FORNITORE DI SERVIZI DI
MEDIA AUDIOVISIVI**

1. PREMESSA.

La pronuncia in esame si sofferma ancora una volta sul ruolo di *YouTube* e sulla pretesa violazione del diritto di autore sui contenuti audiovisivi pubblicati dagli utenti. È una questione che investe la giurisprudenza di molti paesi europei che talvolta giunge a soluzioni interpretive difformi tra loro;

in particolare, la vicenda giudiziaria può essere così enucleata: il titolare esclusivo dei diritti di sfruttamento di un'opera audiovisiva lamenta la violazione dei propri diritti attraverso la piattaforma informatica allestita

da *YouTube* ed il giudice è chiamato a valutare tale condotta alla luce della direttiva comunitaria sul commercio elettronico e della legge interna di recepimento.

L'interpretazione resa dal Tribunale di Parigi si fonda su queste argomentazioni:

1) per l'attività espletata e le modalità del servizio reso, il ruolo di *YouTube* non può essere assimilato a quello di un editore che seleziona, organizza e classifica i contenuti messi a disposizione degli utenti;

2) la messa disposizione in favore degli utenti di alcuni audiovisivi ordinati attraverso una serie di parametri e criteri oggettivi definiti preliminarmente, non comporta alcun lavoro editoriale di creazione o fornitura di contenuti da parte del soggetto intermediario;

3) l'attività di commercializzazione e di inserimento di informazioni di natura pubblicitaria visibili agli utenti ed associate alla fruizione dei contenuti audiovisivi non può configurare o determinare alcuna attività di tipo editoriale;

4) l'attività esercitata da *YouTube*, in virtù dei rilievi sopra enunciati, può essere qualificata come *hosting* nei confronti della quale non è possibile imporre al prestatore di servizi di intermediazione un obbligo generale di supervisionare preventivamente i dati e le informazioni che sono immagazzinati sui propri *server* e successivamente trasmessi in rete, né, ancora meno, di attivarsi per ricercare fatti o circostanze relative ad attività illecite, atteso che il suo unico obbligo è precisamente quello di collaborare con i titolari dei diritti affinché, dopo aver riconosciuto l'infrazione, si proceda alla rimozione di tali contenuti¹;

5) la predisposizione da parte di *YouTube* di procedure che consentano agli utenti di segnalare e far rimuovere dai *server* del primo contenuti audiovisivi lesivi dei diritti di autore è un meccanismo utile a tutelare i diritti di esclusiva minacciati;

6) non sussiste la violazione dei diritti esclusivi di comunicazione al pubblico dei contenuti audiovisivi veicolati attraverso la piattaforma allestita da *YouTube* in quanto, secondo la normativa francese (L216-1 del *Code de la propriété intellectuelle*²), la tutela è apprestata al titolare dei diritti solamente in presenza di un corrispettivo e non anche quando la comunicazione è effettuata a titolo gratuito.

Per completezza, va segnalato che la sentenza in esame si contrappone, in alcuni suoi passi interpretativi, ad altra precedente pronuncia (francese), laddove il giudice del *Tribunal de Grande Instance de Creteil* con la sentenza del 14 dicembre 2010³, dichiarava che la diffusione di frammenti di opere protette senza l'autorizzazione del titolare dei diritti, dopo che l'attività illecita era stata debitamente segnalata, costituisce con-

¹ Principio, come è noto, sancito nel 47° considerando e nell'art. 15 della direttiva 2000/31/CE.

² Art. L216-1: « sont soumises à l'autorisation de l'entreprise de communication audiovisuelle la reproduction de ses programmes, ainsi que leur mise à la disposition du public par vente, louage ou échange, leur télédiffusion et leur commu-

nication au public dans un lieu accessible à celui-ci moyennant paiement d'un droit d'entrée ».

³ In questa *Rivista*, 2011, 280, con nota di P. SAMMARCO, *La posizione dell'intermediario tra la estraneità ai contenuti trasmessi e l'effettiva conoscenza dell'illecito: un'analisi comparata tra Spagna, Francia e regolamentazione comunitaria*.

traffazione ai sensi degli artt. L 122-4 e L-215-1 del *Code de la propriété intellectuelle*⁴.

2. SUL RUOLO DI EDITORE DI *YOUTUBE*, A CAVALLO TRA IL COMMERCIO ELETTRONICO E I SERVIZI DI MEDIA AUDIOVISIVI.

Con la sentenza in commento viene esclusa l'attività editoriale in capo al gestore dei contenuti audiovisivi sulla piattaforma *YouTube*. Si legge che il soggetto in questione svolgerebbe operazioni di natura meramente tecnica, di ricodificazione e formattazione, al solo fine di razionalizzare l'organizzazione e la fruizione del servizio, agevolando l'utente senza alcun suggerimento e senza alcuna preventiva selezione dei contenuti da pubblicare. In virtù di questo, si legge nel provvedimento in esame, l'attività in questione non può essere assimilata e sussunta a quella editoriale, ma trattasi di un servizio proprio della società dell'informazione, annoverabile in quello dell'*hosting provider*.

Ora, per offrire un ulteriore contributo a tale (controversa) soluzione interpretativa, va specificato che la natura editoriale è un concetto che richiede delle precisazioni: l'editore, secondo la tradizionale concezione, non si limita a riprodurre l'opera come lo stampatore, ma la confeziona, la lancia e la commercializza, ponendosi come mediatore tra l'autore e il pubblico e fissando la stessa in strumenti materiali capaci di circolazione nello spazio e nel tempo⁵. Trattasi di attività di natura imprenditoriale, all'interno della quale l'opera, soggetta ad un processo di moltiplicazione di esemplari, diviene un prodotto industriale o commerciale da offrire al pubblico.

L'editore moderno, al di là delle prescrizioni normative dei singoli stati che tendono a regolamentare l'attività editoriale, si avvale anche delle nuove tecnologie digitali e delle reti di comunicazione elettronica per diffondere nel pubblico i propri prodotti editoriali. Ma, nello svolgere tale compito, le caratteristiche del suo ruolo, così come sopra indicate nel loro nucleo essenziale, rimangono ferme ed immutate e l'esecuzione di at-

⁴ La decisione resa dal *Tribunal de Grande Instance de Creteil* si fondava sull'interpretazione dell'art. 6-2 *loi du 21 juin 2004 n. 575 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN)* che recepisce la direttiva europea 2000/31/CE, norma che impone all'intermediario l'obbligo di attivazione diretto alla rimozione dell'illecito dal momento della sua conoscenza e la presunzione di effettiva conoscenza (*effectivement connaissance*), secondo quanto disposto dall'art. 6-5 *LCEN*, si consegue una volta ricevuta una notifica contenente tutti i dati necessari ad identificare i soggetti coinvolti e le ragioni atte a dimostrare l'illecito perpetrato. Va osservato, per completezza, che la più recente giurisprudenza francese (*Cour de Cassation*, decisioni entrambe del 12 luglio 2012, caso *Bac Films vs. Google France*; caso *Synda-*

cat national de l'édition phonographique vs. Google France) in linea con quella della Corte di Giustizia UE (caso *Netlog vs. Sabam*, in questa *Rivista*, 2012, 272), ritiene una misura sproporzionata l'imposizione all'intermediario di adottare tutte le misure anche tecniche idonee a prevenire l'evento dannoso, atteso che non sussiste, in base alla normativa europea, un obbligo generale di sorveglianza.

⁵ In tal senso, Va. DE SANCTIS, *Il contratto di edizione*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu-F. Messineo, Milano, 1984, 92; il termine « editore » appare intorno al 1850 in Francia per distinguersi proprio dallo stampatore e dal libraio (*libraire-imprimeur, libraire-éditeur*). Sul tema, di interesse, la ricerca di A. VERTU, *Les marques typographiques d'imprimeurs et de libraires (Xve-XIX siècle)*, Lyon, 2004.

tività quali la preventiva selezione e l'organizzazione dei contenuti editoriali secondo criteri automatici, di fatto, non sembra possa determinare una *diminutio* tale da far perdere al soggetto la qualifica di editore.

Pertanto, fondare o meno l'attribuzione di responsabilità sulla base della qualifica di editore come ha fatto il Tribunale di Parigi, non sembra un sicuro criterio interpretativo in grado di fornire una valida discriminante in questo contesto caratterizzato da un così elevato grado di innovazione tecnologica.

Se invece si fa riferimento al ruolo di editore quale fornitore di servizi di media audiovisivi nella sua nozione di cui alla direttiva 2007/65/CE dell'11 dicembre 2007 e 2010/13/UE del 10 marzo 2010 (relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi) a cui è collegata una responsabilità editoriale sui contenuti audiovisivi diffusi, la più recente direttiva sembra, *prima facie*, orientata nell'escludere dalla nozione di servizio di media audiovisivo l'attività così come viene esercitata da *YouTube*; invero, al suo 21° considerando la direttiva 2010/13/UE, nel contemplare la definizione di servizio di media audiovisivo, precisa che esso « *non dovrebbe comprendere le attività precipuamente non economiche e che non sono in concorrenza con la radiodiffusione televisiva, quali i siti Internet privati e i servizi consistenti nella fornitura e nella distribuzione di contenuti audiovisivi generati da utenti privati a fini di condivisione o di scambio nell'ambito di comunità di interessi* ».

Tuttavia, considerando più specificatamente l'attività posta in essere da *YouTube*, così come si è evoluta negli ultimi tempi, non può, comunque, non riconoscersi che:

- a) si tratta di una attività di natura economica e che genera lucrosi profitti;
- b) tende a porsi in una situazione di progressiva concorrenza, quantomeno potenziale, con la radiodiffusione televisiva;
- c) i contenuti audiovisivi non sono più solamente realizzati per un loro scambio tra privati, ma hanno una funzione di intrattenimento propria dell'attività di radiodiffusione televisiva e cinematografica.

Quanto al primo punto, non è necessario spendere particolari parole, dal momento che è noto a tutti che tale attività sviluppa un enorme valore economico.

Sugli altri restanti punti, si percepisce la tendenza (e l'obiettivo finale) da parte di tale operatore di inglobare le tradizionali attività della radiotelevisione e dell'intrattenimento cinematografico e di sostituirsi, quanto agli effetti pratici, agli editori televisivi e ai distributori cinematografici. Sin da adesso, per mezzo di questa piattaforma informatica è possibile per qualunque utente fruire non solo di contenuti audiovisivi già in precedenza trasmessi dai tradizionali canali televisivi, ma anche di disporre di varie opere cinematografiche nelle loro versioni integrali. Oltre a ciò, vi sono degli specifici contenuti audiovisivi, per lo più annoverabili nel genere dell'intrattenimento, che vengono realizzati o prodotti proprio per la piattaforma telematica di *YouTube* che li diffonde al pubblico in via esclusiva.

Questi aspetti, in altri termini, consentono all'utente di avere la possibilità di scegliere se intrattenersi per mezzo dello schermo televisivo o di fruire, in modo non lineare, pressoché gli stessi contenuti, attraverso la

piattaforma allestita da *YouTube*⁶. E in virtù di ciò, non sembra fondato ritenere che non vi sia un rapporto di concorrenza tra i media considerati, dal momento che, sostanzialmente, in alcuni casi, possono offrire lo stesso prodotto, in altri, prodotti sostituibili e, comunque, assolvono alla medesima funzione dell'informazione-intrattenimento.

Da queste osservazioni se ne ricava che, allo stato attuale, avendo i servizi offerti da *YouTube* siffatte potenzialità, si pongono fondate perplessità in merito alla loro esclusione dal novero dei servizi di media audiovisivi.

Né, peraltro, la definizione di responsabilità editoriale contenuta nella direttiva 2010/13/UE che presuppone un controllo effettivo sia sulla selezione dei programmi, sia sulla loro organizzazione in un palinsesto cronologico, nel caso delle radiodiffusioni televisive, o in un catalogo, nel caso dei servizi di media audiovisivi a richiesta, sembra un ostacolo insuperabile per ricondurre l'attività di *YouTube* all'interno del perimetro della direttiva sui servizi di media audiovisivi. Infatti, il controllo effettivo sui contenuti pubblicati da parte del gestore, benché da più parti venga affermato il contrario, sembra sussistere, dal momento che vi è una reazione pressoché immediata da parte di quest'ultimo nei casi di caricamento di audiovisivi a carattere pornografico, o di incitamento alla violenza o all'odio razziale, o di istigazione al crimine o al consumo di sostanze stupefacenti. E a nulla vale precisare che il controllo avviene non da individui, ma per mezzo di strumenti tecnici o procedure automatizzate, dato che ciò che deve rilevare è solo il risultato finale.

Ciò sta a significare che, al di là quanto appare, sussiste una supervisione sui contenuti da pubblicare da parte dell'operatore economico, il quale, inoltre, organizza, presenta e classifica gli stessi in funzione delle ricerche dell'utente, delle sue preferenze e offre, di volta in volta, dei prodotti audiovisivi che sono legati all'attualità, al successo che hanno ottenuto tra il pubblico, o al risultato delle attività di profilazione effettuate.

Del resto, la riconducibilità dell'attività di *YouTube* all'interno di quelle proprie del commercio elettronico di cui alla direttiva 2000/31/CE e, segnatamente, in quella di *hosting*, appare, in considerazione della natura e della portata che ha ora assunto il servizio offerto, per qualche verso, anacronistico. D'altronde, il richiamo contenuto nel 18° considerando della stessa direttiva secondo il quale la radiodiffusione televisiva, ai sensi della direttiva 89/552/CEE, e la radiodiffusione sonora non sono servizi della società dell'informazione perché non sono prestati a richiesta individuale, fa riferimento alla nozione più risalente di attività televisiva, superata dall'avvento della traduzione del segnale in digitale e dell'offerta dei contenuti a richiesta (*rectius*, servizi di media audiovisivi non lineari) per il tramite di Internet.

Ad onor del vero, però, lo stesso 18° considerando precisa anche che i servizi trasmessi « da punto a punto », quali i servizi video a richiesta, sono invece servizi propri della società dell'informazione.

Ora, a voler tirare le fila di quanto fin qui rilevato, ne deriva un fatto obiettivo: l'interprete non può fare a meno di notare che il tipo di servizio in questione è spinto *ope legis* ad insediarsi all'interno del perimetro cir-

⁶ Senza dimenticare la progressiva ed ineludibile integrazione tra mezzo televisi-

vo e computer e la imminente offerta di servizi televisivi *Over The Top* (OTT-TV).

coscritto dei servizi propri della società dell'informazione e, segnatamente, del commercio elettronico e, nel contempo, per le sue caratteristiche strutturali, anche a superare tale confine, per approdare nell'area dei servizi di media audiovisivi.

E così, come è stato rilevato, è sempre più difficile distinguere fra servizi propri del commercio elettronico e servizi di media audiovisivi, specie con riferimento alla sottocategoria dei servizi non lineari che — per le loro caratteristiche e per la circostanza di essere principalmente veicolati su piattaforme Internet — si situano a ridosso della « frontiera » che figurativamente divide la macrocategoria dei servizi di media audiovisivi da quelli della società dell'informazione e del commercio elettronico⁷.

Si versa in un campo, tutto sommato, nuovo, perché contiene dei servizi che si sono rapidamente evoluti nel tempo quanto a caratteristiche, funzioni, diffusione e varietà di offerta e che non furono appieno contemplati dal legislatore di allora nelle loro potenzialità. E, forse, proprio per queste ragioni, si impone ora una revisione della disciplina che possa meglio cogliere tutti gli aspetti connessi al tipo di servizio offerto al pubblico e garantire un equilibrio tra la (difficile) posizione dei titolari dei diritti esclusivi, del gestore della piattaforma e gli interessi degli utenti.

PIEREMILIO SAMMARCO

⁷ Così G.M. ROBERTI-V. ZENO-ZENCOVICH, *Le linee-guida del decreto di recepimento della direttiva 65/07*, in *La nuova televisione europea*, a cura di V. Zencovich, Rimini, 2010, 19.