

QUADERNI DI ALAI ITALIA

I

Direttore

Stefania ERCOLANI

Association Littéraire et Artistique Internationale ALAI – Italia

Comitato scientifico

Paolo AUTERI

Università degli Studi di Pavia

Christian COLLOVÀ

LegalInternational – Studio di consulenza legale

Frank GOTZEN

President of the International Copyright Association ALAI

Giorgio MONDINI

Studio Legale Mondini Rusconi

Ferdinando TOZZI

Studio Legale Avv. Eugenio D'Andrea



Il Gruppo italiano dell'Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI) è stato attivo fin dagli anni Venti del secolo scorso e si è formalmente costituito come ALAI Italia il 5 marzo 2015, con l'obiettivo di analizzare e diffondere i principi giuridici che assicurano la protezione nazionale, comunitaria ed internazionale del diritto d'autore e dei diritti connessi.

Inaugurando la collana "Quaderni di ALAI Italia", l'associazione intende offrire, in particolare attraverso la pubblicazione degli atti di incontri e congressi internazionali di ALAI, una panoramica dei temi più attuali in materia di diritto d'autore, anche in una prospettiva comparatistica e internazionale.

La collana è aperta ai contributi della comunità di studiosi della materia, con regole di trasparenza nella selezione dei contributi stessi, che possono essere in lingua italiana o inglese. Il comitato scientifico ha il ruolo di garantire le procedure selettive delle pubblicazioni proposte e il rispetto della linea editoriale, che dedica una particolare attenzione ad analisi e approfondimenti riguardanti gli effetti della tecnologia sulla creazione e sulla produzione delle opere dell'ingegno, sul loro sfruttamento economico e sulle modalità della loro fruizione. Saranno esplorate anche le interazioni tra diritto d'autore e sviluppo dell'industria culturale.

Prove di resistenza del diritto d'autore

Modelli di distribuzione delle opere sulle piattaforme digitali
Incontro in memoria di Mario Fabiani

a cura di

Stefania Ercolani, Giovanna Rita Migliozi

Contributi di

Paolo Auteri

Maria Letizia Bixio

Giuseppe Colangelo

Stefania Ercolani

Alberto Maria Gambino

Gustavo Ghidini

Francesco Graziadei

Giorgio Mondini

Davide Mula

Alberto Musso

Paolo Spada

Giorgio Spedicato

Luigi Carlo Ubertazzi





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVIII
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.giacchinoonoratieditore.it
info@giacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-1176-5

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: giugno 2018

Indice

- 9 Introduzione
Stefania Ercolani
- 17 Un ricordo di Mario Fabiani
Luigi Carlo Ubertazzi
- 19 Proprietà intellettuale e distribuzione di libri su piattaforme digitali
Giorgio Spedicato
- 37 *E-books* e prestito bibliotecario alla luce della giurisprudenza evolutiva della Corte di giustizia europea
Alberto Musso
- 49 Distribuzione digitale di singole testate ed edicole virtuali. Il caso *google news*, forme di remunerazione e diritti
Davide Mula
- 67 *Ancillary copyright* e aggregatori di notizie
Alberto Maria Gambino
- 71 Analisi e brevi riflessioni iniziali in merito alle recenti proposte della Commissione europea in tema di disciplina dei servizi media audiovisivi, portabilità dei contenuti on line, territorialità
Francesco Graziadei
- 99 Alcune ulteriori riflessioni in tema di territorialità delle norme del diritto d'autore e di responsabilità del *provider* alla luce delle proposte della Commissione europea
Giorgio Mondini

- 109 Differenti discipline applicabili ai nuovi modelli di business
dell'industria musicale
Maria Letizia Bixio
- 137 Servizi *cloud*. Diritti d'autore tra sfera privata e spazio virtuale
accessibile al pubblico
Giuseppe Colangelo
- 171 Ulteriori riflessioni sui servizi *cloud*
Paolo Auteri
- 181 Conclusioni
Gustavo Ghidini
- 189 Riflessioni conclusive
Paolo Spada
- 193 Gli autori

Introduzione

STEFANIA ERCOLANI*

È con una certa emozione, oltre che con gratitudine, che ringrazio a nome di ALAI Italia e mio personale i relatori e tutti coloro che sono qui con noi, per avere accettato l'invito a questo incontro organizzato nel ricordo di Mario Fabiani che ci ha lasciato, il 13 ottobre 2015.

Molti di noi conservano un caro ricordo personale di Mario e della sua gentile e imprevedibile ironia, altri lo conoscono per i suoi scritti, che ancora oggi testimoniano un'incomparabile conoscenza della materia della proprietà intellettuale e del diritto d'autore. Per la sua attività come Consigliere Giuridico della SIAE e come direttore della Rivista del Diritto d'Autore, ho avuto la fortuna di frequentarlo per motivi professionali e personali e lo ricordo con tenerezza e rimpianto.

Ringrazio poi con particolare affetto il figlio Paolo che è oggi presente qui, pur avendo pressanti impegni familiari.

Vorrei, in queste parole di benvenuto, sottolineare anche il significato della compartecipazione dell'Osservatorio Proprietà Intellettuale della LUISS e del Centro Eccellenza Diritto d'Autore, con cui lo storico Consigliere Giuridico della SIAE ha collaborato durante la sua lunga carriera professionale ed accademica.

Ho l'onore di leggere il messaggio che il prof. Pietro Rescigno ha inviato ad ALAI Italia, non potendo purtroppo essere presente di persona:

La coincidenza con un risalente impegno presso il Consiglio superiore della magistratura mi impedisce di partecipare al seminario che si svolge nel nome e nella memoria di Mario Fabiani. Vorrei con voi ricordare l'amico scomparso, che conoscevo e apprezzavo sin dagli anni dei comuni studi universitari.

* Presidente di ALAI Italia; direttore dell'Ufficio Multimedialità di SIAE (Società Italiana degli Autori ed Editori).

Alla preparazione salda e approfondita nella materia del diritto d'autore, e nell'intero campo del diritto industriale, Mario univa qualità rare di personale disponibilità al dialogo, di affinata sensibilità nella ricerca, di larga cultura nella ricca produzione scientifica. Per queste doti umane e di studioso mi fu caro contribuire alla rivista da lui curata con eccezionale dedizione, e annoverarlo tra i collaboratori più preziosi, per competenza e sollecitudine, del mio trattato di diritto privato. Aver posto il suo nome ad apertura dei vostri lavori vuole sottolineare la ideale continuità tra la sua lezione di operosa presenza nei nostri studi e i temi emergenti dalla riflessione attuale dei cultori delle discipline a cui Mario si dedicò con sincera passione.

Mi associo con animo commosso al ricordo di Mario, nel segno di una antica e sincera amicizia.

Quando ALAI Italia ha varato il progetto di un incontro in memoria di Mario Fabiani, la prima fonte d'ispirazione è stata il suo approccio ai temi del diritto d'autore, pragmatico e moderno in relazione ai tempi in cui egli ha operato, e sempre fondato su una sottile e profonda cultura giuridica.

Questo incontro cade a pochi giorni dalla presentazione da parte della Commissione UE della proposta di direttiva che ha come titolo "Il diritto d'autore nel Mercato Unico Digitale"¹. La proposta porta alla ribalta ancora una volta i problemi posti dalla distribuzione digitale delle opere. La proposta europea e il tema affrontato in questo incontro richiedono esattamente un approccio che sia, oltre che scientificamente rigoroso, flessibile e aderente alla realtà e rispettoso degli impegni internazionali dell'Unione e dei singoli stati membri.

Insieme a LUISS e Università Europea, il programma è stato ideato con lo sguardo rivolto alle giovani generazioni di studiosi, com'è ormai consuetudine per gli incontri organizzati periodicamente da ALAI Italia, associazione che si onora di aver avuto Mario Fabiani come storico presidente.

Il web coinvolge e sfrutta in modo differenziato diversi tipi di opere protette: da qui la declinazione per settore delle relazioni che seguono e quindi il plurale "Prove" del titolo. Ad esempio, gli editori di giornali sono interessati agli *snippets* utilizzati da Google News e da

1. Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, doc. COM(2016) 593 finale, pubblicata il 14 settembre 2016, reperibile in Internet all'url: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-593-IT-Fr-1.PDF>.

vari aggregatori via web, tanto che la proposta di Direttiva Europea sul diritto d'autore nel mercato unico digitale ne fa oggetto di una specifica norma. I libri digitali mettono in luce contraddizioni crescenti tra l'editoria e le biblioteche, con immediate ripercussioni sui confini dell'eccezione per copia privata che, in campo librario, si limita alle fotocopie, e sulla sfera di applicazione delle norme sul prestito pubblico per le copie digitali².

Le eccezioni e le limitazioni ai diritti subiscono l'impatto della progressiva digitalizzazione di produzione e fruizione: basti pensare a come il progresso del *data mining* imponga un aggiornamento delle eccezioni a scopo di istruzione e ricerca. Gli audiovisivi sono alle prese con i problemi della territorialità e delle *windows*; la musica, oltre alla pirateria, è il terreno di elezione di *User Generated Content* (UGC)³.

Anche il concetto di pubblico e la sua distanza con la sfera privata ed individuale tendono a sfumare nei servizi *cloud*, cui affidiamo le nostre raccolte di musica, film, fotografie, *e-book*, ecc.

Sulle disposizioni della proposta di direttiva sopra citata molto si discute e ci sono pochi dubbi sul fatto che le sue diverse parti continueranno ad essere vivacemente dibattute da opposti schieramenti fino alla sua approvazione e oltre. La proposta tocca i temi delle relazioni che ci prepariamo ad ascoltare, sia quanto alle nuove eccezioni da introdurre in campo digitale, sia quanto ai diritti su certi tipi di opere. Non trascurabile è anche l'intersezione con il diritto dei media che ha un impatto notevole sul diritto d'autore; sempre per stare all'attualità mi riferisco alla recente revisione della direttiva sui servizi media au-

2. La Corte di Giustizia UE, sentenza 10 novembre 2016 nella causa C-174/15 *Vereniging Openbare Bibliotheken c. Stichting Leenrecht*, ha ammesso l'equiparazione del prestito di una copia digitale a quello di una copia fisica purché certe condizioni siano rispettate: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=186793&mode=req&pageIn\discretionary{}{}{}dex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=IT&cid=419778>.

3. Su questi temi, la Commissione europea ha promosso nel 2013 l'iniziativa *Licenses for Europe*, articolata in quattro settori designati come prioritari al fine di definire interventi concordati con gli *Stakeholders*: (i) *cross-border access and portability of services*; (ii) *user-generated content and micro-licensing*; (iii) *audiovisual cultural heritage*; (iv) *text and data mining*. Una sintesi dei risultati è consultabile a: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-986_en.htm.

diovisivi⁴, al regolamento sulla portabilità transfrontaliera dei servizi⁵ e, infine ma non meno importante, la proposta di nuovo Regolamento satellite-cavo⁶.

La futura direttiva sul diritto d'autore nel Mercato Unico Digitale aggiunge un altro tassello all'armonizzazione dell'amministrazione dei diritti, dopo la direttiva sulla gestione collettiva dei diritti 26/2014/UE⁷, con particolare riguardo alla trasparenza. Come in altri settori, la Commissione Europea si propone di valorizzare quanto più possibile questo tema, vedendo la trasparenza stessa come garanzia di un mercato più efficiente e più equo. In questa ottica, dopo la direttiva sulla gestione collettiva dei diritti, la Commissione vuole presidiare la trasparenza anche nei rapporti che gli autori e gli artisti instaurano con i rispettivi cessionari e licenziatari a livello bilaterale. Trasparenza e circolazione delle informazioni sono indispensabili per quantificare il valore economico dei loro diritti.

Nella sua proposta, la Commissione vede l'obbligo d'informazione come lo strumento per valutare la perdurante proporzione del valore economico dei diritti rispetto alla remunerazione percepita da autori ed artisti. La trasparenza può, infatti, avere rilevanti effetti pratici, oltre che nell'esecuzione dei contratti anche nella loro eventuale rinegoziazione (considerando 42 e 43). La Commissione Europea si spinge fino a prevedere l'introduzione di un meccanismo di adeguamento nei casi in cui la remunerazione inizialmente

4. Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 2010/13/UE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016PC0287&from=EN>.

5. Regolamento (UE) 2017/1128 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 giugno 2017 relativo alla portabilità transfrontaliera di servizi di contenuti online nel mercato interno: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017R1128&from=IT>.

6. COM(2016) 594 final, del 14/9/2016, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce norme relative all'esercizio del diritto d'autore e dei diritti connessi applicabili a talune trasmissioni online degli organismi di diffusione radiotelevisiva e ritrasmissioni di programmi televisivi e radiofonici, scaricabile da <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-594-IT-F1-1.PDF>.

7. Direttiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0026&from=IT>.

concordata nell'ambito di una licenza o di un trasferimento di diritti risulti sproporzionatamente bassa rispetto ai proventi e ai benefici generati dallo sfruttamento dell'opera o dalla fissazione dell'esecuzione. Armonizza quindi a livello di Unione Europea la cosiddetta *Bestseller Clause*, già presente negli ordinamenti di alcuni paesi membri. In caso di disaccordo tra le parti, oltre al ricorso al giudice, gli autori e gli artisti interpreti o esecutori potranno disporre di una procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie, che potrà riguardare sia l'adempimento degli obblighi di trasparenza, sia il nuovo meccanismo di adeguamento contrattuale.

Come si capisce da questo *excursus* molto sintetico, la Commissione Europea propone quasi un mosaico di interventi sul diritto d'autore nel *Digital Single Market*, affrontando separatamente alcuni problemi riscontrati in settori diversi, tanto da enunciare l'esigenza di uno *Stakeholder dialogue* (Articolo 9), sfuggendo la tentazione *one size fits all* e prevedendo che gli accordi tra le parti siano specifici per settore.

La parte più interessante della proposta di direttiva è, a mio parere, quella relativa al cosiddetto *value gap*, il divario nella distribuzione dei ricavi nello sfruttamento dei contenuti creativi tra l'industria culturale (comprendente tutti i settori della creatività) e le piattaforme digitali, che favorisce nettamente queste ultime. La proposta della Commissione Europea è la prima presa d'atto a livello europeo degli squilibri evidenziati da numerosi studi e ricerche per quanto riguarda gli effetti dell'art. 9 della direttiva e-commerce del 2000⁸. La Commissione prende implicitamente atto del fatto che le piattaforme hanno acquisito ruoli e funzioni che non erano né previsti né ipotizzabili al momento dell'emanazione della direttiva e tenta, per la prima volta, di delineare la via europea per una più equa valorizzazione e compensazione dei contenuti creativi in rete.

I considerando 38 e 39 introducono nuovi elementi a completamento o chiarimento di una ragionevolmente aggiornata interpretazione dell'art. 14 della direttiva sul commercio elettronico, la norma principale sul *Safe Harbour*, ovvero l'esenzione da responsabilità posta a favore di certi prestatori intermediari di servizi della

8. Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:IT:HTML>.

società dell'informazione, quelli che si usa chiamare sinteticamente *provider*.

Diversamente da quanto finora prevalentemente avvenuto, i due considerando prendono in considerazione la necessità verificare se il prestatore di servizi svolga un ruolo attivo, anche ottimizzando la presentazione delle opere o altro materiale caricati dagli utenti o promuovendoli, con qualsivoglia mezzo. La combinazione tra art. 13 e considerando 38 e 39 della proposta di direttiva delinea due situazioni, da cui discendono obblighi diversi.

Quando la loro attività comprenda « un grande numero di opere o altro materiale protetti dal diritto d'autore caricati dagli utenti » (qui è del tutto trasparente il riferimento a You Tube) i *provider* devono introdurre l'uso di tecnologie efficaci per garantire la protezione dei diritti. Questo obbligo ricade sia sugli *hosting provider* "attivi", sia sui meri fornitori di servizi tecnici.

Se i fornitori di servizi di *hosting* vanno oltre la mera fornitura di attrezzature tecnico-informatiche e, quindi, non rientrano nell'esenzione di responsabilità di cui all'articolo 14 della direttiva *e-commerce* menzionata, essi effettuano un atto di comunicazione al pubblico e devono concludere accordi con i titolari dei diritti.

Si introduce in tal modo un obbligo di collaborazione tra i prestatori di servizi della società dell'informazione e i titolari dei diritti per i contenuti caricati dagli utenti, volto ad assicurare l'introduzione di tecnologie che permettono il riconoscimento dei contenuti. La collaborazione si sostanzia in uno scambio, per cui i titolari dei diritti dovrebbero fornire ai prestatori di servizi i dati necessari per l'individuazione dei loro contenuti (ad esempio fornendo *file* da cui ricavare *fingerprinting* per il riconoscimento), mentre i prestatori dovrebbero applicare idonee tecnologie e darne informazione trasparente ai titolari dei diritti, così che questi possano verificarne l'adeguatezza e, soprattutto, ottenere informazioni sull'utilizzo dei loro contenuti. La valutazione delle tecnologie per il riconoscimento dei contenuti dipenderà anche dalla natura dei servizi, dalla disponibilità delle tecnologie e dalla loro efficacia alla luce degli sviluppi digitali.

Esistono ormai studi a livello europeo e nazionale⁹ che riescono a quantificare come il *safe harbour* sia utilizzato per evitare che i titolari di diritti, in primo luogo i creativi dei diversi settori, partecipino in misura equa e proporzionata ai profitti generati dalla monetizzazione delle loro opere. I numeri sono impressionanti, ed è interessante notare che lo svantaggio creato dalla direttiva *e-commerce* colpisce non soltanto l'industria creativa nelle sue diverse articolazioni, ma anche i servizi di distribuzione di contenuti culturali. Le piattaforme OTT, da una parte competono con i media tradizionali, dall'altra sottraggono risorse ai servizi on line come Spotify, Apple music e Netflix, per citare alcuni tra i più famosi. Se i servizi internazionali soffrono, potete immaginare quanto più grave sia l'impatto sui servizi nazionali, come Timmusic e Timvision o Chili.

Il *safe harbour*, nel contesto attuale, produce un'insostenibile distorsione della concorrenza sia tra media diversi sia tra *content provider* via Internet e *provider* che si autoqualificano come meri intermediari. Vedremo se la revisione della Direttiva Servizi Media Audiovisivi, anch'essa posta in cantiere dalla Commissione Europea, andrà nella direzione auspicata dai titolari dei diritti d'autore e dagli organismi di diffusione.

Le norme proposte dalla Commissione Europea sulla trasparenza e sul *value gap* sono molto flessibili; è anche prevedibile che esse subiranno cambiamenti nel corso dell'iter legislativo. Vanno comunque nella giusta direzione, che è stata anticipata dalla giurisprudenza italiana con la distinzione tra intermediario attivo e intermediario passivo in varie cause intentate da Mediaset nei confronti di piattaforme digitali¹⁰.

9. Per l'Italia, lo studio *Italia Creativa* a cura di Ernst & Young ha analizzato l'industria culturale e creativa in Italia, suddivisa in dieci settori principali. L'edizione 2017 è scaricabile da www.italiacreativa.eu/settore/scarica-lo-studio/. A livello europeo, si veda: TERA Consultants — Forum D'avignon *The economic contribution of the creative industries to EU GDP and employment — Evolution 2008–2011*; Rapporto conclusivo dello studio *Mapping the Creative Value Chains — A study on the economy of culture in the digital age*, reperibile a: http://kultur.creative-europe-desk.de/fileadmin/Dokumente/2017_Mapping_The_Creative_Value_Chains.pdf La valutazione del divario in termini di valore tra i ricavi degli *Online Intermediaries* e le industrie creative a livello europeo è oggetto dello Studio commissionato dal Gesac *Cultural content in the online environment: Analyzing the value transfer in Europe* consultabile a: https://www.rolandberger.com/gallery/pdf/Report_for_GESAC_Online_Intermediaries_2015_Nov_EUR.pdf.

10. Il 29 aprile 2017, La Corte d'Appello di Roma ha confermato in secondo grado la condanna inflitta a Break Media per « cooperazione colposa mediante omissione nella diffusione illecita di programmi televisivi Mediaset ».

Non può al riguardo sottacersi che l'approccio della direttiva al problema del *value gap* è piuttosto morbido e lascia ampio spazio di manovra agli intermediari digitali che, senza assumersi responsabilità sui contenuti creativi, traggono da essi benefici economici diretti e indiretti. La direttiva potrà favorire un riequilibrio o almeno un'attenuazione del divario esistente solo se le disposizioni non saranno ulteriormente mitigate.

Come potrete constatare e come è consuetudine degli incontri promossi da ALAI Italia, i temi dell'incontro sono interessanti non solo per i giuristi che si occupano di diritto d'autore, ma per le varie articolazioni dell'industria creativa. Sia pure con atteggiamenti differenziati, questo comparto industriale ha ormai preso atto del fatto che la tecnologia digitale è un fattore imprescindibile della selezione e diffusione dei prodotti culturali, con tutte le potenzialità, i rischi e le incognite che accompagnano inevitabilmente una trasformazione sociale e produttiva così profonda e rapida.

I contributi sui diversi temi, sviluppati nell'incontro in onore di Mario Fabiani, ci offrono un'occasione per riflettere sul contesto in cui è maturata l'articolata proposta di direttiva su diritto d'autore nel Mercato Unico Digitale che ha iniziato il suo percorso legislativo nell'Unione Europea.

Un ricordo di Mario Fabiani

LUIGI CARLO UBERTAZZI*

Questo convegno è dedicato alla memoria di Mario Fabiani. Di lui ha già parlato Stefania Ercolani. Le sue parole potrebbero esimermi dal parlarne anch'io. Ne parlo tuttavia volentieri, sia pure sinteticamente. Lo faccio per rendere testimonianza ad una persona fine, di classe. E dico allora.

Sul piano personale Fabiani ha sempre avuto l'animo ed il tratto di un vero signore, di grande finezza. Sul piano degli studi Fabiani ha testimoniato impegno e profondità, con i suoi diversi libri sull'esecuzione forzata in materia di proprietà intellettuale, sui modelli, sui contratti relativi al diritto d'autore: per non parlare della sua capacità di dedicarsi anche a temi apparentemente minori ma fondamentali quali il censimento, la raccolta e la pubblicazione delle norme della nostra materia, nei due indimenticabili codici che ha predisposto il primo con Bonasi Benucci nel 1960 ed il secondo più tardi da solo nel 1982, e che entrambi sono stati una miniera di informazioni utilissime al lavoro della mia generazione di studiosi nell'epoca precedente ad internet e a Google. Sul piano della Siae Fabiani è sempre stato un uomo importante e fedele all'istituzione: le ha dedicato un tempo molto lungo di lavoro; lo ha continuato anche dopo essere andato in pensione; le ha portato il proprio sapere professionale e la propria saggezza di uomo di qualità; ha portato alta la bandiera della Siae e del nostro paese nei momenti internazionali della vita del diritto d'autore. Sul piano della Rivista della Siae: è riuscito a tenerla viva bene con l'aiuto di pochissimi *fideles* (a cominciare da Stefania Ercolani); ha fidelizzato alla rivista un numero importante di pratici interessanti; ha servito anche in questo modo la Siae e più in generale lo sviluppo

* Già professore ordinario dell'Università degli Studi di Pavia.

del diritto d'autore: dando spazio e voce ad un numero crescente di giovani che si stanno progressivamente occupando delle nostre materie. Sul piano dello stile Fabiani è poi riuscito sempre a svolgere tutto ciò con la fermezza delle persone di carattere e ben preparate, ma con la gentilezza di un signore.

Mi resta da fare una testimonianza ed un ringraziamento personali. Fabiani mi ha sempre trattato gentilmente e mi ha sempre incoraggiato sino da quando l'ho conosciuto; anche quando mi sono avventurato per le prime volte e da neofita nel mondo del diritto d'autore; anche quando ho deciso di varare una rivista (AIDA) che poteva sembrare in concorrenza con quella di Fabiani (anche se in realtà le due riviste si sono completate reciprocamente); ha pubblicato gentilmente i lavori miei e dei miei allievi che gli ho mandato; ha accompagnato sempre tutto ciò (torno a dire) con lo stile di un vero signore; ed anche in questo ha manifestato la sua disponibilità ed il suo impegno a crescere persone e a fungere da maestro. Un maestro anche di stile e di vita. Ed è dunque per me un piacere rendergliene una testimonianza ampia e grata.

Proprietà intellettuale e distribuzione di libri su piattaforme digitali

GIORGIO SPEDICATO*

SOMMARIO: 1. Il mercato delle opere letterarie di fronte alle sfide delle tecnologie digitali: osservazioni introduttive, 19 – 2. Concentrazione di mercato e preoccupazioni antitrust, 21 – 3. La dematerializzazione delle opere letterarie tra mercato e non-mercato, 27 – 4. Dall'edizione all'autoedizione (e ritorno?): il rapporto tra autori ed editori nell'era digitale, 33.

1. Il mercato delle opere letterarie di fronte alle sfide delle tecnologie digitali: osservazioni introduttive

Sebbene le opere letterarie costituiscano l'oggetto prototipico della tutela autoriale, il settore dell'editoria — che intorno alla produzione e circolazione di queste ultime è storicamente e funzionalmente articolato — è stato, quasi paradossalmente, l'ultimo in ordine di tempo ad essere investito da quella che, con termine ormai un po' frusto, viene definita « rivoluzione digitale »¹.

Ciò può forse in parte spiegarsi con la circostanza che — all'interno di un più generale contesto in cui la distribuzione di opere su piattaforme digitali ha finito con il marginalizzare il *corpus mechanicum*, sostituito sempre più di frequente da un *corpus logicum*² — il supporto in cui le opere letterarie sono tipicamente incorporate,

* Ricercatore in Diritto commerciale presso l'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna.

1. Sull'impatto della rivoluzione digitale nello specifico contesto della letteratura v. BARON D., *A Better Pencil: Readers, Writers, and the Digital Revolution*, Oxford University Press, Oxford 2009.

2. O *corpus quasi-mechanicum*, come avevo provato a suggerire in un altro scritto facendo riferimento alla natura non materiale, ma nondimeno in qualche modo « fisica », di un file digitale: cfr. SPEDICATO G., *Digitalizzazione di opere librerie e diritti esclusivi*,

ossia il libro, continua ad assolvere per molti lettori una funzione che è anche, se non precipuamente, affettiva (per cui il libro si sfiora, si odora, si colleziona), ancora rilevante nel processo di fruizione, ciò che non avviene, ad esempio, nel settore musicale, che non a caso, e proprio in ragione dell'irrelevanza del supporto ai fini del godimento del bene immateriale, è stato il primo — e il caso *Napster* in questo fa storia³ — ad essere interessato dal processo di dematerializzazione in discorso⁴.

La perdurante importanza del supporto fisico nel settore delle opere letterarie contribuisce forse anche a spiegare per quale motivo l'impatto delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione si sia tradotto, in prima battuta, in un radicale cambiamento dei rapporti di forza nell'ambito della distribuzione dei libri cartacei — ove si sono affacciati nuovi *player* internazionali, primo tra tutti Amazon, in grado di acquisire in soli due decenni una chiara posizione di dominanza sul mercato, con i relativi rischi concorrenziali — e solo in un secondo momento abbia prodotto effetti rilevanti sia in termini di creazione di un nuovo bene (*e-book*) in parziale competizione con quello tradizionale, sia in termini di rimodulazione dei rapporti di forza tra autori ed editori (fino a giungere, in alcuni casi, ad una vera e propria disintermediazione dell'accesso al mercato da parte dei primi).

in Aedon, n. 2/2011, reperibile all'url: <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2011/2/spedicato.htm>.

3. Cfr. *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (2001). Sulla vicenda relativa al caso *Napster v. CERINA P.*, *Il caso Napster e la musica on line: cronaca della condanna annunciata di una rivoluzionaria tecnologia*, in *Dir. ind.*, 2001, p. 48 ss.; nonché BALSAMO P., *Distribuzione on line di file musicali e violazione del copyright: il caso Napster.*, in *Dir. aut.*, 2001, p. 34 ss. Nella letteratura straniera v. CARROL M.W., *Disruptive Technology and Common Law Lawmaking: A Brief Analysis of A&M Records, Inc. V. Napster, Inc.*, in *Vill. Sports & Ent. L. J.*, 2002, p. 5 ss.; e RIMMER M., *Napster: Infinite Digital Jukebox or Pirate Bazaar*, in *Media International Australia Incorporating Culture and Policy*, n. 98, 2001, pp. 27-38, disponibile all'url: <https://ssrn.com/abstract=600825>.

4. E non casualmente, in un generale contesto in cui i dati di vendita della musica su supporto hanno conosciuto una generalizzata flessione, si muove in controtendenza il settore dei dischi in vinile, fenomeno che taluno ha voluto spiegare con la circostanza che il « vinile mantiene intatta un'aura tutta sua, come e anche più del libro. Incentiva la conversazione, lo scambio di opinioni, è un oggetto da venerare, fa arredamento e dona un tono a chi lo espone »: così LANA A., *Perché il vinile è tornato di moda?*, nell'edizione digitale de "Il Sole 24 Ore", 30 marzo 2014, all'url: <http://www.ilsole24ore.com/art/tecnologie/2014-03-30/perche-vinile-e-tornato-moda-150356.shtml?uuiid=ABcBVy6>.

Si tratta di fenomeni economici, sociali e giuridici complessi, in parte interconnessi, ma che meritano nondimeno una trattazione separata, che si proverà di seguito a tratteggiare brevemente.

2. Concentrazione di mercato e preoccupazioni antitrust

Come noto, il colosso dell'e-commerce generalista che è oggi Amazon nasce a metà degli anni Novanta del secolo scorso proprio come libreria online⁵, inserendosi all'interno di un mercato editoriale già fortemente concentrato⁶.

Senza che sia qui necessario esaminare nel dettaglio il suo articolato modello di business⁷, e semplificando alquanto il discorso, Amazon è riuscita ad affermarsi in pochi anni sul mercato librario grazie a tre fattori principali: un catalogo straordinariamente vasto, prezzi fortemente scontati e un servizio di consegna e di assistenza post-vendita tempestivo ed efficiente.

Secondo la classica dinamica economica degli effetti di rete, gli editori hanno visto inizialmente in Amazon un partner commerciale imprescindibile per distribuire i loro prodotti sul *marketplace* telematico. Tuttavia, il costante consolidamento del potere di mercato di quest'ultimo — oltre a determinare prevedibili effetti in termini di marginalizzazione della rete delle librerie fisiche (e in particolare di quelle indipendenti)⁸ — ha presto finito con il generare un forte attrito

5. La storia di Amazon è approfonditamente trattata nel volume di B. STONE, *Vendere tutto: Jeff Bezos e l'era di Amazon*, Hoepli, Milano 2013.

6. Su cui v. ad es. le osservazioni di CUSTOVIC A., *Bomba carta. Processo al Sistema delle concentrazioni editoriali*, nell'edizione digitale de "Il Sole 24 Ore", 16 gennaio 2012, all'url: <http://www.ilsole24ore.com/art/cultura/2012-01-16/bomba-carta-processo-sistema-0101653.shtml?uuid=AakW3ceE>.

7. Per qualche riflessione sul tema cfr. DE CARLI G., *Il Modello di business di Amazon: una lezione anche per le piccole imprese*, nell'edizione digitale de "Il Sole 24 Ore", 29 luglio 2013, reperibile all'url: <http://backtowork.ilsole24ore.com/newsletter/index.php/2013/07/il-modello-di-business-di-amazonuna-lezione-anche-per-le-piccole-imprese/>.

8. Cfr. BUTLER S., *Independent bookshops in decline as buying habits change*, nell'edizione digitale di "The Guardian", 21 febbraio 2014, reperibile sul relativo sito Internet all'url: <https://www.theguardian.com/books/2014/feb/21/independent-bookshops-campaign>, con la conseguenza che molte librerie, non senza successo, stanno riscoprendo il loro ruolo come luogo di aggregazione: v. ad es. WALKER R., *Indie bookshops turn a new page to fight off threat from Amazon*, nell'edizione digitale di "The Guardian", 2

con gli editori stessi. Uno degli elementi maggiormente problematici è stato rappresentato dalle aggressive politiche di sconto praticate dal colosso dell'*e-commerce*, come dimostra la controversia con l'editore *Hachette*, indisponibile ad accettare che i propri *e-books* fossero venduti a prezzi ridotti di oltre il 30% rispetto a quello di copertina⁹.

Per quanto la controversia citata sia stata in ultima analisi risolta positivamente¹⁰, la prima reazione di Amazon rispetto alle contestazioni di *Hachette* — ossia un aggressivo boicottaggio dei prodotti di quest'ultima — e la conseguente forte riduzione delle vendite online registrata dall'editore¹¹, mostrano in modo molto concreto quale sia l'effettivo grado di dominanza sul mercato di Amazon.

Che la posizione dominante di Amazon si traduca effettivamente in condotte abusive¹² resta ovviamente da dimostrare¹³, anche in considerazione del reale vantaggio in termini di riduzione di costo per i consumatori¹⁴ derivanti dalle sue politiche di prezzo.

luglio 2016, reperibile all'url: <https://www.theguardian.com/books/2016/jul/16/independent-bookshops-edinburgh-publishing-amazon>.

9. Cfr. BERTRAND N., *How Amazon's Ugly Fight With A Publisher Actually Started*, in *Business Insider*, 7 ottobre 2014, reperibile all'url: <http://www.businessinsider.com/how-did-the-amazon-feud-with-hachette-start-2014-10?IR=T>.

10. Cfr. STREITFIELD D., *Amazon and Hachette Resolve Dispute*, nell'edizione digitale del "New York Times", 13 novembre 2014, reperibile sul relativo sito Internet all'url: <https://www.nytimes.com/2014/11/14/technology/amazon-hachette-ebook-dispute.html>.

11. Compresa tra il 50% e il 90% a seconda dei titoli, come emerge dalla lettera indirizzata da un numero considerevole di autori ad Amazon, e fortemente critica nei confronti di quest'ultima: cfr. *Letter to Amazon.com, Inc. board of directors*, 19 settembre 2014, reperibile all'url: <http://authorsunited.net/>. Sulla vicenda cfr. RUSHE D., *Bestselling authors write to Amazon's board over 'ugly' Hachette sales dispute*, nell'edizione digitale di "The Guardian", 15 settembre 2014, all'url: <https://www.theguardian.com/technology/2014/sep/15/authors-amazon-hachette-letter-board-sales-books>.

12. Eventualmente non solo, o non necessariamente, sotto il profilo antitrust, ma ad esempio sotto il profilo dell'abuso di dipendenza economica o del più generale istituto dell'abuso del diritto. Per una recente decisione in materia, v. Trib. Milano, 17 giugno 2016, in Foro it., 2016, I, c. 3636, ove Google è stata condannata per abuso di dipendenza economica derivante da interruzione arbitraria delle relazioni commerciali. Sull'abuso di dipendenza economica v. per tutti MUSSO A., *La subfornitura*, in Comm. cod. civ. Scialoja-Branca a cura di GALGANO F., Zanichelli, Bologna 2003, p. 466 ss.

13. In senso critico v. ad es. KIRKWOOD J.B., *Collusion to Control a Powerful Customer: Amazon, E-Books, and Antitrust Policy*, in *U. Miami L. Rev.*, 2014, p. 1 ss., reperibile altresì in Internet all'url: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2399575.

14. E tuttavia la Corte di giustizia ha chiarito che «l'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE, N.d.A.], come le altre regole in materia di concorrenza enunciate nel Trattato, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi immediati di singoli concorrenti o consumatori, bensì la struttura del

Il dubbio tuttavia resta, come dimostra la circostanza che la Commissione europea abbia aperto nel corso del 2015 un'indagine nei suoi confronti¹⁵ per verificare se alcune clausole (sostanzialmente modellate sullo schema MFN)¹⁶ presenti negli accordi di Amazon con gli editori — e nello specifico quelle che obbligano questi ultimi a informare la prima circa eventuali condizioni più favorevoli relative agli *e-books* offerte ad altri distributori online ovvero ad applicare le medesime condizioni anche ad Amazon — siano in contrasto con gli art. 101 e 102 TFUE¹⁷.

La valutazione della condotta sul mercato di un operatore delle dimensioni di Amazon — se non sul piano giuridico almeno su quello *lato sensu* di politica commerciale — non può peraltro non tenere

mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale»: così Corte giust. UE, 4 giugno 2009, nel procedimento C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, par. 38, annotata da COLANGELO G., *T-Mobile Netherlands e GaxoSmithKline. La giurisprudenza comunitaria torna indietro*, in *Merc. conc. reg.*, 2010, p. 527 ss. In termini ancora più chiari si era espresso l'Avvocato generale KOKOTT nelle conclusioni rassegnate il 19 febbraio 2009 nel medesimo caso, ove al par. 58 osservava che «l'art. 81 CE, come anche le altre norme sulla concorrenza del Trattato, non è soltanto e prioritariamente destinato a tutelare gli interessi immediati di singoli concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, pertanto, la concorrenza in quanto tale (come istituto). In questo modo, naturalmente, viene indirettamente tutelato anche il consumatore. Infatti, se la concorrenza in quanto tale subisce un pregiudizio, alla fine sono da temere svantaggi anche per il consumatore». Per una prima impostazione del tema relativo agli interessi protetti dalla disciplina antitrust (e ai relativi modelli di mercato) si rinvia a RICOLFI M., *Antitrust*, in ABRIANI N., COTTINO G., RICOLFI M., *Diritto industriale*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da COTTINO G., Cedam, Padova 2001, p. 542 ss.: nonché, più di recente, agli spunti proposti da OSTI C., *Ma a che serve l'antitrust?*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 114 ss.

15. V. il comunicato stampa «*Antitrust: Commission opens formal investigation into Amazon's e-book distribution arrangements*», 11 giugno 2015, all'url: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5166_it.htm.

16. Sulle implicazioni antitrust delle clausole MFN (*Most Favoured Nations*) v. per tutti SULLIVAN L., WARREN GRIMES C., *The Law of Antitrust. An Integrated Handbook*, West Academic Publish., St. Paul 2016, p. 444 ss.; nonché, con specifico riferimento ai mercati online il recente contributo di AKMAN P., SOKOL D., *Online RPM and MFN Under Antitrust Law and Economics*, 15 ottobre 2016, reperibile all'url: <https://ssrn.com/abstract=2852782>.

17. Nel mese di maggio 2017, ben dopo la stesura di questo contributo, la Commissione europea ha adottato una decisione che recepisce gli impegni assunti da Amazon in relazione all'inchiesta avviata dalla Commissione stessa nel mese di giugno 2015. Sull'impegno a non dare esecuzione alle clausole modellate sullo schema MFN incluse negli accordi con gli editori, e sugli altri impegni assunti da Amazon cfr. la *Sintesi della decisione della Commissione del 4 maggio 2017 relativa a un procedimento a norma dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'articolo 54 dell'accordo SEE*, in *Gazz. uff. UE*, n. C 264, 11 agosto 2017, p. 7 ss., reperibile altresì in Internet all'url: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017XC0811\(02\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017XC0811(02)&from=EN).

conto della circostanza che rilievi non dissimili in termini antitrust potrebbero essere avanzati nei confronti dei suoi principali *competitor*, come pare dimostrare il procedimento avviato dall'autorità antitrust statunitense — e successivamente, in parallelo, anche dalla Commissione europea¹⁸ — che ha visto coinvolta, e pesantemente sanzionata¹⁹, Apple, la quale, colludendo con cinque tra i principali editori su scala mondiale, aveva cercato di contrastare il potere di Amazon sul mercato degli *e-books* attraverso un accordo che aveva come obiettivo quello di far innalzare il prezzo di questi ultimi²⁰.

Non è evidentemente questa la sede per addentrarsi in complessi ragionamenti di diritto antitrust²¹, e tuttavia occorre riconoscere che il tema delle posizioni di dominanza — e dei connessi rischi di comportamento abusivo — sui mercati online va ben oltre l'ambito librario, e ben oltre la posizione di Amazon²², coinvolgendo tutti quegli attori (come Google, Apple, Facebook)²³ il cui potere di mercato suscita timori che, vale la pena di osservare, non attengono certamente solo al diritto industriale.

18. Cfr. Commissione Europea, *Sintesi della decisione della Commissione del 12 dicembre 2012 relativa a un procedimento a norma dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'articolo 53 dell'accordo SEE*, case COMP/39.847 — E-BOOKS, in *Gazz. Uff. UE*, n. C 73, 13 marzo 2013, p. 17 ss., disponibile in Internet all'url: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC0313\(03\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC0313(03)&from=EN). Per un commento al caso v. DALY A., *E-book monopolies and the law*, in *Media & Arts L. Rev.*, 2013, p. 350 ss., e LINKLATER E., *A European Perspective on Agency Agreements for the Sale of e-Books: Happily Ever After or the End of the Story?*, 1 maggio 2012, reperibile in Internet all'url: <http://ssrn.com/abstract=2052119>, p. 20 ss. Un confronto tra la decisione statunitense e quella comunitaria è proposto da GIANNACCARI A., *E-books ed intese editoriali nell'Eden digitale: c'è la Mela del peccato?*, in *Merc. conc. reg.*, 2013, p. 119 ss.

19. Cfr. GEUSS M., *Apple must pay \$450 million as Supreme Court rejects e-book antitrust appeal*, in *Ars Technica*, 3 luglio 2016, reperibile all'url: <http://arstechnica.com/tech-policy/2016/03/apple-must-pay-450-million-as-supreme-court-rejects-e-book-antitrust-appeal/>.

20. I retroscena della vicenda sono illustrati da ALBANESE A.R., *The Battle of \$9.99: How Apple, Amazon, and the Big Six Publishers Changed the E-book Business Overnight*, Publishers Weekly, New York 2013.

21. Per qualche primo spunto si rimanda a SEMERARO S., *Should the E-Book Case Presage the Decline of the Per Se and Market Share Doctrines?*, in *Thom. Jeff. L. Rev.*, 2012, p. 15 ss.

22. Interessanti al proposito le ampie considerazioni di HAUCAP J., HEIMESHOF U., *Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet Driving Competition or Market Monopolization?*, in *Int. Econ. Econ. Policy*, 2014, p. 49 ss.

23. Nei cui confronti la Commissione europea mi pare tenere un atteggiamento particolarmente attento. Cfr. COUTURIER K., *How Europe Is Going After Apple, Google and Other U.S. Tech Giants*, nell'edizione digitale del "New York Times", 27 settembre 2016, all'url: <http://www.nytimes.com/interactive/2015/04/13/technology/how-europe-is-going-after-us-tech-giants.html>.

Resta chiaramente da capire come affrontare, anche per il futuro, il tema della posizione di dominanza di Amazon — che appare peraltro, almeno allo stato attuale, destinata a consolidarsi. A questo proposito — senza arrivare a immaginare soluzioni di carattere strutturale come quelli auspicati dal Parlamento europeo in relazione al soggetto in posizione dominante sul mercato dei motori di ricerca²⁴ — si può forse tentare di proporre uno spunto di riflessione (o di provocazione), senza alcuna pretesa di esaurire un argomento così delicato e complesso.

È a molti noto come Google sia ormai da tempo entrato in tutti i dizionari di lingua inglese²⁵ (e ora, con un cacofonico anglicismo, anche in quelli di lingua italiana)²⁶ per riferirsi all'attività di compiere una ricerca su Internet (*to google*). La circostanza non stupisce quando si consideri quanto quotidianamente frequente sia l'attività in questione e quale sia la quota di Google nel mercato dei motori di ricerca (che in alcuni paesi sfiora il 90%)²⁷.

In dottrina non è mancato chi si sia interrogato circa la possibilità di trattare Google alla stregua di un'*essential facility*, con le eventuali connesse conseguenze sul piano antitrust²⁸. Orbene, Amazon, sotto

24. Cfr. Parlamento europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo del 27 novembre 2014 sul sostegno ai diritti dei consumatori nel mercato unico digitale*, 27 novembre 2014, in Gazz. uff. UE, n. C 289, 9 agosto 2016, p. 65 ss., reperibile altresì in Internet all'url: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:289:FULL&from=IT>, in cui il Parlamento, pur senza fare esplicito riferimento a Google, « invita [...] la Commissione a prendere in considerazione proposte volte a separare i motori di ricerca da altri servizi commerciali ». Sulla vicenda v. GIBBS S., *European parliament votes yes on 'Google breakup' motion*, nell'edizione digitale di "The Guardian", 27 novembre 2014, all'url: <https://www.theguardian.com/technology/2014/nov/27/european-parliament-votes-yes-google-breakup-motion>.

25. Cfr. ANDERSON N., « Google » declared a verb, in *Ars Technica*, 7 giugno 2006, reperibile all'url: <http://arstechnica.com/uncategorized/2006/07/7198-2/>.

26. Come dimostra l'inserimento nel vocabolario Treccani del neologismo « googlare » per indicare l'attività di « [c]ercare con Google, fare una ricerca attraverso la rete telematica, servendosi del motore di ricerca Google »: cfr. il lemma « googlare » nel vocabolario "Treccani" online, reperibile all'url: [http://www.treccani.it/vocabolario/googlare_\(Neologismi\)/](http://www.treccani.it/vocabolario/googlare_(Neologismi)/).

27. Cfr. ROSOFF M., *Here's How Dominant Google Is In Europe*, in *Business Insider*, 29 novembre 2014, reperibile all'url: <http://uk.businessinsider.com/heres-how-dominant-google-is-in-europe-2014-11?r=US&IR=T>.

28. In argomento v. MANNE G., *The Problem of Search Engines as Essential Facilities: An Economic & Legal Assessment*, in SZOKA B., MARCUS A., (eds.), *The Next Digital Decade: Essays on the Future of the Internet*, TechFreedom, Washington 2010, p. 419 ss., reperibile altresì online all'url: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1747289. In senso fortemente critico rispetto all'ipotesi rappresentata nel testo v. JAMISON M.A., *Should Google*

molti aspetti, sembra star percorrendo una parabola analoga a quella di Google²⁹.

Per quanto ancora in via di consolidamento, non è sconosciuto nella lingua inglese l'uso del neologismo *to amazon* per far riferimento all'attività di fare acquisti online³⁰, circostanza alla quale occorre aggiungere quella relativa alla quota di mercato di Amazon che — per restare nell'ambito degli *e-books* — supera il 65%³¹.

Vero è che la giurisprudenza, specialmente comunitaria, ha manifestato un orientamento piuttosto restrittivo quanto all'applicabilità dell'*essential facility doctrine*, specialmente dalla decisione *Bronner* in poi³².

Search Be Regulated as a Public Utility?, 17 marzo 2012, reperibile all'url: <https://ssrn.com/abstract=2027543>. In senso opposto v. invece MAYS L., *The Consequences of Search Bias: How Application of the Essential Facilities Doctrine Remedies Google's Unrestricted Monopoly on Search in the United States and Europe*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 2015, p. 721 ss.

29. Cfr. ad es. BUDZINSKI O., KÖHLER K.H., *Is Amazon the Next Google?*, in *Ilmenau Economics Discussion Papers*, vol. 20, n. 97, reperibile all'url: <https://ssrn.com/abstract=2676079>.

30. Cfr. in tal senso il lemma «amazoning», impiegato sull'*Urban Dictionary* (all'url: <http://www.urbandictionary.com/define.php?term=amazoning>) per indicare «[t]o browse amazon for gifts or items to get». Il termine inizia peraltro a essere impiegato anche in ambito giornalistico, come dimostra STEWART J., *Consumers are no longer 'Googling' products, they're 'Amazoning' them*, in *Puget Sound Business Journal*, 6 ottobre 2015, reperibile all'url: <http://www.bizjournals.com/seattle/blog/techflash/2015/10/consumers-are-no-longer-googling-products-theyre.html>.

31. Cfr. MOSENDZ P., *Amazon Has Basically No Competition Among Online Booksellers*, nell'edizione digitale di *The Atlantic*, 30 maggio 2014, reperibile sul relativo sito Internet all'url: <http://www.theatlantic.com/business/archive/2014/05/amazon-has-basically-no-competition-among-online-booksellers/371917/>.

32. Cfr. Corte giust. CE, 26 novembre 1998, nel procedimento C-7/97, *Bronner*, ECLI:EU:C:1998:569. Nel senso sopra indicato v. BERGMAN M., *The Bronner Case. A Turning Point for the Essential Facilities Doctrine?*, in *Eur. Comp. L. Rev.*, 2000, p. 59 ss.; nonché, nella nostra dottrina, PILLITTERI R., La Corte di giustizia circoscrive rigorosamente i confini di applicazione della c.d. «essential facilities doctrine» nella repressione dell'abuso di posizione dominante, in *Dir. comm. int.*, 1999, p. 1024 ss. Per una ricostruzione della giurisprudenza comunitaria in materia di *essential facilities* v. EVRARD S.J., *Essential Facilities in the European Union: Bronner and Beyond*, in *Colum. J. Eur. L.*, 2004, p. 491 ss.

È opportuno tuttavia domandarsi — e qui si potrebbe chiudere con un punto interrogativo — se tale dottrina non possa, o non debba, essere oggi ripensata ai fini della sua applicabilità ai mercati online, strutturalmente diversi sotto molti aspetti (ivi inclusi quelli dei monopoli che in essi possano venire a determinarsi)³³, rispetto ai mercati tradizionali.

3. La dematerializzazione delle opere letterarie tra mercato e non-mercato

Il secondo rilevante impatto prodotto dalle tecnologie digitali, come detto, è stato storicamente determinato dalla creazione di un nuovo bene (in senso economico), l'*e-book*, che ha affiancato il tradizionale volume cartaceo come *medium* per la circolazione delle opere letterarie³⁴. Lungi dal costituire la mera trasposizione in formato *machine-readable* di un testo, l'*e-book* cerca per un verso di replicare, nel modo più mimetico possibile, l'esperienza di fruizione del libro cartaceo (basti qui pensare all'uso della tecnologia *e-ink* appositamente sviluppata per gli *e-reader*)³⁵ e, per altro verso, di arricchire quest'ultima sfruttando le caratteristiche di ipertestualità e multimedialità rese possibili dalla tecnologia digitale, che trovano oggi nei nuovi *enhanced book* la loro manifestazione più evidente³⁶.

33. Cfr. FOER F., *Amazon Must Be Stopped*, in *New Republic*, 10 ottobre 2014, all'url: <https://newrepublic.com/article/119769/amazons-monopoly-must-be-broken-radical-plan-tech-giant>, il quale osserva come «[t]he Internet-age monopolies are a different species; they flummox our conventional ways of thinking about corporate concentration and have proved especially elusive to those who ponder questions of antitrust».

34. Per una breve storia degli *e-books* v. FLOOD A., *Where did the story of e-books begin?*, nell'edizione digitale di *The Guardian*, 12 marzo 2014, reperibile all'url: <https://www.theguardian.com/books/2014/mar/12/ebooks-begin-medium-reading-peter-james>; nonché, più ampiamente, HENKE H., *Electronic Books and ePublishing*, Springer, Londra 2001, p. 9 ss.

35. Cfr. la voce «Carta elettronica» dell'enciclopedia online "Wikipedia", reperibile all'url: https://it.wikipedia.org/wiki/Carta_elettronica.

36. Sulla differenza tra *e-books* ed *enhanced books* v. BACON B., *Some Differences Between E-books, Enhanced E-books, And Apps*, in *Digital Book World*, 30 gennaio 2014, reperibile in Internet all'url: <http://www.digitalbookworld.com/2014/some-differences-between-ebooks-enhanced-ebooks-and-apps/>.

La diversità — quasi ontologica come si è detto³⁷ — tra libri cartacei ed elettronici, insieme a fattori economici legati al diverso schema dei costi di produzione e distribuzione, contribuisce forse a spiegare le ragioni per cui i due relativi mercati, originariamente quasi coincidenti, siano andati progressivamente allontanandosi sotto molteplici profili, ivi incluso quello dei risultati di vendita³⁸.

È tuttavia interessante notare come — ben prima dell'avvento degli *e-reader* e del connesso sorgere di un mercato degli *e-books* — la nascita del libro elettronico si collochi in un contesto che appare del tutto estraneo alle dinamiche mercantili, essendo fatta risalire all'avvio nel 1971 del Progetto Gutenberg³⁹, una pionieristica iniziativa che si prefiggeva l'obiettivo di costituire una biblioteca di versioni elettroniche di libri stampati liberamente e gratuitamente accessibili.

Da allora, molteplici sono stati i tentativi di realizzare l'utopia della *Universalbibliothek*⁴⁰, e ciò ad opera tanto di soggetti pubblici⁴¹ quanto, come forse era meno lecito attendersi, di soggetti privati.

Pur nella loro diversità di contenuti, soggetti promotori e successo, ciò che accomuna tali iniziative è la circostanza di aver contribuito a creare una alternativa per l'accesso ad un amplissimo catalogo di opere letterarie non basato su dinamiche di mercato (*i.e.* sull'acquisto della copia di un'opera), possibilità che se per un verso era già tradizionalmente

37. Diversità che sul piano fiscale giustifica anche il differente regime IVA applicabile, come stabilito da Corte Giust. UE, 5 marzo 2015, nel procedimento C-479/13, *Commissione/Francia*, commentata da CAPPIELLO B., *L'applicazione del regime di IVA ridotto alla fornitura di libri elettronici: un breve commento alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso Commissione c. Francia* del 5 marzo 2015, in *Dir. comm. int.*, 2016, p. 226 ss.; nonché nella dottrina straniera da LINKLATER E., *The end of the story for reduced VAT rates for E-books? Commission v. France, Commission v. Luxembourg*, in *Comm. Mark. L. Rev.*, 2015, p. 1679 ss. In tema, e nello stesso senso della decisione dianzi richiamata, v. anche le più recenti conclusioni presentate dall'A.G. Kokott in data 8 settembre 2016 nel caso C-390/15, *Rzecznik Praw Obywatelskich*.

38. Per un approfondimento del tema si rinvia alle riflessioni di RONCAGLIA G., *Libri cartacei e e-book: ormai mercati divergenti? — L'analisi*, 9 maggio 2016, in "Il Libraio", reperibile all'url: <http://www.illibraio.it/libri-cartacei-ebook-mercato-divergenti-339560/>.

39. Per una ricostruzione delle diverse fasi e della filosofia di fondo alla base del progetto Gutenberg v. M. HART., *The History and Philosophy of Project Gutenberg*, reperibile all'url: https://www.gutenberg.org/wiki/Gutenberg:The_History_and_Philosophy_of_Project_Gutenberg_by_Michael_Hart.

40. Cfr. LASSWITZ K., *La biblioteca universale e altre fantasie*, Villaggio Maori, Catania 2015.

41. Come nel caso della biblioteca digitale Europea creata e finanziata dalla Commissione europea. Sulla storia di Europea v. la voce « Europea » dell'enciclopedia online "Wikipedia", reperibile all'url: <https://it.wikipedia.org/wiki/Europeana>.

assicurata dal sistema bibliotecario, ha trovato tuttavia nelle cc.dd. *digital libraries* il modo per emanciparsi, in tutto o in parte, da quei limiti legati alla scarsità di spazio, di tempo e, più in generale, di risorse, tipica del mondo analogico.

Proprio i limiti da ultimo menzionati avevano peraltro garantito per decenni che i sistemi di accesso alle opere letterarie non *market-mediated* si caratterizzassero come un'alternativa solo parzialmente soddisfacente per i lettori, la quale dunque — per richiamare qui il *wording* dell'art. 13 TRIPs — non creava seri problemi di conflitto con il normale sfruttamento delle opere letterarie da parte dei titolari né comprimeva irragionevolmente i loro interessi economici, ciò che contribuisce a spiegare per quale motivo le deroghe al diritto esclusivo di prestito, come quella sancita dall'art. 6 della dir. 2006/115/CE⁴², non abbiano mai sollevato dubbi di compatibilità con il *three step test* previsto dalla normativa internazionale⁴³.

Lo scenario è tuttavia radicalmente mutato nel momento in cui un numero via via crescente di soggetti è stato in grado di digitalizzare e mettere a disposizione del pubblico, ad un costo sostanzialmente coincidente con quello della connessione ad Internet, il contenuto di milioni di volumi archiviati nelle biblioteche di tutto il mondo, come avvenuto nel caso del noto *Google Books Project*, iniziativa che, non a caso, si è fin dal principio scontrata con una disciplina autoriale tendenzialmente incline ad assoggettare al controllo monopolistico del titolare tanto gli atti di digitalizzazione⁴⁴ quanto la successiva messa a disposizione via Internet delle opere.

42. Direttiva 2006/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale, in Gazz. uff. CE, n. L 376, 27 dicembre 2006, p. 28 ss.

43. Cfr. in particolare l'art. 9(2) della Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche, del 9 settembre 1886, da ultimo riveduta a Parigi il 24 luglio 1971; il citato art. 13 dell'*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, adottato a Marrakech il 15 aprile 1994; e l'art. 10 del WIPO *Copyright Treaty*, stipulato a Ginevra il 20 dicembre 1996. Per una approfondita analisi del *three step test* nell'ambito del diritto d'autore v. SENFTLEBEN M., *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, The Hague, Kluwer, 2004.

44. Pacificamente sussumibili nella categoria degli atti di riproduzione, come evidenziato per quanto riguarda l'ordinamento comunitario da Corte giust. UE, 11 settembre 2014, nel procedimento C-117/13, ECLI:EU:C:2014:2196, par. 37, commentata da LINKLATER E., *Make me an offer I won't regret: Offers to license works on acceptable terms cannot block libraries' «right» to digitize for access on dedicated terminals: Technische Universität Darmstadt*, in *Comm. Mar. L. Rev.*, 2015, pp. 813-823; nonché LÖWENHEIM U., *Grenzen der Nutzung elektronischer Leseplätze*, in *GRUR*, 2014, pp. 1057-1060.

A seguito di una complessa vicenda giudiziaria durata un decennio⁴⁵, la *U.S. Court of Appeals for the Second Circuit* ha peraltro stabilito che, in considerazione delle caratteristiche tecniche del servizio Google Books e dell'obiettivo ultimo della tutela autoriale individuato dalla costituzione statunitense⁴⁶, l'iniziativa di Google doveva valutarsi come legittima in applicazione del 17 U.S.C. § 107 in materia di *fair use*⁴⁷, dovendosi valorizzare il carattere *highly transformative* dell'uso delle opere da parte di quest'ultima⁴⁸, e ciò anche a dispetto della circostanza che la multinazionale californiana agisse sulla base di motivazioni essenzialmente commerciali e che le opere interessate fossero riprodotte integralmente, entrambe circostanze che militerebbero, almeno in via di principio, in favore dell'esclusione dell'applicabilità del § 107.

La decisione della *Court of Appeals* nel caso *Google Books* sembra confermare per un verso la tendenza della giurisprudenza statunitense a valutare in modo sintetico, e non analitico, i fattori rilevanti ai fini dell'applicabilità del *fair use*⁴⁹, e consente per altro verso di evidenziare

45. E conclusasi con la decisione *Authors Guild v. Google, Inc.*, n. 13-4829 (2d Cir. 2015), reperibile all'url: <https://www.eff.org/files/2015/10/16/agvgoogle.pdf>. Una ricostruzione delle diverse fasi giudiziarie del caso Google Books è proposta da L.F. HERRERA SIERRA, *La Doctrina Del Fair Use Frente a Los Retos Impuestos Por El Entorno Digital. Estudio Del Caso Google Books*, in *Rev. prop. inm.*, 2015, p. 57 ss., disponibile altresì all'url: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2719025.

46. Cfr. *Authors Guild v. Google, Inc.*, cit., p. 12 s.: « The ultimate goal of copyright is to expand public knowledge and understanding, which copyright seeks to achieve by giving potential creators exclusive control over copying of their works, thus giving them a financial incentive to create informative, intellectually enriching works for public consumption. This objective is clearly reflected in the Constitution's empowerment of Congress "To promote the Progress of Science. . . by securing for limited Times to Authors. . . the exclusive Right to their respective Writings" ».

47. Sul tema, vastissimo, della *fair use doctrine*, ci si limita qui a rinviare al lavoro di AUFDERHEIDE P., JASZI P., *Reclaiming Fair Use: How to Put Balance Back in Copyright*, University of Chicago Press, Chicago 2011.

48. Sul *transformative use paradigm*, sviluppato dalla giurisprudenza statunitense a partire dal caso *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994), sulla scorta delle riflessioni proposte in dottrina da LEVAL P., *Toward a Fair Use Standard*, in *Harv. L. Rev.*, 1989-1990, p. 1105 ss., cfr. per tutti NETANEL N.W., *Making Sense of Fair Use*, in *Lewis & Clark L. Rev.*, 2011, p. 736 ss. Per una prospettiva economica circa l'applicazione del *transformative use paradigm* applicata al caso *Google Books v. Kwok K.H.*, *Google Book Search, Transformative Use, and Commercial Intermediation: An Economic Perspective*, in *Yale J. L. & Tech.*, 2015, p. 283 ss.

49. Cfr. in questo senso la già citata *Campbell v. Acuff-Rose Music*, ove la Corte osserva: « [n]or may the four statutory factors be treated in isolation, one from another. All are to be explored, and the results weighed together, in light of the purposes of copyright ».

la notevole flessibilità di questo strumento giuridico rispetto a nuovi usi resi possibili dall'evoluzione della tecnologia⁵⁰, caratteristica che la dottrina è stata peraltro tipicamente incline a riconoscergli, spesso contrapponendolo proprio per questo al più rigido sistema di eccezioni e limitazioni previsto dalla disciplina comunitaria⁵¹, e in particolare dall'art. 5 della direttiva 29/2001/CE⁵².

Alcune recenti decisioni emanate dalla Corte di Giustizia UE mostrano tuttavia non solo come l'ordinamento comunitario, pur nella sua diversità strutturale da quello statunitense, possa garantire ragionevoli margini di flessibilità all'interprete, ma anche come tale flessibilità sia sempre più spesso utilizzata dalla giurisprudenza per rendere il sistema dell'esclusiva autoriale compatibile con il mutato contesto tecnologico e socioeconomico di riferimento (e in questo senso paradigmatico mi pare l'esempio della decisione *UsedSoft*)⁵³ nonché, occorre dirlo, in sintonia con una nuova e innegabile sensibilità collettiva rispetto a un certo maggior grado di libertà nell'accesso ai contenuti culturali⁵⁴.

50. Sull'uso del *fair use* come strumento indispensabile per adeguare il *copyright* agli sviluppi, sovente imprevedibili, dell'evoluzione tecnologica v. in particolare LEE E., *Technological Fair Use*, in *South. Cal L. Rev.*, 2010, p. 797 ss., reperibile in Internet all'url: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1535389.

51. In argomento v. HUGENHOLTZ P.B., SENFTLEBEN M., *Fair Use in Europe. In Search of Flexibilities*, reperibile all'url: <https://ssrn.com/abstract=1959554>.

52. Direttiva n. 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, in Gazz. uff. CE, n. L 167, 22 giugno 2001, p. 10 ss.

53. In cui la Corte di Giustizia ha riconosciuto l'applicabilità del principio di esaurimento alle copie digitali di un programma per elaboratore: cfr. Corte Giust. U.E., 3 luglio 2012, nel procedimento C-128/11, in questa Ann. it. dir. aut., 2012, p. 538 ss., con nota di D. S[ARTI], per un più ampio commento alla quale v. anche v. anche, *ex multis*, SAMMARCO P., *Software e esaurimento del diritto*, in *Dir. inf. inf.*, 2012, p. 1033 ss.; nonché, nell'ambito della dottrina straniera HILTY R.M., KÖKLÜ K., HAFENBRÄDL F., *Software Agreements: Stocktaking and Outlook — Lessons from the UsedSoft v. Oracle Case from a Comparative Law Perspective*, in *IIC*, 2013, p. 263 ss.; e SENFTLEBEN M., *Die Fortschreibung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes im digitalen Umfeld*, in *NJW*, 2012, p. 2924 ss.

54. Cfr. in questo senso le conclusioni dell'Avvocato generale SZPUNAR rese il 6 giugno 2016 nel procedimento C-174/15, ECLI:EU:C:2016:459, par. 38, ove — nel sostenere la tesi dell'applicabilità agli e-book della deroga prevista per il prestito da parte delle istituzioni pubbliche — si osserva come « nell'epoca della digitalizzazione, le biblioteche devono poter continuare a svolgere la medesima funzione di conservazione e diffusione della cultura che esercitavano quando il libro esisteva solo in forma cartacea » e come « ciò non accade necessariamente in un ambiente governato dalle sole leggi di mercato ».

Il riferimento è qui per un verso alla sentenza *Technische Universität Darmstadt*⁵⁵, ove si è confermato che la direttiva 29/2001/CE non osta a che uno Stato membro conceda alle biblioteche il diritto di digitalizzare le opere contenute nelle proprie collezioni, qualora tale atto di riproduzione risulti necessario ai fini della messa a disposizione degli utenti di tali opere su terminali dedicati situati nei locali delle istituzioni stesse⁵⁶ e, per altro verso, in modo ben più pregnante, alla sentenza *Vereniging Openbare Bibliotheken*⁵⁷, ove la Corte di giustizia ha stabilito che la citata deroga al diritto esclusivo di prestito da parte di istituzioni pubbliche di cui all'art. 6 della direttiva 2006/115/CE può trovare applicazione anche nel caso del c.d. prestito digitale⁵⁸.

Preso atto della differenza tra le norme applicabili, la decisione statunitense nel caso *Google Books* e le decisioni comunitarie nei casi *Technische Universität Darmstadt* e *Vereniging Openbare Bibliotheken* appaiono basate su principi sostanzialmente comuni: da un lato la necessità di non ostacolare la fornitura di servizi innovativi che consentano al pubblico di accedere alle opere al di fuori delle classiche dinamiche di mercato, e ciò in considerazione del fondamentale interesse pubblico sotteso a tale attività; dall'altro la necessità di assicurare che proprio quel mercato la cui costituzione e il cui funzionamento i diritti di proprietà intellettuale sono orientati a promuovere non venga irrimediabilmente compromesso.

Si tratta di un equilibrio instabile, perseguito talvolta con tecniche che possono risultare opinabili — come la condizione « *one copy-one user* » imposta dalla Corte di giustizia nella decisione *Vereniging Openbare Bibliotheken*⁵⁹ —, ma la cui ricerca è quanto mai necessaria alla luce del nuovo orizzonte tecnologico in cui le opere letterarie risultano oggi iscritte.

55. Cfr. Corte Giust. UE, 11 settembre 2014, cit.

56. E in tal senso v. già SPEDICATO G., *La disciplina giuridica del prestito digitale di opere dell'ingegno*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2013, p. 1067 s.

57. Corte giust. U.E., 10 novembre 2016, nel procedimento C-174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken*, in *Dir. aut.*, 2016, p. 691 ss., con nota di M.F. D'OTTAVI, commentata altresì da N. RAUER, E. Vonau, *EuGH stellt digitale Ausleihe dem Verleih physischer Bücher gleich*, in *GRuR-Prax*, 2016, p. 517 ss.

58. Come avevo provato a suggerire in SPEDICATO G., *Digital Lending and Public Access to Knowledge*, in LAI J.C., MAGET DOMINICÉ A. (eds.), *Intellectual Property and Access to Im/material Goods*, Edward Elgar, Cheltenham 2016, p. 165 ss.

59. Cfr. Corte Giust. UE, 10 novembre 2016, cit., par. 52-54.

4. Dall'edizione all'autoedizione (e ritorno?): il rapporto tra autori ed editori nell'era digitale

Il terzo e ultimo impatto prodotto dalla tecnologie digitali attiene, come detto, alla profonda modificazione del rapporto tra autori ed editori. Si tratta di un rapporto che, come la storia del diritto d'autore insegna, è stato tradizionalmente alquanto sbilanciato, in termini di potere economico e contrattuale, a favore dei secondi — un disequilibrio che peraltro il recente progetto di riforma del diritto d'autore comunitario si è incaricato in qualche modo di correggere⁶⁰.

Proprio le tecnologie digitali hanno peraltro fornito agli autori lo strumento più efficace per riaffermare la centralità del proprio ruolo grazie alla possibilità di ottenere l'accesso al mercato delle opere facendo a meno della tradizionale (e prima inevitabile) intermediazione degli editori.

Occorre tuttavia precisare che, più che di assoluta dis-intermediazione — difficile da configurare, salvo taluni circoscritti tentativi, nell'ambito dell'articolato processo di produzione e circolazione delle opere letterarie —, si è trattato di un fenomeno di re-intermediazione, in cui agli editori si sono frequentemente sostituiti dei *service provider* in grado di offrire agli autori servizi che spaziano dall'*editing* dell'opera, alla sua traduzione, alla stampa su carta o alla conversione in formato digitale, fino alla distribuzione attraverso la rete delle librerie o attraverso le piattaforme di *e-commerce*.

Tali *service provider* hanno consentito l'emersione del fenomeno, ormai piuttosto diffuso⁶¹, dell'autoedizione (*self-publishing*), il quale, a dispetto del nome, poco o nulla condivide sotto il profilo giuridico con

60. Cfr. a tale proposito gli art. da 14 a 16 della Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, doc. COM(2016) 593 finale, pubblicata il 14 settembre 2016, reperibile in Internet all'url: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-593-IT-F1-1.PDF>.

61. Cfr. a tal proposito CAU E., *I numeri del self publishing per capire come va l'editoria digitale*, nell'edizione digitale de "Il Foglio", 9 dicembre 2016, reperibile in Internet all'url: <http://www.ilfoglio.it/dati-e-statistiche/2016/12/09/news/libri-mercato-digitale-selfpublishing-110241/>, ove si spiega che gli ultimi dati resi disponibili dall'Associazione Italiana Editori «mostrano che il mercato del self publishing in Italia è quanto mai vivace. Se nel 2010 gli e-book autopubblicati in Italia erano appena 146, nel 2015 sono diventati 25.817, vale a dire il 41,4 per cento di tutti gli e-book pubblicati. La crescita è eccezionale».

il tradizionale rapporto contrattuale di edizione disciplinato dagli artt. 118 ss. della nostra legge n. 633/1941, e che al più appare riconducibile al fenomeno già da tempo conosciuto dell'*édition à compte d'auteur* (causticamente definita *vanity press* in inglese)⁶², dal momento che in entrambi i casi: (i) l'autore non trasferisce all'editore (o, più genericamente, al fornitore del servizio) alcun diritto esclusivo; (ii) che il primo sostiene integralmente i costi connessi con la pubblicazione; (iii) e che, in conseguenza di ciò, non vi è alcuna compartecipazione ai rischi e ai proventi derivanti dalla commercializzazione dell'opera secondo lo schema tipico di cui all'art. 130 l.d.a.

Il contratto di *self-publishing* appare dunque fondamentalmente configurarsi come un contratto atipico, ancorché nello stesso possano individuarsi, a seconda della circostanze del caso, elementi di negozi tipici quali quello di cui all'art. 1655 c.c. (*sub specie* dell'appalto di servizi)⁶³ o del mandato (a vendere)⁶⁴. La specificità del bene e-book induce tuttavia ad evidenziare le differenze rispetto alla classica ipotesi del contratto di edizione per le stampe anche quando l'editore mantenga un ruolo decisivo nel processo di pubblicazione dell'opera in formato digitale⁶⁵.

In dottrina non è mancato, al proposito, chi ha ritenuto di poter qualificare l'accordo di *e-publishing* come « contratto di edizione elettronica »⁶⁶, così valorizzando le analogie, piuttosto che le differenze, rispetto al negozio tipico disciplinato dagli artt. 118 s. l.d.a. Si tratta, beninteso, di una qualificazione che non appare fuorviante o errata, ma che richiede di tenere in debita considerazione talune peculiarità del rapporto con cui un editore assume l'obbligo di pubblicare, per conto e a spese dell'e-

62. V. sul punto la voce « *Editoria a pagamento* » dell'enciclopedia online "Wikipedia", reperibile all'url: https://it.wikipedia.org/wiki/Editoria_a_pagamento.

63. E in questo senso v. già Pret. Verona, 14 marzo 1985, in *Dir. aut.*, 1986, p. 91 ss., ove si chiariva che « un contratto con il quale l'autore di un'opera letteraria, addossandosi ogni spesa necessaria, dia incarico ad uno stampatore di stampare, pubblicare e vendere l'opera, non è un contratto di edizione ma deve considerarsi come un contratto di appalto ».

64. In questo senso cfr., pur con riferimento a un tipo di opera diversa da quella letteraria e a un tipo contrattuale diverso da quello relativo al *self-publishing*, Cass. civ., 21 maggio 1998, n. 5072, in *Riv. dir. ind.*, 1999, II, p. 432, con nota di ALBERTINI L., *Sulla distribuzione dell'opera cinematografica (anche in rapporto al suo sfruttamento televisivo)*.

65. Come per primo, nella nostra dottrina, fece, con la consueta lungimiranza, FABIANI M., *Contratto di edizione per le stampe ed e-book*, in *Dir. aut.*, 2010, p. 329 ss.

66. Cfr. MARSEGLIA R., *Il contratto di edizione dell'e-book*, Cacucci, Bari 2012, p. 52 ss.

ditore stesso, un e-book, quale ad esempio la verosimile inapplicabilità della norma di cui all'art. 122, co. 5, l.d.a. — che in caso di contratto di edizione a termine stabilisce l'obbligo di indicazione, a pena di nullità del contratto, del numero minimo di esemplari per edizione⁶⁷ —, precetto che in considerazione della sua *ratio* di protezione dell'autore, in qualità di contraente debole rispetto alla posizione egemonica dell'editore⁶⁸, perde rilievo in un contesto in cui la produzione di copie aggiuntive dell'opera avviene a costo zero per l'editore stesso e *on demand* in base alle richieste dei potenziali acquirenti⁶⁹.

Più in generale, da un lato l'alternativa del ricorso al canale del *self-publishing* per gli autori, e, dall'altro lato, il sostanziale annullamento per gli editori dei costi di stampa e di gestione dei magazzini (in caso di *e-publishing*) o dei rischi connessi con eventuali copie invendute (in caso, ad es., di modalità di stampa in modalità c.d. *print on demand*) hanno contribuito non solo a riequilibrare in modo significativo il potere *stricto sensu* economico in favore degli autori — circostanza che parrebbe ora confermata anche dal frequente maggior valore delle *royalties* riconosciute a questi ultimi che sembra emergere dalla prassi contrattuale⁷⁰ — ma anche a restituire agli autori un certo grado di libertà contrattuale, come ampliamento dimostrato dalla tendenza di molti *e-publishers* a riservarsi i soli diritti necessari per la pubblicazione dell'opera in formato digitale lasciando libero l'autore di procedere eventualmente alla pubblicazione in formato cartaceo anche con altro soggetto.

67. Per una diversa impostazione della questione v. tuttavia ancora MARSEGLIA R., *op. cit.*, p. 57 ss., secondo cui il limite dell'art. 122, co. 5, l.d.a. sarebbe superabile mediante il ricorso a sistemi di *Digital Rights Management* (DRM).

68. Cfr. in tema DE SANCTIS V.M., FABIANI M., *I contratti di diritto di autore*, Giuffrè, Milano 2007, p. 122; e FABIANI M., *Edizione (contratto di)*, in *Digesto*, Sez. comm., V, Torino 1990, p. 212; nonché in giurisprudenza Cass. civ. 23 luglio 2010, n. 17279, in *Foro it.*, 2011, I, c. 3402.

69. E ciò vale anche quando le copie dell'opera siano in forma cartacea — e dunque non a costo zero — ma pur sempre su richiesta dei soggetti interessati all'acquisto, come avviene nel caso in cui il rapporto contrattuale abbia ad oggetto (o si caratterizzi parzialmente per) modalità di stampa c.d. *print on demand*, di talché non si pone in radice per l'editore il problema di stampare esemplari dell'opera che restino eventualmente invenduti.

70. E che, nel caso delle opere in formato digitale, arrivano ad essere riservate agli autori fino a ben oltre il 50% del prezzo di copertina. Cfr. in argomento PESOLI M., *La pubblicazione al tempo degli e-book: una breve panoramica*, in *Jei*, 7 ottobre 2014, reperibile all'url: <http://www.jei.it/approfondimenti/item/433-la-pubblicazione-al-tempo-degli-e-book-una-breve-panoramica>.

E-books e prestito bibliotecario alla luce della giurisprudenza evolutiva della Corte di giustizia europea

ALBERTO MUSSO*

SOMMARIO: I. La necessaria interpretazione evolutiva del diritto d'autore, 37 – 2. La suscettibilità d'interpretazione estensiva o analogica delle regole e dei *principia iuris* anche in materia di diritto d'autore, 39 – 3. Regole ed eccezioni nel regime dell'editoria elettronica: il caso delle biblioteche e del prestito digitale (e-book), 40 – 4. L'artificiosa esclusione di un rapporto di compravendita (e di relativo esaurimento) nel caso di *download* di e-books: un anacronismo da correggere, 45.

I. La necessaria interpretazione evolutiva del diritto d'autore

Come si è considerato nella relazione che mi ha preceduto, anche il diritto d'autore non può non subire le sfide di adattamento all'evoluzione della realtà, soprattutto se si rilevi che questa disciplina — in particolare — risente di un sostrato tecnologico, debitore dell'invenzione della stampa, e non può quindi, a propria volta, non risentire degli ulteriori progressi tecnici e informatici che la produzione di opere letterarie o di tutte le altre opere dell'ingegno ha vertiginosamente subito negli ultimi decenni¹.

Ciononostante, come per ogni altra branca del diritto, accanto ad opportune o inevitabili evoluzioni normative — corrispondenti ad altrettante evoluzioni della realtà tecnica ed economica — devono potersi ritenere tuttora fermi non soltanto i *principia iuris*, ma

* Dipartimento di Scienze Giuridiche nella Scuola di Giurisprudenza dell'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna.

1. Cfr. FALCE V., *La modernizzazione del diritto d'autore*, II, Giappichelli, Torino 2012, p. 73 ss.

pure le regole generali dei diritti d'autore, ogniqualvolta essi risultino suscettibili di un'interpretazione evolutiva o perfino analogica: sotto questo profilo, d'altronde, grazie alla teoria dei beni immateriali di matrice pandettistica, la progressiva assimilazione al diritto della proprietà (o delle proprietà) ha permesso — parallelamente all'evoluzione dei diritti dominicali di derivazione romanistica — un'assai maggiore flessibilità ermeneutica, la quale oggi permette anche alla proprietà artistica o letteraria un'elasticità interpretativa che, nel mondo delle « cose », è avvenuta con adattamenti dei principi generali (per es., in materia di multiproprietà, proprietà fiduciaria, diritti di superficie, ecc.), ove questa assimilazione risulti « compatibile » con il sistema dei beni immateriali, come tuttora esplicitamente si desume dal principio generale dell'art. 6 c. propr. ind. (parallelo, sotto questo profilo, all'art. 10 l.d.a.). Siffatta evoluzione adattativa è stata tuttavia sovente frenata da due fattori legali: il primo, di natura generale, consistente nella frequente invocazione superficiale di nuove leggi per ogni cambiamento, senza considerarsi l'opportunità d'interpretazioni evolutive o *per principia* delle regole già esistenti; il secondo, di natura più specifica, consistente nell'interpretazione tassativa ed ultra-restrittiva delle eccezioni e delle limitazioni al diritto d'autore — sulla base di un aprioristico dogma di prevalenza assoluta del diritto in esame — anche in base all'altrettanto rigoristica introduzione ed applicazione del criterio di *three-steps-test*; in quest'ambito, tuttavia, soccorre innanzitutto — ancora una volta — la liceità d'interpretazione evolutiva che anche le eccezioni o limitazioni in senso stretto possono presentare quando siano portatrici d'interessi generali o di *rationes* comunque più ampie; inoltre, occorre ribadire la fondamentale distinzione — acutamente elaborata proprio da Mario Fabiani² — tra i limiti esterni ed interni al diritto d'autore, valendo solo per i primi lo *status* di norme eccezionali o limitazioni speciali, oggi assoggettabili al *three-steps-test*, mentre, per i secondi, può legittimamente considerarsi l'ipotesi di limiti connaturati e coesenziali allo stesso diritto, la cui riaffermazione non può essere dunque subordinata unicamente ad

2. Su questa originaria elaborazione, v. FABIANI M., *La nozione di uso personale nel diritto d'autore nei confronti delle possibilità offerte dalla tecnica moderna di utilizzazione delle opere dell'ingegno*, in *Dir. autore*, 1955, p. 161 ss., a p. 174 ss.; ID., *Concorrenza e libere utilizzazioni nella disciplina del diritto d'autore*, ivi, 1961, p. 210 ss.

interpretazioni restrittive, né tanto meno alle « forche caudine »³ dell'art. 13 TRIPs.

2. La suscettibilità d'interpretazione estensiva o analogica delle regole e dei *principia iuris* anche in materia di diritto d'autore

Il più che possibile adattamento delle norme sui diritti d'autore alle progressive novità tecnologiche, sopra sostenuto, è dimostrabile tramite un'ampia quantità di precedenti: si consideri, infatti, per es., l'assimilazione dei programmi per l'elaboratore alle opere letterarie, non già in virtù di apprendisti stregoni o macchinazioni retrograde, bensì originata dalla soluzione — prevalsa universalmente dopo i tentativi di legislazioni autoriali *sui generis* o d'inclusioni nella disciplina brevettuale — consistente nel riconoscere oggettivamente al *software* la natura di "poema" di comandi e operazioni logiche, scritto in migliaia di "righi" mediante linguaggi di alta programmazione e di relative traduzioni in linguaggi-macchina.

Né la disciplina sulle banche-dati può reputarsi assai distante dall'applicazione di principi radicati dalla prima stesura della Convenzione di Berna (art. 2, § 5) e, successivamente, dalle giurisprudenze nazionali in materia di archetipo delle opere compilative. Anche sotto il profilo del contenuto del diritto, la dottrina tedesca ha nuovamente assimilato la comunicazione al pubblico — nascente dalle progressive evoluzioni tecnologiche dei mezzi di diffusione a distanza, che ancora oggi ben possono leggersi in progressione storica all'art. 16 l.d.a. (dal telegrafo al satellite) — a forme di « riproduzioni immateriali »: sotto questo profilo, del resto, l'art. 2, § 1, della Convenzione, offre un'opportunità adattativa pressoché illimitata, attraverso la riserva esclusiva di utilizzazione in ogni forma e in ogni modo dell'opera (v. art. 12 l.d.a.), così da consentire *inter alia* l'adattamento del diritto di trascrizione dall'originaria fissazione scritta su carta alla trascrizione sui moderni supporti fonografici, videografici ovvero più latamente informatici. Ma, allora, per un essenziale criterio di coerenza logico-giuridica,

3. Anche per ulteriori riferimenti a siffatto appellativo, v. SCHIUMA L., *Diritto d'autore e normativa europea*, all'url: [http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-d-autore-e-normativa-europea_\(XXI-Secolo\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-d-autore-e-normativa-europea_(XXI-Secolo)/).

anche il novero delle eccezioni e limitazioni non può restare al palo o perfino regredire, dovendo esse necessariamente e tendenzialmente venire interpretate, in parallelo, alla luce dell'evoluzione dei corrispettivi diritti che ne costituiscono la regola (v., per es., l'art. 68, co. 1, l.d.a.)⁴.

3. Regole ed eccezioni nel regime dell'editoria elettronica: il caso delle biblioteche e del prestito digitale (e-book)

L'ordinaria possibilità di adeguamento dei tradizionali diritti d'autore alle nuove realtà tecnologiche (tale da affermare il superamento di una sua « prova di resistenza », per quanto ne riguarda i principi fondamentali su oggetto e contenuto) trova, da ultimo, un'ulteriore conferma nella sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 10 novembre 2016, C174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken c. Stichting Leenrecht*⁵, la quale — nonostante le ampie discussioni giuridiche e metagiuridiche su natura e regole del libro elettronico⁶ e, in particolare, sulla sua suscettibilità alla facoltà di prestito, disciplinata dalle norme cogenti europee⁷ — ha confermato un'assimilazione dei due oggetti del diritto, rigettando, anche in questo caso, le istanze di

4. Cfr. GALLETTI D., *La copia privata* in AIDA, 2002, p. 146 ss., il quale correttamente propone — nonostante l'avversione restrittiva della più retriva dottrina — un'interpretazione evolutiva degli appunti a mano per gli studenti, i quali, oggi, sempre più normalmente trascrivono le lezioni su *notebook* o su altri analoghi mezzi « idonei allo spaccio » e perciò totalmente vietati da una storica lettura formalistica dell'art. 68, comma 1, l. aut.

5. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7dof130d675-810c3f580047e0bab6f49170598frc.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PahaOeo?text=&docid=185-250&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=751409>.

6. Anche in questo caso, anticipate in Italia da FABIANI M., *Contratto di edizione per le stampe ed e-book*, in *Dir. aut.*, 2010, p. 329 ss. (I parte) e 2011, p. 1 ss. (II parte). Più recentemente, in materia di equiparazione (o meno) tra libro ed e-book sul distinto piano della legislazione tributaria, v. le conclusioni dell'Avvocato Generale KOKOTT J., 8 settembre 2016, nel caso C390/15, *Rzecznik Praw Obywatelskich (RPO)*, reperibile all'url: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=183141&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=764506>; Corte Giust. UE, 5 marzo 2015, C479/13, *Comm. UE, c. Rep. francese*, all'url: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=162685&pageIndex=0&doclang=it&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=765130>.

7. Per più ampi riferimenti, v. SPEDICATO G., *Online exhaustion and the boundaries of interpretation*, in CASO R., GIOVANELLA F. (Eds.), *Balancing Copyright Law in the Digital Age: Comparative Perspectives*, Springer, Berlino 2015, p. 46 ss.; ID., *Digital Lending and Public*

bulimia normativa nei confronti di ulteriori leggi speciali (o specifiche) al riguardo: nella fattispecie, una proposta di legge olandese sulla disciplina *ad hoc* dei prestiti digitali, non considerando il Ministero della Cultura dei Paesi Bassi applicabile all'e-book né la nozione di prestito di cui all'art. 1 della direttiva n. 2006/115/CE, né la relativa eccezione di cui all'art. 6, § 1.

Sul punto, secondo quanto aveva già puntualmente affermato nel proprio parere l'Avvocato Generale — ribadendo invece come il sistema dei diritti d'autore possa ed anzi debba adeguarsi all'evoluzione giuridica, economica e tecnologica nel suo complesso inscindibile per la tutela degli autori e per lo sviluppo della cultura (comprese le eccezioni e limitazioni in favore delle biblioteche, già oggetto di controversia in relazione all'interpretazione dell'art. 5, § 3, lett. n, della direttiva n. 2001/29/CE)⁸ — la biblioteca è infatti

una creazione molto antica dell'umanità, che ha preceduto di vari secoli l'invenzione della carta e la comparsa del libro quale lo conosciamo oggi. Essa ha saputo adeguarsi all'invenzione, nel xv secolo, della stampa, da cui ha addirittura tratto vantaggio, ed è ad essa che il diritto d'autore, apparso intorno al xviii secolo, ha dovuto adattarsi. Siamo ora assistendo a una nuova rivoluzione: quella digitale. La biblioteca sopravvivrà a tale nuovo stravolgimento del suo ambiente? Senza esagerare l'importanza del presente procedimento, è innegabile che esso costituisca una vera e propria opportunità per aiutare le biblioteche non solo a sopravvivere, ma anche ad acquisire nuovo slancio.

Infatti, come è noto, la tecnologia digitale e l'avvento di internet hanno profondamente trasformato numerosi settori di attività, tra cui quello della creazione, in particolare letteraria. La comparsa dei libri digitali ha ampiamente modificato sia il settore dell'editoria che le abitudini dei lettori, e questo non è che l'inizio del processo. Infatti, sebbene il libro digitale non sia inteso a sostituire il libro cartaceo, ciò non toglie che, per alcune categorie di libri e su taluni mercati, il volume di vendite di libri digitali sia pari, o perfino superiore, a quello dei libri cartacei, e che alcuni libri siano pubblicati solo in formato digitale. Inoltre, alcuni lettori, e sono sempre più numerosi, tendono ad abbandonare la lettura su carta per il lettore di libri digitali, o addirittura, nel caso dei più giovani, (essi) non hanno mai acquisito l'abitudine del libro cartaceo.

Access to Knowledge, in LAI J.C., MAGET DOMINICÉ A. (Eds.), *Intellectual Property and Access to Im/material Goods*, Edward Elgar, Cheltenham 2016, p. 168 ss.

8. Corte Giust. UE, 11 settembre 2014, C117/13, *Technische Universität Darmstadt c. Eugen UlmerKG*, all'url:<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=157511&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=755656>.

Se le biblioteche non si adegueranno a tale evoluzione, rischiano di essere marginalizzate e di perdere la loro capacità di adempiere la funzione di diffusione della cultura che hanno svolto per millenni. L'istituzione di un quadro normativo favorevole alla modernizzazione del funzionamento delle biblioteche è oggetto da qualche tempo di un intenso dibattito, sia tra gli autori interessati, sia in dottrina. Tale dibattito ruota intorno alla questione se — e su quale base giuridica — le biblioteche abbiano il diritto di dare in prestito libri digitali.

Alla « prova di resistenza » del diritto di prestito di cui alla direttiva n. 2006/115/CE nei confronti dei libri in formato elettronico, dunque, si può e si deve fornire soluzione positiva, risultando « indispensabile interpretare gli atti giuridici tenendo conto dell'evoluzione della tecnologia, del mercato e dei comportamenti, e non cristallizzare tali atti nel passato con un'interpretazione troppo rigida ». Tale interpretazione, che per l'Avvocato Generale può definirsi come « dinamica » o « evolutiva », diviene allora

necessaria, in particolare nei settori fortemente influenzati dal progresso tecnologico, come quello del diritto d'autore. Infatti, questo progresso è oggi talmente rapido da anticipare facilmente il processo legislativo, rendendo spesso vani i tentativi di adeguare le norme giuridiche attraverso tale processo, cosicché gli atti divengono obsoleti al momento stesso della loro adozione o poco dopo. La stessa direttiva n. 2006/115 illustra perfettamente tale fenomeno. Le sue disposizioni relative al noleggio, che erano intese a regolamentare il mercato del noleggio di cassette, CD e DVD, sono ormai desuete, in quanto il noleggio di fonogrammi e videogrammi, in ogni caso sul mercato europeo, è praticamente scomparso a vantaggio della messa a disposizione online. Questo anacronismo delle norme giuridiche rispetto alla realtà è spesso fonte di problemi interpretativi, di incertezza o di lacune giuridiche. In tali casi, solo un'adeguata interpretazione giurisprudenziale può garantire l'efficacia della normativa in parola a fronte della rapidità dell'evoluzione tecnologica ed economica in questo settore.

Siffatto approccio — prosegue l'Avvocato Generale — appare inoltre

conforme agli intenti perseguiti dal legislatore con l'adozione degli atti giuridici dell'Unione nel settore del diritto d'autore. Infatti, il considerando n. 4 della direttiva 2006/115 enuncia che « [l]a protezione offerta dal diritto d'autore [...] deve adeguarsi ai nuovi sviluppi economici » e la medesima volontà di adeguamento ai nuovi sviluppi tecnologici ed economici risulta

dai considerando n. 2, 5 e 8 della direttiva n. 2001/29, che rimane il principale atto di diritto dell'Unione nel settore del diritto d'autore.

Orbene, come garantire tale adeguamento e tale « aggiornamento » delle disposizioni normative « se non interpretando le stesse in maniera adeguata »? In particolare, allora, si deve ritenere che il prestito di libri digitali sia « un equivalente moderno del prestito di libri cartacei », non potendosi condividere a questo scopo l'argomento dedotto in causa « secondo cui vi sarebbe una differenza fondamentale tra il libro digitale e il libro tradizionale, o tra il prestito di un libro digitale e quello di un libro cartaceo. È chiaro che il libro digitale si presenta sotto un aspetto diverso, può essere più pratico in alcune situazioni (ma meno in altre) e permette talune funzionalità, quali la ricerca di parole e di traduzioni, che un libro cartaceo non ha; tuttavia, tali caratteristiche sono secondarie e la loro importanza dipende dalle preferenze soggettive dell'utente. Lo stesso vale per l'argomento secondo cui il vantaggio fondamentale risiederebbe nel fatto che il prestito digitale non richiede uno spostamento dell'utente alla biblioteca, in quanto opera a distanza », ma si potrebbe replicare che anche varie persone « preferiscono recarsi presso la biblioteca per fruire di un rapporto umano ». Pure su di un piano più strettamente oggettivo, infine, l'Avvocato conclude che « quando prende in prestito un libro, tradizionale o digitale, l'utente intende prendere conoscenza del suo contenuto, senza conservarne una copia per sé. Orbene, da questo punto di vista, il libro cartaceo e il libro digitale non presentano differenze sostanziali, al pari delle modalità del loro prestito. L'interpretazione della direttiva n. 2006/115/CE deve quindi tenere conto di tale realtà, allineando l'inquadramento giuridico del prestito dei libri digitali a quello del prestito dei libri tradizionali ». Ed anche dal lato funzionale alla preservazione e diffusione della cultura, l'Avvocato rimarca come « da sempre, le biblioteche prestano libri senza dover chiedere un'autorizzazione a tal fine ». Alcune di esse non avevano neppure bisogno di acquistare la loro copia, in quanto beneficiavano del deposito legale. Ciò si spiega con il fatto che il libro non è considerato una merce comune e che la creazione letteraria non è una semplice attività economica.

L'importanza dei libri per la conservazione e l'accesso alla cultura e al sapere scientifico ha sempre prevalso sulle mere considerazioni di

ordine economico. Attualmente, nell'epoca della digitalizzazione, le biblioteche devono poter continuare a svolgere la medesima funzione di conservazione e diffusione della cultura che esercitavano quando il libro esisteva solo in forma cartacea. Orbene, ciò non accade necessariamente in un ambiente governato dalle sole leggi di mercato. Da un lato, le biblioteche, in special modo le biblioteche pubbliche, non sempre dispongono dei mezzi economici necessari per procurarsi, ai prezzi elevati chiesti dagli editori, i libri digitali con il diritto di darli in prestito. Ciò vale in particolare per le biblioteche che operano nelle aree più svantaggiate, vale a dire laddove il loro ruolo è più importante.

Dall'altro, gli editori e gli intermediari nel commercio di libri digitali sono spesso riluttanti a concludere con le biblioteche contratti che le autorizzino al prestito digitale: essi temono infatti che tale prestito possa ledere i loro interessi determinando cali delle vendite o impedendo loro di sviluppare i propri modelli commerciali di messa a disposizione per un periodo limitato. Di conseguenza, essi limitano contrattualmente le possibilità di prestito di libri digitali da parte delle biblioteche, ad esempio indicando un numero massimo di prestiti o un periodo successivo alla pubblicazione di un libro in cui il prestito è precluso, oppure rifiutano siffatti vincoli contrattuali con le biblioteche. Senza il beneficio dei privilegi derivanti da una deroga al diritto esclusivo di prestito, le biblioteche rischiano quindi di non essere più in grado di continuare a svolgere, nell'ambiente digitale, il ruolo che hanno sempre avuto nella realtà del libro cartaceo ».

Ecco perché — nell'interpretazione della nozione di « prestito » ai sensi della direttiva n. 2006/115/CE — diviene « necessario non limitarsi a ciò di cui può avere tenuto conto il legislatore dell'Unione al momento della prima adozione di tale direttiva (vale a dire la direttiva n. 92/100), bensì darne una definizione in linea con l'evoluzione delle tecnologie e del mercato sopravvenuta successivamente »⁹.

9. Citazioni tratte dalle conclusioni dell'Avvocato Generale SZPUNAR M., 16 giugno 2016, nel caso C174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken c. Stichting Leenrecht*, reperibili all'url: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=180332&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=756981>.

4. L'artificiosa esclusione di un rapporto di compravendita (e di relativo esaurimento) nel caso di *download* di e-books: un anacronismo da correggere

Le suddette conclusioni dell'Avvocato Generale hanno trovato sostanziale conferma pure da parte della Corte¹⁰: sebbene abbia infatti ribadito il (criticabile) dogma d'interpretazione delle eccezioni al diritto d'autore in senso unicamente restrittivo, essa ha dovuto ammettere che l'interpretazione « deve anche consentire di salvaguardare l'effetto utile dell'eccezione così istituita e di rispettarne la finalità ». Pertanto, stante l'importanza dei prestiti pubblici di libri digitali e al fine di salvaguardare sia l'effetto utile della deroga per il prestito da parte di istituzioni pubbliche di cui all'art. 6, § 1, della direttiva n. 2006/115/CE, sia il contributo di tale eccezione alla promozione culturale, « non si può escludere l'applicabilità della norma nel caso in cui l'operazione effettuata da una biblioteca accessibile al pubblico presenti — in relazione segnatamente alle condizioni indicate all'art. 2, § 1, lett. b), della direttiva stessa — caratteristiche sostanzialmente analoghe a quelle dei prestiti di opere su carta stampata.

Nel caso di specie, come emerge dalla formulazione stessa della questione posta, la controversia principale riguarda il prestito di una copia di un libro in formato digitale realizzato mediante caricamento sul server di una biblioteca pubblica, consentendo all'utente di riprodurre tale copia tramite *download* sul proprio *computer* e fermo restando che durante il periodo di prestito può essere scaricata una sola copia e che, alla scadenza di tale periodo, la copia scaricata dall'utente non può più essere da questi utilizzata: anche secondo la Corte si deve perciò ritenere che un'operazione di tale genere presenti caratteristiche sostanzialmente analoghe a quelle dei prestiti di opere su carta stampata, in quanto, da un lato, la limitazione degli elementi scaricabili, contemporaneamente ad una sola copia, implica che la capacità del prestito della biblioteca non supera quella che le sarebbe propria in caso di opere su carta stampata e, dall'altro, il prestito si effettua per un periodo limitato ».

10. Corte Giust. UE, 10 novembre 2016, C174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken c. Stichting Leenrecht*, all'url: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=185250&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=756981>.

Più enigmatica ai fini dell'assimilazione della fattispecie di *digital lending* al prestito tradizionale, invece, risulta l'ulteriore affermazione della Corte, per cui l'art. 6, § 1, della direttiva n. 2006/115/CE, debba essere interpretato nel senso di potere anche consentire ad uno Stato membro di subordinarne l'applicazione alla condizione che la copia del libro in formato digitale — messa a disposizione dalla biblioteca pubblica — sia già stata diffusa con una prima vendita o altro trasferimento di proprietà di tale copia, da parte del titolare del diritto di distribuzione al pubblico o con il suo consenso, ai sensi dell'art. 4, § 2, della direttiva n. 2001/29, fermo restando il consolidato divieto di esaurimento e di legittimità del prestito per copie ottenute *ab ovo* illegalmente.

Questa condizione, infatti, è idonea a depotenziare pressoché totalmente la fattispecie, negando la legittimità del prestito digitale in tutte le ipotesi — che sono ormai le più frequenti — nelle quali i libri elettronici non siano trasferiti tramite dvd o altro supporto fisico, ma scaricati o resi accessibili direttamente online, stante la previsione del considerando n. 29 della direttiva n. 2001/29/CE e del corrispondente art. 17, co. 3, l.d.a.¹¹; a meno di considerare che la Corte abbia implicitamente esteso il corretto *decisum* della sentenza *UbiSoft*¹², reputandolo non più quale *lex specialis*, valevole unicamente per i programmi per elaboratore, bensì quale *ratio* interpretativa più generale, ossia ammettendo che anche nel caso di *download* a titolo definitivo alla biblioteca — il quale implichi una *causa vendendi*, con pagamento unitario e « diritti di archivio » in favore dell'acquirente a prescindere dalla durata del rapporto — avvenga il trasferimento di proprietà del « contenuto digitale », e lasciando invece la prevalenza del contratto di servizio alle sole ipotesi di *download* dove sia effettivamente la prestazione di *facere* a prevalere sul *dare*¹³, in quanto la rilevanza delle modalità

11. Su questa norma — la quale presuppone la prestazione di un servizio in luogo di un ordinario contratto di vendita, in base al considerando n. 29 della direttiva medesima — v. più dettagliatamente S. ERCOLANI, *Il diritto d'autore e i diritti connessi*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 181 ss.

12. Corte Giust. UE, 3 luglio 2012, C-128/11, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*, all'url: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=124564&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=757726>.

13. Per un più corretto e generale rapporto di « fornitura » tipologicamente affine alla somministrazione-vendita, piuttosto che alla somministrazione-appalto nel trasferimento di beni informatici a titolo definitivo, v. la proposta di direttiva del

o delle condizioni limitate di accesso prevalga a propria volta sulla traslazione del bene nella funzione economico–sociale del concreto rapporto posto in essere.

Parlamento e del Consiglio UE relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale, 9 dicembre 2015, COM(2015) 634 *final*, reperibile all'url: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/IT/1-2015-634-IT-F1-1.PDF>. In questo senso, Musso A., *Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, in *Comm. cod. civ. Scialoja–Branca*, diretto da F. GALGANO, Zanichelli–Il Foro Italiano, Bologna–Roma 2008, p. 369 ss.

Distribuzione digitale di singole testate ed edicole virtuali

Il caso *google news*, forme di remunerazione e diritti

DAVIDE MULA*

SOMMARIO: 1. La distribuzione delle testate giornalistiche in rete e il servizio di aggregazione notizie, 49 – 2. Il ruolo degli aggregatori tra diritto d'autore e concorrenza, 56 – 3. *L'ancillary copyright* alla luce del caso *Google News*, 61.

1. La distribuzione delle testate giornalistiche in rete e il servizio di aggregazione notizie

Negli ultimi anni lo sviluppo costante delle tecnologie informatiche e telematiche ha trasformato, innovando e semplificando al tempo stesso, le modalità di reperimento e scambio delle informazioni. Non è, infatti, un caso che il termine « informatica » sia esso stesso una crasi dei termini « informazione automatica » circostanza di per sé idonea a rilevare l'impatto diretto che le nuove tecnologie hanno avuto sulle modalità di diffusione, scambio e ricerca delle informazioni.

Nel passaggio dalle comunicazioni tradizionali al nuovo insieme di tecniche comunicative che sfruttano la telematica, hanno trovato definizione i caratteri della cosiddetta « società dell'informazione »¹, che

* Università Europea di Roma.

1. La prima definizione di « servizi della società dell'informazione » è stata introdotta nel diritto comunitario con la direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche, successivamente integrata dalla direttiva 98/84/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 novembre 1998, sulla tutela dei servizi ad accesso condizionato e dei servizi di accesso condizionato. Per « servizi della società dell'informazione » si intende qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica, mediante apparecchiature elettroniche di elaborazione

deve la propria denominazione al ruolo che in essa hanno le *Information and Communication Technologies* rappresentando queste una svolta determinante per l'inizio del processo della cosiddetta « convergenza tecnologica »².

La convergenza tecnologica ha determinato uno spostamento del baricentro economico dai beni fisici a quelli intangibili³ e ciò ha condotto alla informatizzazione del processo creativo tanto di opere dell'ingegno, quanto di servizi o prodotti. Ai fini del successo di un prodotto o della realizzazione di un'opera dell'ingegno non rileva, infatti, la struttura dello stesso, ma piuttosto la sua capacità di essere fruito per il tramite delle tecnologie informatiche e, oggi, attraverso molteplici terminali⁴.

Questo processo ha coinvolto, ovviamente anche gli organi di informazione e, in particolare e per quanto qui di specifico interesse, quelli della c.d. carta stampata, incidendo profondamente sui relativi modelli organizzativi ed economici. La legge n. 62/2001, recante « Nuove

(compresa la compressione digitale) e di memorizzazione di dati, e a richiesta individuale di un destinatario di servizi. Tali servizi della società dell'informazione abbracciano una vasta gamma di attività economiche svolte in linea, come la vendita per via telematica di merci. Non sono contemplate attività come la consegna delle merci in quanto tale o la prestazione di servizi non in linea. Non sempre si tratta di servizi che portano a stipulare contratti in linea ma anche di servizi non remunerati dal loro destinatario, nella misura in cui costituiscono un'attività economica, come l'offerta di informazioni o comunicazioni commerciali in linea o la fornitura di strumenti per la ricerca, l'accesso e il reperimento di dati (sulla non necessità della prestazione a titolo oneroso dei servizi si veda Cgue, C-484/14, McFadden).

2. In argomento si rinvia, in particolare, a: Commissione Europea, Libro Verde sulla convergenza tra i settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e delle tecnologie dell'informazione e sulle sue implicazioni normative. Verso un approccio alla società dell'informazione, COM(97) 623, 3 dicembre 1997. Si vedano inoltre, *ex multis*: NUCHESTERLEIN J.E., WEISER P.J., *Digital crossroads: American Telecommunications Policy in the Internet Age*, MIT Press, Cambridge (Mass., U.S.A.) 2005, p. 23; PERRUCCI A., *La convergenza economica e di mercato*, in MORBIDELLI G., DONATI F. (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Giappichelli, Torino 2003, p. 11; MEO A.R., BERRA M., *Informatica solidale*, Bollati Boringhieri, Torino 2001, p. 39.

3. Cfr. MEO A.R., BERRA M., *op. cit.*, p. 19.

4. È stato osservato, nella medesima prospettiva, come con lo sviluppo dei media digitali, la catena di prodotto e servizi si sia evoluta verso forme di articolazione (fornitura di contenuti, di programmi, trasmissione e diffusione ecc.) più complesse di quelle che caratterizzavano i contenuti analogici, tutte prevalentemente incentrate sull'utilizzo di programmi per elaboratore, cfr. GRAZIADEI F., RIZZO G., STAZI A., *Reti e contenuti nella prospettiva della convergenza: scenari ed opzioni aperte dallo sviluppo del digitale*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2005, p. 540.

norme sull'editoria e sui prodotti editoriali », definisce, all'art. 1, il prodotto editoriale come il « prodotto realizzato su supporto cartaceo, ivi compreso il libro, o su supporto informatico, destinato alla pubblicazione o, comunque, alla diffusione di informazioni presso il pubblico con ogni mezzo, anche elettronico » ricomprendendo, dunque, nella nozione di stampa anche le testate giornalistiche telematiche⁵.

Sul piano normativo la nuova, o, in alcuni casi, aggiunta, veste digitale di riviste e testate giornalistiche ha assunto rilievo in relazione ai profili legati, prevalentemente, alla responsabilità, editoriale o meno, dei titolari dei relativi spazi telematici⁶ e, in misura significativamente minore, in relazione alla tutela giuridica delle stesse pacificamente qualificate, almeno nella realtà analogica⁷, come opere collettive disciplinate dall'art. 38 della legge n. 633 del 1941 in materia di tutela del diritto d'autore (di seguito anche l.d.a.).

Al mutato contesto del mercato gli editori hanno risposto, da un lato, creando siti *web* o servizi telematici ad accesso gratuito corri-

5. Ai fini dell'applicazione della disciplina sulla stampa i siti *web* devono tuttavia rispettare i requisiti prescritti per i giornali cartacei ovvero, ai sensi dell'art. 2, l. n. 47/1948, recante « Disposizioni sulla stampa » l'indicazione del luogo e dell'anno della pubblicazione, nonché il nome e il domicilio dello stampatore e, se esiste, dell'editore, cui si aggiunge, ai sensi dell'art. 5, l'obbligo di registrazione presso la cancelleria del tribunale, nella cui circoscrizione la pubblicazione deve effettuarsi.

6. Sulla responsabilità degli *Internet provider* e dei gestori delle testate giornalistiche si veda GAMBINO A.M., STAZI A., con la collaborazione di MULA D., *Manuale di Diritto dell'Informatica e della Comunicazione*, Giappichelli, Torino 2012 p. 173 ss., e, più di recente, MULA D., *La responsabilità del portale*, in *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali. Profili applicativi nei social networks*, BIANCA M., GAMBINO A.M., MESSINETTI R. (a cura di), Giuffrè, Milano 2016, p. 73.

7. Sul punto si registra come, ancorché sia pacifica la tutelabilità dei giornali telematici ai sensi della L. n. 633/1941, parte della dottrina ha ritenuto che solo ove il giornale telematico presenti le medesime peculiarità che lo caratterizzano nella realtà fisica della carta stampata, ovvero una fruibilità indotta dall'autore dell'opera collettiva, minimamente modificata dalla presenza di motori di ricerca che ne consentono una più agevole e celere consultazione, l'opera potrà ancora essere qualificata ai sensi dell'articolo 3 della citata legge come « opera collettiva ». Viceversa, ove il giornale telematico offra all'utente la possibilità di consultare l'opera utilizzando svariati percorsi di fruizione a seconda delle proprie preferenze, secondo il principio della fruibilità reticolare che ha sostituito la c.d. fruibilità lineare, il giornale assumerebbe la connotazione prevalente di opera multimediale. Sul punto, in particolare, DI COCCO C., *L'opera multimediale*, Giappichelli, Torino 2005, p. 46. In questo senso anche DI FABIO P., *Il giornalismo telematico: profili giuridici, diritti degli autori e problemi aperti*, in *Il Diritto d'autore*, 2006, 1, pp. 68–91; ID., *La comunicazione d'impresa e la pubblicità nell'era di Internet*, "Il Sole 24 Ore", Milano 2003, p. 29 ss. In materia si veda altresì CLARIZIA R., *I giornali telematici*, in AIDA, 1998, pp. 149–159.

spondenti alle testate e, dall'altro, digitalizzando il prodotto editoriale cartaceo offerto a pagamento.

I contenuti che prima venivano veicolati su un solo canale, il giornale stampato, vengono, dunque, sfruttati attraverso molteplici soluzioni che garantiscono comunque un ritorno economico all'editore.

L'analisi della prassi contrattuale mostra, invece, come sia sostanzialmente rimasto inalterato il rapporto contrattuale tra editori e autori⁸, essendo rinvenibile negli accordi tra i medesimi prevalentemente un maggior dettaglio circa i possibili usi dell'opera che l'autore attribuisce all'editore⁹. In relazione alla diffusione dei contenuti creativi legati all'informazione si è, dunque, affermato, stante la diffusione di modalità di fruizione telematica dei contenuti informativi, uno scenario più articolato rispetto al passato¹⁰.

8. Sul contratto dei giornalisti ante convergenza tecnologica si veda D'AMATI D., *Il lavoro del giornalista: legge, contratto collettivo, giurisprudenza*, Cedam, Padova 1989. Per le specificità del contratto per le edizioni a stampa in formato digitale si veda FABIANI M., *Contratto di edizione per le stampe E-book*, in *Il Diritto d'autore*, prima parte 2010, 4, pp. 329–341 e seconda parte 2011, fasc. I, pp. 1–17. Sul punto si veda altresì FLORIO R., *Gli obblighi dell'editore: il rispetto delle buone norme della tecnica editoriale e la diffusione dell'opera*, in *Il Diritto industriale*, 2014, 4, pp. 333–336; IASELLI M., *La tutela di un giornale « on line » fra diritto d'autore e proprietà industriale: il primo « caso » in tema di Internet alla Suprema Corte*, in *Diritto dell'Internet*, 2005, 2, pp. 129–133.

9. Sul punto deve osservarsi come la giurisprudenza — *ex multis* C. civ., Sez. Lav., 1.7.2004, n. 12089 — abbia evidenziato che se l'articolo è stato scritto nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato debba presumersi la totale attribuzione dei diritti patrimoniali sull'opera all'editore; da tale assetto deriva che, salvo patto contrario, non sarà l'editore a dover provare quali diritti sono trasferiti, bensì l'autore dell'opera collettiva a dover dimostrare che le parti, secondo quanto risulta dall'accordo, dal comportamento delle stesse, o da un eventuale patto contrario, hanno inteso limitare l'attribuzione solo di taluni diritti patrimoniali. In questa prospettiva la giurisprudenza è solita distinguere due ipotesi: una prima in cui lo sforzo creativo sia avvenuto al di fuori del rapporto di lavoro, sia da un punto di vista temporale che relativamente al luogo di svolgimento del rapporto stesso, anche con riferimento all'uso di strumenti o documentazione appartenenti al datore di lavoro, che ove non riscontrata porta ad attribuire al lavoratore tutti i diritti di utilizzazione economica, atteso che competono al datore solo i risultati dell'attività dedotta nel contratto di lavoro e non anche i risultati di un'attività esterna ad esso. La seconda ipotesi, che si verifica ove l'invenzione sia maturata nel corso dello svolgimento del rapporto anche attraverso un ricorso ai mezzi del datore di lavoro, comporta, invece, l'attribuzione dei diritti patrimoniali al datore di lavoro e dei soli diritti morali al lavoratore (Cass. civ., 1 giugno 1998, n. 5370; Cass. civ., Sez. Lav., 21 febbraio 1992, n. 2166; Cass. civ., 12 dicembre 1981, n. 6574). In dottrina sia permesso rinviare a MULA D., *Commento sub art. 38 l.d.a.*, in *Codice commentato della Proprietà Industriale e Intellettuale*, a cura di GALLI C. e GAMBINO A. M., con la collaborazione di FALCE V., collana « I codici ipertestuali », diretta da BONILINI G. e CONFORTINI M., 2011.

10. Si veda in materia GAMBINO A.M., *Diritto d'autore e nuovi processi di patrimonializzazione*, in *Il Diritto Industriale*, 2011, p. 114. In relazione al mondo editoriale librario si veda

Con specifico riferimento alla distribuzione dei giornali si osserva che come nella realtà analogica, infatti, giornali e riviste vengono distribuiti al pubblico in punti vendita — che possono essere esclusivi, le c.d. edicole, o non esclusivi, ad esempio all'interno di centri commerciali o di autogrill¹¹ — nella realtà digitale tale ruolo viene svolto da una molteplicità di soggetti.

Sui terminali mobili rilevano, principalmente, le piattaforme distributive di applicazioni, quali *iTunes*, *Google Play* e *Microsoft Store*. Attraverso tali piattaforme gli editori mettono a disposizione degli utenti applicazioni che danno, generalmente, accesso¹² a contenuti editoriali gratuiti ed a contenuti *premium* per la fruizione dei quali viene chiesta la sottoscrizione di un abbonamento (questo può essere a tempo o legato allo specifico contenuto).

CAROTTI B., *Google Books, o di Alessandria d'Egitto ai tempi della globalizzazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, pp. 1236–1243.

11. In materia si veda CARDOSI G., *Necessità di una rilettura della normativa che disciplina la vendita di quotidiani e periodici di cui al d.lgs. 170/2001*, in *Disciplina del commercio e dei servizi*, 2005, I, p. 21 ss.; MALAVASI C., *Rivendita stampa quotidiana e periodici. Il regime autorizzatorio semplificato dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 147/2012 e l'ampliamento dell'offerta di servizi e prodotti in vendita diretta e per conto terzi introdotta dall'art. 39 del d.l. n. 1/2012 convertito in L. n. 27/2012 e dall'art. 4 del d.l. n. 63/2012 convertito L. n. 103/2012*, in *Disciplina del commercio e dei servizi*, 2012, 4, p. 165 ss.

12. Le app, dunque, non sono il prodotto editoriale creato, ma piuttosto lo strumento tecnico per accedervi. Si veda RIFKIN J., *The Age of Access: The New Culture of Hypercapitalism, Where All of Life Is a Paid-For Experience*, Putnam Publishing, New York 2000 (edizione originale) — *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Mondadori, Milano 2000 (edizione italiana). Rifkin è stato tra i primi ad osservare come le nuove tecnologie abbiano modificato fortemente il sistema economico inaugurando la c.d. «era dell'accesso», inteso non solo come accesso alla rete di relazioni del cyberspazio, ma anche come un sistema di mercato, dove relazioni e scambi si fondono e la vita commerciale è organizzata in modo completamente diverso poiché l'accesso al consumo di un bene, non coincide necessariamente con il suo possesso. In questo sistema, la proprietà dei mezzi di produzione perde di peso, perciò nella società cybernetica, lo spartiacque non è più il possesso ma l'accesso. Secondo questo nuovo approccio culturale il passaggio dal regime di proprietà — fondato sul concetto della cessione della titolarità dei beni — al regime di accesso — basato sulla garanzia della disponibilità temporanea di beni o servizi (controllati per lo più da reti di fornitori) — muta radicalmente la nozione stessa di potere economico. Sul mutamento dell'approccio giuridico derivante dalla cultura economica dell'accesso si veda STAZI A., «Marketplace of ideas» e «accesso pluralistico» tra petizioni di principio e *ius positum*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2009, p. 635 ss.; MULA D., *Il contratto di fornitura di servizi cloud*, in PERLINGIERI C., RUGGERI L. (a cura di), *Internet e Diritto Civile*, ESI, Napoli 2015, pp. 549–582; RAMPAZZO N., *Rifkin e Uber. Dall'età dell'accesso all'economia dell'eccesso*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 6, p. 960.

Sui terminali fissi un ruolo centrale viene, invece, svolto dai motori di ricerca e dai c.d. aggregatori di notizie. I primi non svolgono un vero e proprio ruolo di distribuzione, ma è indubbio che essi semplifichino il reperimento da parte degli utenti delle pagine web in rete e, dunque, anche il reperimento degli articoli¹³ di interesse.

Diversa l'attività svolta dai c.d. aggregatori di notizie¹⁴, i quali sfruttano la facilità di reperimento e catalogazione delle informazioni in modo da spaccettare e riaggregare contenuti informativi prodotti dagli editori, lasciando agli utenti la possibilità di personalizzare la propria esperienza informativa.

L'aggregazione di contenuti informativi prescinde, di norma, dalla produzione di informazione primaria aggiuntiva, essendo in genere volta a semplificare l'attività di ricerca delle informazioni da parte degli utenti e, dunque, realizzata al fine di agevolare la fruizione dell'informazione online da parte degli stessi.

Si potrebbe sostenere che gli aggregatori offrano un servizio tradizionale, quello di rassegna stampa¹⁵, attraverso tecniche nuove che ne permettono l'adattabilità sulla base delle preferenze, in alcuni casi dei soli parametri di ricerca, di ciascun singolo utente.

13. Sul funzionamento dei motori di ricerca e sull'impatto in termini concorrenziali si veda FALCE V., GRANIERI M., *La search neutrality tra regolazione e abuso di posizione dominante*, in *Mercato concorrenza regole*, 2016, pp. 289–312. Per un inquadramento dell'attività svolta dagli aggregatori di notizie si veda GINSBURG J.C., *News Aggregation: Discord among Common Law Jurisdictions*, in *Media Inst.*, 2011, disponibile all'url <http://www.mediainstitute.org/IPI/2011/011211.php>.

14. Sul punto si veda l'indagine conoscitiva dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito anche « Agcom »), *Indagine conoscitiva su informazione e internet in Italia. modelli di business, consumi, professioni*, di cui alla delibera n. 146/15/CONS. In materia anche ISBELL K., *The Rise of the News Aggregator: Legal Implications and Best Practices*, in *Berkman Center for Internet & Society at Harvard University Research Publication*, 2010, disponibile su: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1670339; CALIN M., DELLAROCAS C., PALME E., SUTANTO J., *Attention allocation in information-rich environments: the case of news aggregators*, in *Boston U School of Management Research Paper*, 2013, disponibile all'url http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=222535; CHIOU L., TUCKER C., *Content aggregation by platforms: the case of news media*, in "NBER Working Paper", 2015, disponibile all'url <http://www.nber.org/papers/w21404.pdf>.

15. Sul punto, *ex multis*, MARI G., *Rassegne stampa digitali e 11 parole d'autore*, in *Il Diritto d'autore*, 2009, 4, pp. 640–652; CUNEGATTI B., *Le rassegne stampa online tra esclusive d'autore e divieti di concorrenza sleale*, in *Diritto dell'Internet*, 2007, 3, pp. 251–256; FLORIDIA G., *E-law e comunicazione: l'applicazione della normativa sulla stampa alle attività informative e giornalistiche compiute sulla rete*, in *Il Diritto industriale*, 2003, 2, pp. 145–151; PENNISI R., *Le rassegne stampa telematiche*, in *AIDA*, 1998, pp. 160–177.

Tale assimilazione assume un connotato indubbiamente semplicistico nella misura in cui non tiene conto delle evidenti peculiarità che caratterizzano le varie tipologie di aggregatori. Tra questi si distinguono¹⁶, infatti, i portali, che raccolgono i contenuti elaborati da terzi attraverso un'attività editoriale e che offrono agli utenti uno spazio dedicato nel quale « fermarsi » a fruire di detti contenuti, e i diffusori, che ricercano in modo automatizzato i contenuti e permettono agli utenti di raggiungere le pagine *web* « fonte », ossia quelle pagine attraverso le quali gli autori comunicano al pubblico il contenuto creativo, e, infine i *social news*, ossia aggregatori che operano esclusivamente sui *social network* aggregando i post degli utenti, testate comprese, e ordinandoli in base alla popolarità. La differenza operativa evidenziata assume rilevanza nel mondo virtuale in ragione dei modelli economici di remunerazione che in esso operano, incentrati sull'*advertising revenue* generato dagli utenti mediante la navigazione sui siti¹⁷. In termini estremamente sintetici e semplicistici, i titolari di siti *web* vengono remunerati sulla base del numero di utenti che visualizzano i messaggi pubblicitari presenti su ciascuna pagina¹⁸.

Ciò detto, si comprende come i portali nell'offrire il contenuto informativo all'utente attraverso le proprie pagine¹⁹ pregiudichino

16. La classificazione e le relative denominazioni dei vari tipi di aggregatori è operata dall'Agcom, nell'indagine conoscitiva sopra citata, punto 373.

17. Si consideri come i ricavi da banner generati nel 2015 dagli utenti italiani ammonti a poco più di 10 milioni di euro e come per il 2016 siano previsti ricavi che superano i 40 milioni. Fonte Statista.com.

18. Sulle forme di pubblicità in rete si veda STAZI A., *La pubblicità commerciale online*, Giuffrè, Milano 2004; STABILE S., *Le nuove frontiere della pubblicità e del marketing su internet*, in *Il Diritto industriale*, 2009, 5, pp. 482-491; GAMBINO A.M., STAZI A., con la collaborazione di MULA D., *Manuale di Diritto dell'Informatica e della Comunicazione*, op. cit., pp. 70-81.

19. Vi sono diverse forme tecniche impiegabili per « incorporare » in un sito internet contenuti creativi, siano essi articoli, foto o immagini, presenti su altro sito. Si fa riferimento, ad esempio, al *framing*, all'*embedding*, al *deep-linking*. Pare opportuno precisare che ciò che differenzia la condotta di *linking* da quella di *framing*, attiene all'attività che l'utente della pagina web deve effettuare al fine di fruire del contenuto richiamato, in quanto nel primo caso l'utente deve cliccare sul link e fruisce dell'opera direttamente dal sito « fonte », mentre nel secondo caso l'utente fruisce direttamente dell'opera senza neanche visualizzare il sito « fonte ». Sul punto si veda RICCIO G.M., *Concorrenza sleale e tutela dei consumatori nelle reti telematiche*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2006, pp. 307-333; TOSI E., *Domain grabbing, linking, framing e utilizzo illecito di meta-tag nella giurisprudenza italiana: pratiche confusorie online vecchie e nuove tra contraffazione di marchio e concorrenza sleale*, in *Rivista di diritto industriale*, 2002, pp. 371-388; ROWLAND D., CAMPBELL A., *Content and*

la possibilità che gli utenti arrivino alla fonte del contenuto e, dunque, che l'editore possa ottenere quel ritorno economico attraverso il meccanismo pubblicitario descritto.

Viceversa, i diffusori, come *Google News*, riproponendo un modello analogo a quello tipico dei motori di ricerca si limitano a evidenziare la presenza di contenuti informativi sui siti delle testate mediante *snippets* (brevi estratti di articoli di giornale) e collegamenti ipertestuali (*link*) rinviando gli utenti alla fonte e, dunque, senza « distrarre » il traffico pubblicitario creato dalla notizia.

Certo, non di meno, deve osservarsi come anche tali aggregatori-diffusori beneficiano di detto rilancio poiché pur non trattenendo l'utente remunerano il servizio offerto gratuitamente mediante il traffico generato dal passaggio sulle proprie pagine²⁰.

2. Il ruolo degli aggregatori tra diritto d'autore e concorrenza

I benefici economici esclusivi conseguiti dagli aggregatori-portal e quelli condivisi realizzati dagli aggregatori-diffusori hanno nel tempo attirato l'attenzione dei soggetti che sostengono gli oneri economici per la creazione degli articoli e dei contenuti informativi aggregati, ovvero gli editori, titolari di tutti i diritti di sfruttamento economico dei prodotti editoriali.

Le tesi sostenute da questi ultimi sono state accolte dalle Autorità nazionali di regolazione della concorrenza che hanno osservato come i ricavi conseguiti dagli editori rappresentino la parte minore dei guadagni realizzati da vari operatori attraverso lo sfruttamento dei contenuti informativi, a dispetto dell'impegno esclusivo degli editori nella creazione dei contenuti stessi²¹.

Access Agreements: An Analysis of Some of the Legal Issues Arising from Linking and Framing, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2002, p. 172.

20. Sul punto si veda LUCCHETTA G., *Is the Google Platform a Two-Sided Market?*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2013, p. 185; MACCHIATI A., *I motori di ricerca su Internet e il mercato delle news. Profili antitrust e regolamentari*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010, p. 477. Diversa la lettura del quadro normativo offerta da VISCO COMANDINI V., *Google e i mercati dei servizi di ricerca su Internet*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2013, p. 547.

21. Si veda in tal senso il procedimento aperto dalla Bundeskartellamt nel 2014 su segnalazione dell'associazione degli editori tedesca VG Media per ipotizzato abuso di posizione dominante, poi chiuso al termine della fase istruttoria. Già nell'estate del 2009 la Fede-

Gli aggregatori tutti, infatti, secondo la ricostruzione prospettata, pregiudicherebbero il diritto degli editori di condividere il valore ulteriore generato su internet dalla propria attività di produzione di news, pur potendo percepire i ricavi della raccolta pubblicitaria realizzata attraverso le pagine dei propri siti web²².

Ai procedimenti aperti dalle Autorità di regolazione si sono affiancate negli anni diverse azioni legali²³ promosse dalle associazioni di categoria degli editori volte ad ottenere il riconoscimento di una quota parte dei ricavi maturati dagli aggregatori rivolte, nella maggior parte dei casi, avverso il solo servizio *Google News*²⁴.

Nel 2006 un'associazione di editori belgi, la *Copiepresse*, ha avviato un'azione legale volta ad impedire l'indicizzazione delle notizie

razione italiana editori giornali (Fieg) aveva denunciato *Google News* all'antitrust a causa della segretezza dell'algoritmo di indicizzazione di notizie che, secondo l'associazione, falsava il mercato della concorrenza in ambito di pubblicità online (procedimento AS787). Sul punto si veda DI TANO F., *Diritto d'autore e aggregatori di notizie on line: spunti dal caso Federazione italiana editori giornali vs. Google News Italia*, in *Cyberspazio e dir.*, 2011, p. 193. Per una lettura complessiva del fenomeno si veda PARDOLESI R., «*Gooolaw*». *Del ricorso alla disciplina antitrust per colpire il tiranno benevolente*, in *FORO It.*, 2013, c. 18 s.; RENDA A., *Google il conquistatore: Note sull'istruttoria della Commissione europea*, in *Mercato concorrenza regole*, 2012, pp. 273–295.

22. Nel procedimento AS787 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato citato, poi chiuso in seguito ad accettazione di impegni, veniva sottolineato come «La discrasia tra il sostenimento dei costi della produzione e lo sfruttamento commerciale dei contenuti editoriali online è ancora più significativa in un sistema nel quale, a fronte di una notevole frammentarietà dell'offerta di contenuti, si sono affermati nuovi soggetti nella filiera produttiva in grado di esercitare un notevole potere di mercato e di raccogliere gran parte degli investimenti pubblicitari diretti verso internet. Forme di riutilizzo ed elaborazione dei contenuti costituiscono un aspetto tipico di internet — sistema reticolare complesso caratterizzato dall'esistenza di una varietà di servizi e prodotti interconnessi da legami di complementarità — e sono funzionali all'offerta di servizi innovativi. Ciò, tuttavia, attualmente si realizza in un contesto di disequilibrio tra il valore che la produzione di contenuti editoriali genera per il sistema di internet nel suo complesso e i ricavi che gli editori online sono in grado di percepire dalla propria attività, con il rischio che risulti compromesso il funzionamento efficiente dello stesso sistema».

23. Dall'analisi del database Lumen (www.lumendatabase.org) nel quale sono catalogati i reclami e le richieste di rimozione di materiali protetti non autorizzati diffusi in rete, emerge come i principali destinatari di tali azioni siano gli aggregatori di contenuti, pur segnalandosi, per completezza, che la maggior parte delle violazioni contestate attendono ad opere quali film, musica e software, e non anche prodotti editoriali come articoli di giornale o semplici news.

24. Nello stesso periodo l'omologa francese, *Agence france-press*, ha denunciato il medesimo servizio per utilizzo di materiale (immagini e fonti giornalistiche) senza averne pagato i diritti.

provenienti da testate facenti parti dell'associazione. Il Tribunale di Bruxelles con sentenza del 13 febbraio 2007 ha accolto la domanda confermata dalla Corte di Appello il 5 maggio 2011. La pronuncia rileva in quanto in essa viene accolta l'idea che attraverso *Google News*, in assenza di espressa deroga da parte del titolare dei diritti di sfruttamento economico degli articoli, si realizzi una comunicazione al pubblico²⁵. Da qui anche la doglianza, sostenuta successivamente, circa l'assenza di una reale possibilità di scelta in ordine all'indicizzazione o meno dei contenuti agli specifici fini di *Google News*.

Se da un lato, dunque, risulta evidente come sussista in capo agli editori il diritto di sfruttare economicamente i prodotti realizzati, deve comprendersi, dall'altro, se, come sostenuto dalla Corte di Bruxelles, gli aggregatori violino il diritto di comunicazione al pubblico²⁶ di cui all'art. 3, paragrafo 1, direttiva 2001/29/CE oppure tale condotta costituisca semplicemente una « citazione » (e quindi una ipotesi di libera utilizzazione) ai sensi dell'art. 5, comma 3, *lett. d*), della medesima direttiva.

Per quanto qui di specifico interesse, può osservarsi come sulla nozione di « comunicazione al pubblico » di opere dell'ingegno nelle reti di comunicazione elettronica sono intervenute diverse pronunce della Corte di giustizia, che pare opportuno brevemente richiamare.

Nella sentenza del 13 febbraio 2014, resa nella controversia C-466/12, *Svensson*, la Corte di giustizia ha escluso che potesse configurare un atto di comunicazione al pubblico « la messa a disposizione su un sito Internet di collegamenti cliccabili verso opere liberamente disponibili su un altro sito Internet »²⁷. In tale ipotesi non opera,

25. Osserva in particolare la Corte di Appello di Bruxelles, nella citata sentenza del 5 maggio 2011, in relazione alle pagine *cache* di *Google News* che « *Without the requirement intervention by Google, cybernauts would not have access to this page because, since it is a copy of the page as it was displayed at the time the robots visited the page, it does temporally no longer exist when the cybernaut is performing his search; in certain cases, there would no longer be a phisycal copy even once the publisher has withdrawn it from the website* ».

26. Secondo autorevole dottrina la riproduzione di articoli di giornale in rassegne stampa violerebbe, piuttosto che il diritto di comunicazione al pubblico, il diritto esclusivo di riproduzione ex art. 13 l.d.a.. In tal senso si veda CLARIZIA R., *op. cit.*, p. 582 e PENNISI R., *op. cit.*, p. 170.

27. Per un commento alla pronuncia si veda COGO A., « *Linking* » e « *framing* » al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione Europea, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, pp. 2201–2208. Richiamano e considerano la sentenza anche GIANNONE CODIGLIONE G., *Il diritto d'autore nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, in *Cultura e diritti*, 2015, 2–4, pp. 109–123;

dunque, il diritto del titolare di limitare la comunicazione dell'opera a meno che questa non si rivolga ad un pubblico nuovo, rispetto al quale la comunicazione non è mai stata autorizzata.

La Corte di giustizia riconosce, infatti, ai titolari dei diritti d'autore e connessi la possibilità di autorizzare ogni ulteriore comunicazione ad un pubblico nuovo o, comunque, ad un pubblico diverso rispetto a quello individuato nella prima comunicazione dell'opera²⁸. Si pensi all'ipotesi in cui la prima comunicazione di un'opera sia rivolta al pubblico degli utenti abbonati, mentre una seconda comunicazione sia rivolta alla generalità degli utenti della rete.

La Corte di giustizia ha affermato una medesima lettura del fenomeno anche nella pronuncia del 21 ottobre 2014 (C-348/13, *Best Water*) riguardante la fattispecie di *framing* fattispecie più vicina agli *snippets* di testo usati dagli aggregatori²⁹.

La difficile qualificazione come comunicazione al pubblico dei link e degli *snippets* realizzati dagli aggregatori rileva anche con riferimento alla disciplina di cui all'art. 65 l.d.a. che prevede che « gli articoli di attualità di carattere economico, politico o religioso, pubblicati in riviste o giornali, possono essere liberamente riprodotti in altre riviste o giornali anche radiofonici, se la riproduzione non è stata espressamente riservata, purché si indichino la rivista o il giornale da cui sono tratti, la data e il numero di detta rivista o giornale e il nome dell'autore, se l'articolo è firmato ». Infatti, se, come sopra accennato, volessimo assimilare gli aggregatori alle rassegne stampa potrebbe ritenersi, da un lato, che gli editori possono vietare agli aggregatori-portalì la riproduzione degli articoli nelle rassegne stampa elettroniche³⁰, ma

GIACALONE M., *Hyperlinking non viola il copyright, ma i singoli stati possono predisporre ulteriori misure per tutelarsi*, in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, 2015, 1, p. 9.

28. Cfr. *ex multis* CGUE 7 marzo 2013, C-607/11, *ITV Broadcasting*; Id. 15 marzo 2012, C-162/10, *Phonographic Performance*. Per un commento alla giurisprudenza in materia si veda COLANGELO M., *Comunicazione al pubblico e diritto d'autore nel « live streaming »*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2013, 2, pp. 367-379.

29. In detta sentenza la Corte ha espressamente riconosciuto che il *framing* « non può essere qualificato come “comunicazione al pubblico”, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE, nella misura in cui l'opera di cui trattasi non è trasmessa a un pubblico nuovo né comunicata secondo modalità tecniche specifiche, diverse da quelle della comunicazione originaria ».

30. La giurisprudenza — in particolare Cass. civ. del 20 settembre 2006 n. 20410, che ha confermato App. Milano del 26 marzo 2002 n. 789 — ha escluso l'applicabilità dell'art. 65 l.d.a. alle rassegne stampa elettroniche in quanto la sostanziale coincidenza cronologica

dall'altro che gli aggregatori–diffusori — nella misura in cui si limitano a richiamare link e *snippets* — non sarebbero soggetti ad alcun limite e non sarebbero tenuti a remunerare in alcun modo gli editori.

Al medesimo esito si giungerebbe anche applicando in via analogica³¹ l'art. 10, comma 1, della Convenzione di Unione di Berna (di seguito anche Cub), secondo cui « sono lecite le citazioni tratte da un'opera già resa lecitamente accessibile al pubblico, nonché le citazioni di articoli e riviste periodiche nella forma di rassegne di stampa, a condizione che dette citazioni siano fatte conformemente ai buoni usi e nella misura giustificata dallo *scopo* ». L'espressione « buoni usi » viene, infatti, interpretata come un riferimento ai limiti stabiliti dall'art. 9, comma 2, Cub, in forza della quale una citazione, per dirsi lecita, non deve recare danno allo sfruttamento normale dell'opera e non dovrebbe causare un pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi del titolare dei diritti di sfruttamento economico³².

È proprio la sempre più critica distribuzione dei compensi³³ derivante dalla convergenza tecnologica ed il conseguente mutato assetto concorrenziale nel quale operano non più solo gli editori e i fruitori delle opere che ha suggerito la teorizzazione a livello europeo del c.d. *ancillary copyright*, già introdotto in alcuni stati membri. Si tratta della facoltà per gli editori di far pagare un compenso per la pubblicazione di link e *snippets* di propri articoli, consentendo loro di ottenerne un compenso³⁴.

della ripubblicazione e la vastità dell'*audience* che dette rassegne sono in grado di raggiungere minano la capacità dell'editore di remunerare la propria attività. In dottrina si veda VALENTI R., *Ancora in tema di sistematica riproduzione di articoli di giornale in rassegne stampa elettroniche*, in *Rivista di diritto industriale*, 1999, p. 98; LAVAGNINI S., *Rassegne stampa ed art. 65 l.d.a.*, in AIDA, 1997, p. 922.

31. In questo senso PENNISI R., *Le rassegne stampa telematiche*, in AIDA, 1998, p. 164; AUTERI P., *Commentario sub d.p.r. 8 gennaio 1979, n. 19*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1980, p. 148.

32. Per questa ragione, fra l'altro, non è consentita la citazione che determini come conseguenza l'illustrazione dell'intera opera, in questo modo supplendo all'acquisto dell'opera stessa. In tal senso BERTANI M., *sub art. 10 CUB*, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, MARCHETTI G., UBERTAZZI L.C. (a cura di), Cedam, Padova 1997, p. 1698; *ivi* ulteriori riferimenti.

33. A riprova della nota crisi del settore della stampa si osservi come la perdita complessiva del settore tra il 2010 e il 2014 sia stata stimata in 9,47 miliardi di euro (-13%) (cfr. *PwC Entertainment and Media Outlook 2015–2019*), mentre si è registrata la crescita in termini di pubblico di consumatori di giornali e riviste online, laddove il traffico web negli ultimi cinque anni risulta raddoppiato: dai 248,4 ai 503,4 milioni di utenti tra il 2011 e il 2015. Oggi, infatti, il 42% degli utenti nella UE per accedere a giornali e riviste si serve di siti web e applicazioni.

34. Così GAMBINO A.M., *Quel link che aiuta la conoscenza*, in *Formiche*, 2016, p. 66.

L'idea di fondo è quella di valorizzare il ruolo degli aggregatori nel mercato, un ruolo evidentemente sconosciuto ai tradizionali meccanismi di distribuzione analogica dei prodotti editoriali, affinché anche i beneficiari indiretti delle attività editoriali contribuiscano alla remunerazione degli investimenti sostenuti³⁵.

3. L'*ancillary copyright* alla luce del caso *Google News*

Nel 2013 la legge sul diritto d'autore tedesca è stata modificata al fine di introdurre l'articolo 87³⁶ che attribuisce agli editori il diritto, di durata annuale, di pubblicare in esclusiva i prodotti editoriali, o parti di essi, per finalità commerciali, ad eccezione delle pubblicazioni di piccole parti di testo, facendo, così, salvi gli aggregatori–diffusori e obbligando alla remunerazione i soli portali.

Previsione dal tenore analogo, ancorché più ampia nella sua portata, è stata introdotta nel 2014 all'articolo 32 della legge spagnola sul diritto d'autore³⁷ che prevede l'obbligo di corresponsione di un equo

35. La questione viene ampiamente affrontata da RICKETSON S., GINSBURG J.C., *Intellectual Property in News? Why Not?*, in *U of Melbourne Legal Studies Research Paper* e in *Columbia Public Law Research Paper* n. 14–511, 2016, disponibile su SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2773797>.

36. Urheberrechtsgesetz (Copyright Act) del 9 settembre 1965, art. 87f — Press publishers: «(1) The producer of a press product (press publisher) shall have the exclusive right to make the press product or parts thereof available to the public for commercial purposes, unless this pertains to individual words or the smallest of text excerpts. If the press product was produced within an enterprise, the owner of the enterprise shall be deemed to be the producer. (2) A press product shall be the editorial and technical fixation of journalistic contributions in the context of a collection published periodically on any media under a single title, which, following an assessment of the overall circumstances, can be regarded as predominantly typical for the publishing house and the overwhelming majority of which does not serve self-advertising purposes. Journalistic contributions shall include, in particular, articles and illustrations which serve to provide information, form opinions or entertain ».

37. Ley de Propiedad Intelectual, art. 32, c. 2: «La puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento, no requerirá autorización, sin perjuicio del derecho del editor o, en su caso, de otros titulares de derechos a percibir una compensación equitativa. Este derecho será irrenunciable y se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. En cualquier caso, la puesta a disposición del público por terceros de cualquier imagen, obra fotográfica o mera fotografía divulgada en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica estará sujeta a

compenso a favore degli editori per la pubblicazione, anche senza il loro consenso, di parti non significative di *news* e di una vera e propria remunerazione per la pubblicazione, previo consenso, di parti significative degli articoli³⁸.

Sulla base di tali esperienze la Commissione Europea ha avviato, nell'ambito della *Digital Single Market Strategy*, una consultazione pubblica relativa all'opportunità di introdurre analoghe previsioni anche nel diritto europeo con l'evidente intento di procedere ad una sostanziale unificazione³⁹ dei diritti autorali c.d. connessi⁴⁰ a livello europeo⁴¹.

All'introduzione di tale previsione conseguirebbe, evidentemente, la redistribuzione dei ricavi a favore degli editori che potrebbero, in

autorización. Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, la puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios que faciliten instrumentos de búsqueda de palabras aisladas incluidas en los contenidos referidos en el párrafo anterior no estará sujeta a autorización ni compensación equitativa siempre que tal puesta a disposición del público se produzca sin finalidad comercial propia y se realice estrictamente circunscrita a lo imprescindible para ofrecer resultados de búsqueda en respuesta a consultas previamente formuladas por un usuario al buscador y siempre que la puesta a disposición del público incluya un enlace a la página de origen de los contenidos ».

38. Per un'analisi delle disposizioni tedesca e spagnola si veda SCALZINI S., *Internet e la tutela dei contenuti editoriali: soluzioni a confronto*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2014, p. 23 s.

39. Se da un lato la proposta di modifica formulata dalla Commissione persegue il necessario obiettivo di superare le diversificazioni presenti nei vari Stati membri, uniformando le relative disposizioni, dall'altro, non può sfuggire come l'*ancillary copyright* cui allude la proposta di riforma sia estraneo alla geometria dei diritti connessi e comunque come non trovi nella proposta di riforma riconoscimento e giustificazione. In questo senso anche il Ceps sul tema (cfr. *Should we tax the Internet? — Comments on ancillary copyrights for press publishers*, disponibile al sito: <https://www.ceps.eu/sites/default/files/CEPS%20%20Should%20we%20tax%20the%20Internet,%20T.Kreutzer.pdf>) che evidenzia come con l'introduzione del nuovo diritto si vorrebbe chiarire che tanto i fenomeni di pirateria, quanto le più sfumate forme di lucro, anche indiretto, su contenuti protetti, sono tenute a remunerare l'attività editoriale sostenuta economicamente da terzi.

40. Il nuovo diritto dovrebbe farsi spazio nella rigorosa « Geometria dei diritti connessi », così definita da FALCE V., in *La modernizzazione del diritto d'autore*, Giappichelli, Torino 2012, p. 68. Per tutti AUTERI P., FLORIDIA G., MANGINI V.M., OLIVIERI G., RICOLFI M., SPADA P., *Diritto industriale — Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino 2000; SARTI D., *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Giuffrè, Milano 1996, cap. v; BERTANI M., *Impresa culturale e diritti esclusivi*, Giuffrè, Milano 2000; ERCOLANI S., *Il diritto d'autore e i diritti connessi*, *La legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE*, Giappichelli, Torino 2004.

41. Sul punto si veda il testo presentato dall'Accademia Italiana del Codice di Internet alla consultazione aperta dalla Commissione Europea in materia, disponibile all'url <http://www.dimt.it/2016/06/13/iaic-on-the-eu-consultation-on-ancillary-copyright/>.

tal guisa, contare su una ulteriore forma di remunerazione proveniente non dagli utenti, ma dai beneficiari « indiretti » della loro attività commerciale.

Il rischio è, tuttavia, quello di gravare la circolazione lecita⁴² delle informazioni di un vero e proprio « dazio » che scoraggi la fornitura di servizi specializzati di ricerca e reperimento delle *news* con conseguente rallentamento della circolazione delle informazioni presenti sul web. Ciò che potrebbe, in altri termini, realizzarsi è la chiusura dei servizi di aggregazione–diffusione delle informazioni, le quali risulterebbero comunque accessibili, senza balzelli di sorta⁴³, attraverso i tradizionali motori di ricerca che, tuttavia, attingono i loro risultati non da una platea selezionata di fonti, ma dall'intera rete. Ciò potrebbe rendere, indubbiamente, più complesso l'esercizio della libertà di informarsi che, paradossalmente, proprio dall'evoluzione delle tecnologie telematiche ha tratto la propria essenza⁴⁴.

Come anticipato, peraltro, il rischio concreto è che tale maggiore onere colpisca solo gli aggregatori « legali » non potendosi certo immaginare che dalla mera introduzione della previsione possa sorgere uno spontaneo assolvimento dell'obbligo di remunerazione. L'analisi della giurisprudenza in materia di diritto d'autore degli ultimi vent'anni mostra, infatti, come il problema in rete sia proprio l'individuazione dei soggetti responsabili delle condotte di *free-riding*. Proprio tale criticità ha messo in luce l'utilità dell'intervento tempestivo, prevalentemente amministrativo⁴⁵, volto

42. A sostenere maggiori oneri sarebbero, infatti, solo ed esclusivamente gli aggregatori « legali » di notizie, non potendosi immaginare che la mera previsione di tale diritto possa spaventare gli autori di condotte di *free-riding*.

43. Ciò ovviamente a meno di non ipotizzare l'introduzione di una « Google Tax » europea che miri a colpire tutte le attività di *linking* e di indicizzazione, prospettiva che appare quanto mai irrealizzabile. Sul punto si veda FALCE V., *Link e citazioni a rischio. Si va verso un ancillary copyright a favore degli editori? Speriamo di no*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 28 maggio 2016, disponibile all'url <http://www.dimt.it/2016/05/28/link-e-citazioni-a-rischio-si-va-verso-un-ancillary-copyright-a-favore-degli-editori-speriamo-di-no/>.

44. Sul punto si veda COSTANZO P., *Motori di ricerca: un altro campo di sfida tra logiche del mercato e tutela dei diritti*, in *Diritto dell'Internet*, 2006, pp. 545–549.

45. Si fa riferimento, evidentemente, al Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica adottato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con la delibera n. 680/13/CONS. Per un commento si veda STAZI A., *Il Regolamento di cui alla delibera n. 680/13/CONS dell'Agcom per la tutela del diritto d'autore in rete*, in *Rivista di diritto industriale*, 2014, 2, p. 13 ss; BASSINI M., *Enforcement del Diritto d'autore Online e tutela dei diritti « degli altri »*. *Profili costituzionali del regolamento Agcom*, in *Federalismi.it*, 2014.

all'oscuramento dei c.d. siti pirata, piuttosto che all'individuazione degli autori.

La valutazione dell'impatto della prospettata riforma del diritto d'autore in rete, è indubbiamente agevolata, almeno sul piano economico, dai dati relativi all'impatto della riforma spagnola poc'anzi richiamata in seguito all'entrata della quale è stato, come noto, chiuso il servizio di aggregazione Google News.

La chiusura di Google News in Spagna ha, infatti, portato ad una riduzione dell'11% del numero giornaliero delle visite ai siti delle agenzie di stampa, a scapito soprattutto dei piccoli editori che hanno registrato un calo degli accessi ai propri siti stimabile in circa il 14%. Al pari, la conseguente impossibilità di utilizzo degli *snippet* sulle opere dell'editore Springer ha portato ad un calo del 7% delle visite al sito dell'editore.

Il nuovo articolo 32 della legge spagnola, dunque, non ha portato un incremento dei guadagni degli editori, specie di quelli medio-piccoli, che, al contrario, hanno visto un calo delle visite ai propri siti che si è tradotto in un calo delle entrate da pubblicità.

Conclusioni

Alla luce di quanto esposto sembra che il nuovo diritto, che andrebbe a riconoscersi agli editori, non possa solidamente fondarsi sul quadro normativo vigente e come difficilmente questo possa ritenersi realmente foriero di benefici per gli autori e per gli stessi editori.

Nella misura in cui un sito rinvia a contenuti legittimamente distribuiti svolge, infatti, una funzione di propagatore del contenuto creativo apportando benefici tanto all'editore quanto all'autore del contenuto che vede incrementare i ricavi da inserzioni pubblicitarie. L'imposizione di un ulteriore compenso a favore degli stessi beneficiari dell'attività di diffusione non pare suffragata da alcun presupposto logico-giuridico.

Il rischio concreto che, dalla valutazione di impatto della regolazione spagnola, pare possa essere ricavato è che gli aggregatori-diffusori possano essere indotti a chiudere i loro servizi, senza offrire la necessaria soluzione al problema dell'illecito sfruttamento dei contenuti informativi e a detrimento dei diritti patrimoniali dei legittimi titola-

ri, trattenendo gli utenti su altre pagine al fine di ottenere maggiori guadagni dagli spazi pubblicitari.

Nel riconoscere a tutti gli editori il diritto al compenso da link e *snippets* il Legislatore europeo pare, infatti, considerare allo stesso modo situazioni profondamente differenti.

Se da un lato potrebbe finanche sostenersi che, nell'oggettiva difficoltà di controllare l'esercizio del diritto di comunicazione al pubblico, il Legislatore europeo abbia voluto provare ad individuare una soluzione normativa alternativa, della quale tuttavia sono state illustrate le possibili conseguenze negative, dall'altro potrebbe ritenersi permanga l'esigenza di meglio tutelare il diritto di comunicazione al pubblico delle opere in rete.

Sempre in una prospettiva di valutazione dell'impatto della regolamentazione potrebbe allora sostenersi la più impellente esigenza dell'analitica disciplina del ruolo delle Autorità nazionali di regolazione nella tutela del diritto d'autore in rete.

In questo senso si ritiene importante richiamare l'attività svolta dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nella tutela del diritto d'autore, registrandosi un'alta percentuale di segnalazioni riferite a siti che linkano opere illegalmente distribuite in rete e la cui chiusura ha ricondotto gli utenti alla fruizione « lecita » delle opere dell'ingegno.

Il problema della redistribuzione dei ricavi realizzati in rete non pare, infatti, trovare soluzione nel riconoscimento di un nuovo diritto, quanto piuttosto nella più efficace tutela dei diritti già previsti.

Ancillary copyright e aggregatori di notizie

ALBERTO MARIA GAMBINO*

Prima della mia breve riflessione sull'*ancillary copyright* e gli aggregatori di notizie, consentitemi un ricordo di Mario Fabiani.

Una decina di anni fa, appena nominato Presidente del Comitato Consultivo del Diritto d'Autore, mi si pose il tema della designazione dei tre esperti che abitualmente coadiuvano il Comitato. Mario Fabiani faceva già parte della terna uscente. Individuai due giovani, che già apprezzavo per le indubbie qualità scientifiche e la laboriosità: Valeria Falce, che non era ancora ricercatrice e, oggi da professore ordinario, siede a questo tavolo; Ferdinando Tozzi, mio allievo napoletano, che, ininterrottamente da allora, ricopre ancora adesso — meritatamente — quel ruolo di esperto. Chiamai, quindi, Mario Fabiani e con qualche imbarazzo attenuato da un'amicizia schietta e piena di stima, gli riferii che avevo scelto due giovani studiosi e che, tuttavia, quale terzo esperto avrei davvero sperato nella sua accettazione di una conferma. Mi levò la parola dalla bocca e mi disse: "Ma che scherzi? Sono lusingato ed entusiasta di collaborare con te accanto a due giovani; anzi per me è un privilegio confrontarmi con chi, fresco di studi, può offrire competenza e professionalità al nostro Comitato". Questa era l'umiltà di Mario Fabiani, che sapeva di sapere ma, senza ostentazione, si metteva al livello dei suoi interlocutori e con acume e dovizia instradava i loro spunti, le loro intuizioni nel solco della sua profonda e analitica conoscenza del sistema autoriale italiano. E in quegli anni mi è stato di assoluto conforto il suo consiglio quotidiano, assai fecondo anche in quel tentativo di riforma, incompiuto, che, tuttavia, ha consentito di raccogliere attorno a un tavolo più di un centinaio di studiosi, con i quali — Mario in prima fila — abbiamo poi redatto assieme a Cesare

* Professore ordinario e prorettore dell'Università Europea di Roma.

Galli, per la Utet, il Codice Commentato della Proprietà Industriale e Intellettuale.

Veniamo al nostro tema.

La proposta di riforma del diritto d'autore europeo, recentemente presentata dal Commissario al Digitale Günther Oettinger, ha, tra i punti più rilevanti, un cosiddetto "diritto ausiliario" (*ancillary copyright*). Si tratta della facoltà per gli editori di far pagare un compenso per la pubblicazione di collegamenti ipertestuali (*link*) e di snippets (brevi estratti) ad articoli di giornali online, che consenta loro di ottenere un compenso.

In effetti con la rapida e sostanziale modifica della modalità di fruizione dei contenuti culturali online, nonché con la relativa, sempre più critica, distribuzione dei compensi, si è assistito ad un considerevole incremento dell'offerta di contenuti, con la moltiplicazione delle relative modalità di fruizione e l'emersione di nuovi importanti operatori digitali nel mercato.

Tuttavia l'introduzione di un nuovo diritto connesso avrebbe presumibilmente un impatto negativo proprio sugli editori. La filiera editoriale, infatti, specie ove si tratti di editori di testate online, trae vantaggi economici dal traffico generato da servizi collaterali (cosiddetto traffico indiretto), ovvero da social network, aggregatori di notizie, messaggistica istantanea, e-mail. Inoltre, in termini strettamente giuridici, il quadro normativo risulta ampiamente soddisfacente a tutelare i diversi portatori di interessi. In forza del contratto di edizione, infatti, gli editori godono di un diritto esclusivo in relazione ai propri prodotti editoriali. Anche il titolo dell'opera, quando individui l'opera stessa non può essere riprodotto e apposto su altra opera senza il consenso dell'autore ed è altresì vietata la riproduzione delle rubriche che siano adoperate nella pubblicazione periodica in modo da individuare l'abituale e caratteristico contenuto della rubrica. Da quanto precede risulta che l'introduzione di un nuovo diritto connesso sarebbe ingiustificata, per la preesistenza di strumenti giuridici atti a tutelare i diritti di autori ed editori.

L'eventuale introduzione in capo all'editore di un diritto connesso, autonomo rispetto a quello dell'autore, si porrebbe contro il principio secondo cui il diritto connesso non può prescindere dal diritto d'autore cui esso è collegato; in altri termini a quale diritto è "connesso", un diritto come l'*ancillary copyright*, che è soltanto un duplicato di diritti primari già attribuiti dalla legge agli autori ed editori?

Nel settore della stampa online, l'introduzione del nuovo diritto comprometterebbe il ricorso a strumenti quali il cross linking degli articoli di cronaca e delle notizie.

Sul punto, occorre anche ricordare che è già intervenuta esaustivamente la Corte di Giustizia dell'Unione Europea che ha stabilito la liceità del linking a opere protette dal diritto d'autore (caso Svensson¹). La Corte ha chiarito che la messa a disposizione su un sito internet di collegamenti cliccabili verso opere liberamente disponibili su un altro sito Internet non costituisce atto di comunicazione al pubblico e, quindi, non è soggetto al consenso del titolare dell'opera. L'autorizzazione del titolare dei diritti diventa necessaria solo quando il pubblico fruitore dei link è "nuovo" e, per questo, diverso dai destinatari della « comunicazione iniziale » in internet. Ciò non si verifica quando il titolare dei diritti, al momento della comunicazione iniziale, abbia inteso mettere a disposizione di chiunque la propria opera non assoggettandola ad « alcuna misura restrittiva ».

Ma oltre agli *internet services provider*, andrebbero considerate tutte le altre categorie di fornitori di servizi online sui cui si ripercuoterebbe il diritto, quali ad esempio le piattaforme Kobo, Amazon, Apple, Google. La creazione di un nuovo diritto comporterebbe numerosi obblighi di licenza non solo dagli autori titolari ma anche dagli editori, con un aumento generale dei costi di transazione, disincentivando l'ampiezza e la diversificazione dell'offerta che verrebbe inevitabilmente frammentata.

Sotto il profilo antitrust, inoltre, i nuovi diritti costituiscono barriere all'ingresso e ostacolo alla concorrenza e all'innovazione, come del resto ha già fatto notare l'Autorità garante della concorrenza spagnola, Paese nel quale si era reso obbligatorio proprio il meccanismo dell'*ancillary copyright*.

Inevitabilmente l'introduzione di un nuovo diritto connesso in capo agli editori si ripercuoterebbe, infine, sui consumatori finali, i quali sconterebbero un aumento di prezzi per l'accesso ai servizi della società dell'informazione, e una maggiore difficoltà nel reperire contenuti. Diminuendo il pluralismo dei media i consumatori sarebbero gravati anche dai maggiori costi in termini di tempo per la ricerca. Ancora, in Spagna, si assiste a una perdita di 1,85 miliardi di euro l'anno per

1. Sentenza CGEU, causa C-466/12, Svensson *et al.*, Retriever del 13 febbraio 2014.

il cosiddetto “surplus del consumatore”, anche a tacere del rischio di un’estensione di responsabilità in capo agli utenti europei per la condivisione di collegamenti ipertestuali a contenuti illegali. L’introduzione del nuovo diritto connesso, potrebbe, in questa direzione, fortemente inficiare i servizi che usano contenuti con licenze *Creative Commons*, precludendo ai consumatori la possibilità di fruire di pubblicazioni proprio quando, per la volontà del proprio autore, sarebbero state diffuse liberamente e condivise in modalità prestabilite. Si pensi a tutte le pubblicazioni scientifiche che si basano sull’accesso aperto, quali, ad esempio, la Public Library of Science.

Sono fattori che invitano ad un ripensamento in relazione ad un proposta, quella sull’*ancillary copyright*, che, nello scenario di un’economia digitale globale, rischierebbe di ostacolare lo sviluppo e l’innovazione proprio là dove — e cioè in Europa — la condivisione della conoscenza è il motore della crescita anche sociale e culturale di oltre cinquecento milioni di cittadini.

Analisi e brevi riflessioni iniziali in merito alle recenti proposte della Commissione europea in tema di disciplina dei servizi media audiovisivi, portabilità dei contenuti on line, territorialità

FRANCESCO GRAZIADEI*

SOMMARIO: I. Premessa, 71 – 2. La disciplina dei Servizi Media Audiovisivi, 72 – 3. Portabilità dei contenuti e territorialità dei diritti, 88.

I. Premessa

I temi assegnatimi toccano alcuni aspetti del complesso processo di ridefinizione del quadro regolatorio europeo relativo alla disciplina delle reti servizi e contenuti digitali. Il complessivo ripensamento della disciplina in questione nasce, come noto, da una pietra miliare delle policy europee nel settore: la nota *Digital Single Market Strategy* della Commissione europea, messa a punto nel maggio del 2015. La DSM rappresenta il punto di emersione di una tendenza ormai chiara da anni. Il mondo delle comunicazioni digitali è trasversale e le problematiche affrontate dal regolatore europeo e dai legislatori e regolatori nazionali, sino a poco fa in maniera settorialmente segmentata (reti e servizi, contenuti, proprietà intellettuale, commercio elettronico, big data ecc.), vanno affrontate e disciplinate nel contesto di una visione unica e sistematica, in quanto tutti aspetti essenziali alla realizzazione di un mercato unico digitale europeo e determinanti, se correttamente guidati, per far sì che i Paesi membri dominino l'evoluzione tecnologica, sfruttandone, da protagonisti, tutte le opportunità.

Il mio compito è di analizzare solo una parte di questo complesso pacchetto di regole *in fieri* ed in particolare le recenti proposte in tema

* Università LUISS Guido Carli di Roma.

di disciplina dei Servizi Media Audiovisivi (SMAV), di portabilità dei contenuti online e di diritti connessi applicabili a talune trasmissioni online degli organismi di diffusione radiotelevisiva e ritrasmissioni di programmi televisivi, evidenziandone, ove possibile, i profili più strettamente legati alla disciplina e tutela della proprietà intellettuale.

2. La disciplina dei Servizi Media Audiovisivi

2.1. Premessa

Con riferimento alla regolazione dei servizi di media audiovisivi (SMAV) occorre innanzitutto ricordare, specie in questa sede, che la stessa non si occupa di diritto d'autore, pur influenzando ed intersecando tale disciplina, poiché attiene alla disciplina delle attività di comunicazione al pubblico di oggetti che spesso costituiscono opere dell'ingegno.

Questa esclusione è originaria. Dal testo della Direttiva Televisione senza frontiere del 1989, l'antenato della direttiva SMAV del 2010¹, ora in via di riforma, fu infatti espunta la parte relativa al diritto d'autore che invece era contenuta nella proposta della Commissione del 1986, parte che poi ha formato oggetto di Direttiva separata: la direttiva 83 del 1993 relativa alle trasmissioni via satellite e via cavo. Chiaramente, disciplinando le attività relative alla diffusione dei contenuti, molti o alcuni dei quali sono opere dell'ingegno, in un certo senso conforma l'esercizio dei diritti di proprietà intellettuale (principalmente il diritto di comunicazione al pubblico inclusa messa a disposizione e il diritto di riproduzione) relativi a quelle opere.

La disciplina dei servizi media audiovisivi si interseca altresì con quella sul commercio elettronico: sia perché i servizi media audiovisivi a richiesta sono stati sottratti alla direttiva e-commerce nel 2007, laddove, prima di tale intervento normativo, trattandosi di servizi a richiesta, a differenza del broadcasting, rientravano nei servizi della società dell'informazione (a distanza, a richiesta, su reti elettroniche

1. Direttiva 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 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 (direttiva « Servizi di media audiovisivi »).

e a pagamento); sia perché nella proposta di revisione della Direttiva SMAV di maggio del 2016 si dettano disposizioni (che vedremo meglio) sulle piattaforme di *video sharing*, le quali — è l'assunto della proposta — rientrano ancora fra i soggetti regolati (solo o principalmente) dalla direttiva e-commerce, per cui la proposta in esame deve toccarli diciamo in "punta di piedi", senza dettare norme che possano confliggere con il quadro sull'e-commerce.

Come accennato, l'attuale disciplina dei servizi media audiovisivi ha formato oggetto di un processo di valutazione (c.d. *Refit*), che ha spinto la Commissione europea alla formulazione di una proposta di revisione della Direttiva stessa, adottata nel mese di maggio del 2016. Prima di passare all'esame di alcuni aspetti specifici che ritengo più rilevanti in questa sede e sui quali pertanto mi concentrerò, fornisco qualche cenno generale sulla Proposta.

La Proposta sembra in generale avere un approccio pragmatico. Regolare di più dove ce n'è bisogno e deregolare dove, al contrario, è possibile e quando le regole non servono più. Il tutto, sul piano metodologico della regolazione, utilizzando strumenti normativi di piena armonizzazione, strumenti di armonizzazione più leggera, demandando la disciplina a sistemi alternativi di regolazione e Codici di condotta, prevedendo in molti casi un ruolo importante del regolatore attraverso la frequente previsione di un intervento dell'Erga (*European regulatory group audiovisual*), che è stato istituito con una decisione della Commissione del febbraio 2014 ed al quale la proposta in esame riconosce rilevanza e funzioni ai sensi della Direttiva SMAV (« re-established by virtue of this Directive », considerando 36).

La proposta alleggerisce dunque la regolazione per i servizi lineari su due aspetti: la disciplina delle sponsorizzazioni e quella del *product placement*. Rispetto alla prima, si ammette che gli annunci di sponsorizzazione possano fare riferimento alla promozione dei prodotti dello sponsor. Per il *product placement* si ribalta l'approccio attuale, dove la pratica sarebbe vietata salvo eccezioni. Si prevede, al contrario, una generale possibilità di adottare pratiche di *product placement*, salvo specifiche eccezioni (che principalmente riguardano i programmi che sono generalmente visti dai minori o i programmi informativi sui prodotti a tutela dei consumatori) e consente di dare « *due prominence* » nei programmi contenenti *product placement* al prodotto relativo. In entrambi i casi si pone l'accento sulla necessità di trasparenza e infor-

mazione dell'utente e di indipendenza editoriale del fornitore SMAV dall'impresa cui è riconducibile il prodotto o la sponsorizzazione. La motivazione di un approccio più liberale in materia consisterebbe nella constatazione che il mercato si è evoluto e sono sempre più i fornitori di contenuto non legati alle inserzioni pubblicitarie tradizionali poiché sono sempre di più le offerte non lineari.

Le sponsorizzazioni ed il *product placement* sono forme di finanziamento sempre più importanti per le nuove tipologie di contenuti. Viene anche liberalizzato il limite orario di affollamento pubblicitario per i servizi lineari, applicandosi solo un limite giornaliero del 20% (nella fascia tra le 7 e le 23).

Fra i contenuti tradizionali della disciplina delle attività di prestazione di servizi di media audiovisivi che meritano ancora un elevato livello di attenzione (e richiedono pertanto una regolazione più incisiva) la proposta annovera le norme a tutela dei minori e quelle volte alla promozione del prodotto audiovisivo europeo. Su questi temi c'è un livellamento verso l'alto della regolazione, che coinvolge anche le offerte *on demand*, oltre che — per quanto riguarda la tutela dei minori — le piattaforme di intermediazione (come vedremo più specificamente fra poco).

La tutela contro programmi nocivi ai minori è ora uniformata fra servizi a richiesta e servizi lineari. La disciplina che riguardava le offerte *on demand* viene riscritta e "spostata" nella parte generale relativa a tutti i fornitori di SMAV (mentre il Capo VIII relativo alla tutela dei minori per le trasmissioni televisive viene eliminato). Secondo alcuni l'effetto di tale modifica è in realtà un livellamento verso il basso per le emissioni lineari (consentire contenuti gravemente nocivi — violenza gratuita e pornografia — anche nei servizi lineari a patto che fasce orarie, sistemi di verifica dell'età o altri strumenti tecnici ne escludano la visione da parte dei minori). Secondo la Commissione invece si tratta di introdurre meccanismi più certi e più incisivi per entrambe le tipologie di servizi e per entrambe le categorie di contenuti, nocivi e gravemente nocivi (attraverso efficaci misure tecniche di restrizione dell'accesso estese anche ai servizi *on demand* per i contenuti che siano "semplicemente" nocivi e che prima potevano trasmettere senza restrizioni).

Quanto alla promozione delle opere europee, la proposta estende alcuni obblighi più specifici anche alle *library on demand*, laddove

l'attuale disciplina (preoccupata di non ingessare un mercato e degli operatori ancora "in fasce") prevede un regime molto flessibile e lascia liberi gli Stati membri di scegliere fra il criterio delle quote di trasmissione (come articolabile per le *library on demand*) e quello dell'introduzione di impegni di investimento nel prodotto europeo. La proposta, difatti, fa una precisa scelta di armonizzazione. I Servizi a richiesta devono avere nei cataloghi il 20% di prodotto europeo. Questa quota è però strumentale all'altro criterio introdotto rispetto a questi servizi, che è il criterio cardine al quale la proposta affida la promozione delle opere europee nelle *library on demand*. Mi riferisco all'obbligo di dare evidenza nelle offerte VoD alle opere europee (la c.d. *prominence*, che ovviamente ha come presupposto che esista qualcosa — ed in una certa quantità — cui dare risalto). È una scelta controversa. Alcuni ad esempio hanno sottolineato come il criterio della *prominence* sia ontologicamente contrario alle tecniche di offerta che, attraverso strumenti algoritmici di ricerca e di profilazione, tentano di proporre agli utenti il prodotto audiovisivo più vicino ai loro gusti. Il criterio della *prominence* nei cataloghi è peraltro già in uso da noi, dove — in via co-regolamentare — si disciplina il rapporto tra quote di diffusione o investimento e rilevanza nei cataloghi.

La proposta ammette comunque la possibilità che gli Stati membri introducano dei sistemi di promozione delle opere europee fondati sul finanziamento delle stesse, che potrebbe avvenire sia con finanziamenti alla produzione (come, ad esempio, nello schema italiano, il quale, per i servizi VoD, lo pone in alternativa a quello delle quote, prescrivendo o una quota del 20% di presenza di prodotto europeo nei cataloghi oppure un contributo del 5% sui ricavi alla produzione e acquisto di prodotto europeo) sia con una contribuzione ad un fondo che poi finanzia le produzioni europee (secondo il modello francese). La cosa importante è che il finanziamento alla produzione può essere richiesto non solo dallo Stato di stabilimento ma anche da quello che, per un dato fornitore di offerte *on demand*, rappresenta il target di pubblico di riferimento (individuato in base alla lingua dei prodotti audiovisivi offerti, alle promozioni effettuate nel territorio di quel Paese ecc.). L'investimento eventualmente richiesto deve essere però ancorato al fatturato specificamente realizzato nel Paese che richiede la contribuzione. È una deroga al principio della giurisdizione del Paese di origine (ulteriore rispetto a quelle previste in linea generale)

ed a quello del mutuo riconoscimento. Sia il sistema di promozione delle opere europee legato alla presenza nei cataloghi che quello eventualmente legato agli investimenti sono soggetti ad un possibile regime di deroghe, sulla base delle dimensioni dell'impresa, del fatturato, dell'audience e della tematicità (secondo criteri che sono già operanti nei regimi di deroghe previsti da alcuni Paesi membri tra cui il nostro. Si veda l'art. 44.8 TUSMAR² per servizi lineari o a richiesta).

Nella protezione dei minori, a parte i meccanismi specifici disegnati nel dettaglio con riferimento alle piattaforme di intermediazione, sui quali tornerò fra breve, la proposta introduce un obbligo per i fornitori di SMAV di introdurre dei sistemi di *content descriptor* (art. 6a) che informino gli utenti che i contenuti possono essere nocivi per i minori. L'introduzione di tale obbligo è particolarmente indicativa della filosofia accolta nel *Refit* dalla Commissione che si basa secondo una visione moderna, su un diverso e più attivo ruolo dell'utente finale.

Malgrado il tema abbia formato oggetto di ampio dibattito, la proposta COM/2015/287 final, per quanto riguarda le norme in materia di giurisdizione, conferma sostanzialmente le scelte fatte a partire dalla prima revisione della Direttiva Tv Senza frontiere, avvenuta nel 1997. La giurisdizione è retta da principio del Paese di origine secondo il criterio di stabilimento e dal principio di mutuo riconoscimento delle emissioni provenienti da soggetto stabilito in altro Paese membro. I criteri di stabilimento sono molto articolati e fanno riferimento principalmente alla sede ed al luogo dove vengono prese le decisioni editoriali. Se questi criteri conducono all'individuazione di due diversi Paesi membri allora rileva il luogo dove operano una parte significativa dei dipendenti. In ultima istanza assumono rilievo alcuni aspetti tecnici come il luogo dove avviene l'*uplink* o il Paese che ha giurisdizione sulla capacità trasmissiva.

Le deroghe generali al principio di mutuo riconoscimento (fra cui l'abuso di stabilimento) vengono semplificate e uniformate fra servizi lineari e servizi a richiesta.

La proposta COM/2015/287 final (art. 28, b) introduce infine delle disposizioni relative alla giurisdizione sulle *Video Sharing Platforms* che declinano il principio di stabilimento dell'art. 3 della Direttiva

2. Decreto legislativo 31 luglio 2005 n.177. Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici.

e-commerce dando rilievo, nel caso in cui l'impresa non abbia sede in un Paese membro, alla sede di una *parent company* o di una *subsidiary* o di un'altra a entità facente parte del gruppo.

2.2. *L'ambito di applicazione della Direttiva 2010/13/UE e la proposta del 2016: un'analisi delle definizioni*

Uno dei passaggi centrali e più discussi della nuova regolazione dei servizi di media audiovisivi è costituito dalle disposizioni applicabili alle piattaforme di aggregazione.

Un noioso itinerario fra le definizioni aiuterà a capire la “storia” e le prospettive future del principale strumento di armonizzazione dei contenuti audiovisivi in merito al suo ambito di applicazione.

Il concetto di servizi media audiovisivi, come noto, ha sostituito ed aggiornato il vecchio concetto di radiotelevisione della Direttiva del 1989, il primo strumento di armonizzazione comunitaria delle attività televisive all'alba della nascita, nella maggior parte dei Paesi europei, delle televisioni commerciali accanto alle più vecchie emittenti di servizio pubblico (come noto è del 1990 la prima legge italiana sul sistema misto pubblico privato nell'emittenza televisiva, essendo la precedente legge di sistema del 1975 ancora una legge che regolava il monopolio legale della Rai). Sin dal 1989 quindi, la televisione è stata disciplinata a livello comunitario (andando anche oltre le competenze strettamente riconducibili all'Unione in materia culturale e facendo leva sulla natura economica, oltre che transfrontaliera, delle attività televisive, incluse quelle *Free to Air*: sulla base degli assunti della nota Sentenza Sacchi della Corte di Giustizia del 1974). Se ne è riconosciuta sin dall'inizio l'estrema rilevanza sociale culturale e politica. La televisione era un mezzo di comunicazione di massa, caratterizzato da pervasività, simultaneità e passività della visione.

Con la seconda revisione della Direttiva del 1989, avvenuta nel 2007, si è avvertita l'esigenza di aggiornare il campo di applicazione della direttiva all'evoluzione tecnologica. Però questo non ha mai voluto dire che automaticamente dentro la direttiva entrasse tutto ciò che il mondo digitale e dei servizi stava generando. Il “faro” dell'ampliamento oggettivo delle norme è sempre stato quello di includervi solo quei servizi *tv-like*, che possedessero caratteristiche più o meno analoghe a quelle della tv tradizionale. Difatti questo primo ampliamento

delle (di alcune delle) norme applicabili alla televisione anche ad altri fenomeni ha riguardato le offerte *on demand*, ma solo quelle relative a programmi televisivi o contenuti analoghi a quelli diffusi dai palinsesti della tv lineare ed offerti in una *library* organizzata e gestita da un editore. La peculiarità di questo tipo di offerte rispetto alla tv tradizionale (secondo quelle caratteristiche che ho appena richiamato) hanno poi determinato che non fosse opportuno automaticamente estendere tutte le regole applicabili alla vecchia televisione anche alle nuove modalità di offerta non lineari. Il considerando 44 della Direttiva 2010/13/UE è chiarissimo. « I servizi di media audiovisivi a richiesta si differenziano dalle emissioni televisive per quanto riguarda la possibilità di scelta e il controllo che l'utente può esercitare, nonché in relazione all'impatto che hanno sulla società. Tale situazione giustifica l'imposizione di una regolamentazione più leggera sui servizi di media audiovisivi a richiesta, che dovrebbero rispettare solamente le norme di base della presente direttiva ».

È allora essenziale, per sgombrare il campo da facili assimilazioni ed estensioni delle regole, chiarire meglio quali siano (de iure condito e de iure condendo) gli elementi normativi essenziali e caratterizzanti dei servizi di media audiovisivi, che li distinguono da altri servizi di contenuto.

Tento allora una non semplice lettura coordinata del testo vigente della Direttiva 2010/13/UE, di alcuna giurisprudenza che è intervenuta sull'argomento e della proposta di revisione della Direttiva di maggio 2015.

Il primo elemento che (storicamente) caratterizza i servizi oggetto della Direttiva (a partire dal 1989) è che si tratti di comunicazioni di massa. Sia la direttiva vigente che la Proposta di riforma parlano di contenuti indirizzati al grande pubblico (*to the general public*) cioè, secondo il considerando 21 della Direttiva 2010/13/UE, « che possono essere ricevuti da una porzione considerevole del grande pubblico sulla quale potrebbero esercitare un impatto evidente ».

Devono essere servizi economici transfrontalieri (ai sensi del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea) che siano in concorrenza con la radiodiffusione televisiva, il che, secondo il considerando 21 della Direttiva vigente, escluderebbe sia i siti privati che « i servizi consistenti nella fornitura o distribuzione di contenuti audiovisivi generati dagli utenti privati ai fini di condivisione o di scambio nel-

l'ambito di comunità di interessi ». Il principale scopo di tali servizi deve consistere nella fornitura di programmi dedicati ad intrattenere informare ed educare sotto la responsabilità editoriale del prestatore del servizio. Detta così sembra semplice, ma in realtà la proposizione appena enunciata va chiarita sotto molteplici aspetti. Innanzitutto cosa debba intendersi per « scopo principale », cosa per « servizio », cosa per « responsabilità editoriale » e cosa per « programma ». Partiamo dall'ultimo termine. L'attuale definizione fa riferimento a immagini animate, sonore o meno, (quindi con esclusione dei contenuti meramente sonori, come la radio o la musica in genere) che siano singoli elementi inseriti in un palinsesto o in un catalogo per i servizi a richiesta « che abbia la forma ed il contenuto comparabile alla forma ed il contenuto della radiodiffusione televisiva ». Nella Proposta tale ultima assimilazione formale e contenutistica alla televisione tradizionale viene meno ed invece si inserisce un riferimento al fatto che il programma può consistere anche di *videos of short duration*.

Quanto al concetto di servizio, la nuova definizione fa riferimento al fatto che possa trattarsi anche di una *dissociable section* del servizio. Da ciò discende che il *principal purpose* (di fornire programmi audiovisivi per intrattenere educare ed informare) può riguardare solo una parte del servizi che sia però dissociabile ed autonoma rispetto al resto dell'attività del prestatore. Questa precisazione sembra andare nella direzione indicata dalla Corte di Giustizia in una sentenza di ottobre del 2015, chiamata ad interpretare l'attuale direttiva per stabilire se un servizio accessorio di audiovisivo fornito da un sito di un quotidiano online rientrasse o meno nella Direttiva. La Corte³, in quell'occasione, ha evidenziato come il concetto di programma dovesse essere letto come riferito anche a « video di *short duration* », consistenti in « *news bulletin, sports and entertainment clips* », e che la lunghezza fosse quindi irrilevante. Tali video non erano in nulla differenti dai servizi media audiovisivi offerti *on demand* ed erano in concorrenza con la stessa audience e con i servizi di informazione forniti dai broadcasters. Il punto cruciale era il parametro del *principal purpose* e cioè se il servizio esercitava una funzione autonoma

3. Sentenza della Corte di Giustizia UE del 21 ottobre 2015 nella causa C-347/14 New Media Online GmbH c. Bundeskommunikationssenat reperibile in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=172953&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=45517>.

rispetto alle altre attività del *provider* che non rientravano nel concetto di SMAV ma in una normale attività giornalistica. Sulla base di un *facts finding* sulla singola fattispecie la Corte ha rilevato le scarse connessioni fra i video e gli articoli pubblicati sul sito. Difatti i video erano accessibili e consultabili a prescindere dagli articoli giornalistici di riferimento. Pertanto i brevi video in questione avevano un rilievo autonomo rispetto agli altri servizi non di media offerti dal gestore del sito.

Nei considerando della Proposta di maggio scorso si spiega esplicitamente come la nuova formulazione della definizione di SMAV già richiamata intenda ricomprendere le « *stand alone parts of online newspapers featuring audiovisual programmes or user generated contents where those parts can be considered dissociable from the main activity* » (considerando 3) e che la verifica di indissociabilità va fatta sulla base dei « *links between the audiovisual offer and the main activity* ».

Sempre con riferimento al *principal purpose*, chiarito che questo può riguardare anche una parte del servizio, se dotata di autonomia, il considerando 22 della Direttiva vigente chiarisce che lo scopo principale di fornire programmi audiovisivi va escluso quando gli elementi audiovisivi sono meramente accidentali, come nei siti internet dove i materiali audiovisivi sono meramente accessori (ad es. elementi grafici animati, brevi spot ecc.). Per le stesse ragioni l'applicabilità della direttiva è da escludere anche nel caso di motori di ricerca o di videogiochi online (l'art. 2 del TUSMAR aggiunge « le versioni elettroniche dei quotidiani o riviste »). Rientrano invece nella definizione di SMAV quei servizi accessori e indissolubilmente legati ai servizi media come le sottotitolazioni o le guide elettroniche dei programmi (considerando 23 della Direttiva 2010/13/UE).

Nella definizione di servizi media audiovisivi, inoltre e come già detto, dal 2007 rientrano sia i servizi lineari che quelli a richiesta. Questi ultimi sono servizi connotati dal fatto di essere accessibili « al momento scelto dall'utente e su sua richiesta sulla base di un catalogo di programmi selezionato dal fornitore di servizi media ». Il concetto sembrerebbe non coincidere pienamente con quello di interattività online (*making available right*) introdotto dalla direttiva 2001/29/CE su diritto d'autore e diritti connessi nella società dell'informazione, in quanto non richiede necessariamente che la comunicazione sia accessibile nel luogo scelto dall'utente (e non solo nel momento da lui scelto). Sembrerebbe perciò

riferirsi anche a comunicazioni a richiesta su reti chiuse (*managed*) e sistemi di accesso localizzati (decoder e altri *device* non portabili ecc.). Nella sentenza *Mediakabel*⁴ la Corte di Giustizia ha poi chiarito che l'accessibilità a richiesta non va confusa con quei surrogati di interattività che sono i servizi *Pay Per View* o *Near Video on Demand*, che in realtà presuppongono pur sempre una diffusione di tipo lineare solo che ripropongono le stesse emissioni in orari diversi per rendere più flessibile il palinsesto (che però rimane la modalità di organizzazione e presentazione dei contenuti). Tali forme comunque, mi sembra, siano sempre meno diffuse tanto più aumentano le possibilità di interattività vera grazie alla diffusione della banda larga o si affermano modelli alternativi di accesso a richiesta, come le memorizzazione dei palinsesti o di loro parti negli appalti finali degli utenti.

Il diverso impatto sull'audience, tipico dei servizi a richiesta (il ruolo più attivo dell'utente) ha giustificato nella Direttiva vigente il diverso regime tra contenuti lineari e contenuti a richiesta, come già accennato attraverso il richiamo al considerando 42 della Direttiva 2010/13/UE.

Come noto si è adottato un triplice binario. Alcune disposizioni applicabili a tutti i fornitori SMAV (principi generali), altre dettate esclusivamente per i servizi a richiesta ed altre ancora (le più articolate ed incisive) volte a disciplinare esclusivamente l'attività dei fornitori di servizi SMAV lineari (i "vecchi" *broadcasters*).

Questo regime è stato più volte messo in discussione nel corso dei processi che hanno ripensato negli ultimi anni il quadro regolatorio dei servizi media audiovisivi, soprattutto alla luce dell'evoluzione delle offerte audiovisive e della sempre maggiore "slinearizzazione" dei palinsesti nonché della ibridazione delle offerte da parte dei medesimi soggetti. La nuova Proposta della Commissione mantiene ferma questa distinzione in linea di principio ma, diciamo, ne attenua in parte l'impatto.

Last but not least, nell'elencazione dei punti più delicati della definizione dei servizi media audiovisivi, e tra i punti più dibattuti, richiamo il requisito necessario affinché un *provider* possa essere qualificato co-

4. Sentenza della Corte di Giustizia UE del 2 giugno 2005 nella Causa C-89/04, *Mediakabel BV c. Commissariaat voor de Media*, reperibile a: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62004CJ0089&from=EN>.

me fornitore di servizi media audiovisivi. La fornitura di programmi deve avvenire sotto la responsabilità editoriale di quest'ultimo.

Questa viene specificamente definita nella vigente Direttiva (definizione confermata dalla Proposta del 2016), come l'esercizio di un controllo effettivo sulla selezione dei programmi e sulla loro organizzazione in un palinsesto o in un catalogo. Si precisa che « la responsabilità editoriale non implica necessariamente la responsabilità giuridica ai sensi del diritto nazionale per i contenuti o i servizi forniti » (art. 1, c).

Come espressamente enunciato nel considerando 25 della Direttiva del 2010, la Direttiva si applica « fatte salve le deroghe di responsabilità della direttiva 2000/31/CE ». Inoltre, « gli Stati membri possono specificare ulteriormente gli aspetti della definizione di responsabilità editoriale, in particolare il concetto di "controllo effettivo" » (considerando 25 della Direttiva 2010/13/UE). Nel considerando 26 si specifica che la definizione SMAV dovrebbe escludere « le persone fisiche o giuridiche che si occupano solo della trasmissione di programmi per i quali la responsabilità editoriale incombe a terzi », « *such as UGC platforms* ».

La Commissione chiarisce di conseguenza che i canali o altri contenuti audiovisivi che siano sotto la responsabilità di un soggetto sono SMAV anche se forniti da una *Video Sharing Platform* che non ha la responsabilità editoriale su quei contenuti ed è il soggetto che fornisce quei contenuti ad essere vincolato dalle disposizioni della Direttiva. Quindi, all'interno delle piattaforme di condivisione che funzionano secondo il modello dell'UGC, possono darsi ipotesi di veri e propri fornitori di servizi media audiovisivi (è il caso dei canali Youtube « proprietari »).

2.3. *Le Video Sharing Platform*

Dal punto di vista dell'estensione delle regole che disciplinano l'attività dei fornitori di servizi di media audiovisivi occorre subito evidenziare come la proposta in commento non abbia operato quella estensione orizzontale e convergente e livellante della normativa a tutto ciò che avviene in rete. Piuttosto ha compiuto un'operazione molto delicata e prudente (secondo alcuni sin troppo prudente) di individuazione di alcune specifiche fattispecie nelle quali gli operatori del web pote-

vano contribuire ad un più efficace perseguimento di alcuni obiettivi tradizionali delle norme di settore.

In poche e sintetiche parole, si può dire che la Direttiva abbia ampliato il suo campo di applicazione ma non il concetto di servizio dei media audiovisivo, come sopra descritto.

Occorre allora capire più nel dettaglio l'oggetto e l'impianto della proposta dalla Commissione a giugno 2017. Due nuove definizioni della nuova Proposta vanno segnalate in quanto ingranaggi essenziali per un superamento degli attuali limiti oggettivi del campo di applicazione della Direttiva del 2010. Quella di *user generated video*, identificati come contenuti video « *created and/or uploaded to a video sharing platform by one or more users* ».

Dunque anche solo caricati dall'utente finale sulla piattaforma. L'altra definizione cruciale è quella di *Video Sharing Platform service*, vale a dire un servizio che deve consistere innanzitutto nell'immagazzinamento di un elevato numero di programmi o di *user generated videos* per i quali la *Video Sharing Platform* « *does not have editorial responsibility* ». Il servizio oltre allo *storage (hosting)* deve caratterizzarsi per fornire un'organizzazione dei video caricati, organizzazione determinata dal *provider* anche (ma non solo) attraverso mezzi automatici come gli algoritmi di ricerca. Più specificamente questi servizi devono consistere nell'« *hosting, displaying, tagging, sequencing* ».

Lo scopo principale dell'attività di questa tipologia di fornitori di servizi (o di una loro parte) è di fornire programmi o *User generated videos* al grande pubblico per informare intrattenere o educare. Da questo punto di vista il coinvolgimento delle piattaforme sembra giustificato dal fatto che queste forniscano comunque dei servizi *tv-like*.

L'assenza di una responsabilità editoriale sui contenuti presenti accessibili su una *Video Sharing Platform* non toglie che la funzione organizzativa svolta dai *Video Sharing Platform Providers* non possa avere una rilevanza in merito al perseguimento di alcuni obiettivi (di *consumer protection*) tipici della regolazione degli SMAV.

Come precisa il considerando 28 della Proposta, « *an important share of the content stored on video sharing platforms is not under the editorial responsibility of the video sharing platform provider. However, those providers typically determine the organisation of the content, namely programmes or user generated videos, including by automatic means or*

algorithms. Therefore, those providers should be required to take appropriate measures to protect minors ».

Per capire meglio in cosa effettivamente consista questo coinvolgimento delle Piattaforme di *Video Sharing* nella circolazione degli audiovisivi e più specificamente in alcuni degli aspetti relativi alla *consumer protection* (perché di questo si occupa la Direttiva e non, ad esempio, del ruolo dei soggetti regolati nella protezione delle opere dell'ingegno) occorre esaminare quanto la proposta dice all'art. 28 bis. Questa (a parte l'art. 28-ter in tema di giurisdizione, di cui è già detto) è l'unica norma che si applicano ai *Video Sharing Platform Services*. Già l'incipit della norma chiarisce che musica si sta suonando quando in particolare prevede che tutto quanto sta per dire è « *without prejudice to Article 14 and 15 of the Directive 2000/31* ». Quindi la Direttiva e-commerce ed il regime di responsabilità previsto negli artt. 14 e 15, in questa sede almeno, non si tocca.

Nell'*explanatory document* della proposta la Commissione chiarisce espressamente che « *The system would be compatible with the liability exemption for hosting service providers set out in Article 14 ECD, in as far as that provision applies in a particular case, because these obligations relate to the responsibilities of the provider in the organisational sphere and do not entail liability for any illegal information stored on the platforms as such* ». Sempre in quella sede (p. 13) si precisa che gli Stati Membri sono vincolati dalla *Electronic Commerce Directive* e « *would consequently not be allowed to impose on providers general obligation to monitor content or actively engage in fact finding without precluding the imposition of monitoring requirements in specific cases (Article 15 ECD)* ».

Le stesse posizioni si trovano espresse nel considerando 3, nel già citato 28, nel 29 e nel 30.

L'oggetto delle previsioni che toccano le VSP riguarda esclusivamente la protezione dei minori contro contenuti che possano nuocere loro ed in genere la protezione di tutti i cittadini da contenuti che incitano alla violenza, all'odio contro gruppi o membri di quei gruppi caratterizzati da sesso, razza, religione, colore, origini etniche ecc.

Cosa devono fare le piattaforme per contribuire a proteggere minori e cittadini in genere? Sostanzialmente devono fornire una collaborazione principalmente tecnica. La norma nell'imporre alle piattaforme di predisporre le *appropriate measures* per la tutela di quegli interessi dice poi che queste misure devono consistere in *mechanisms* o *systems*.

L' Art. 28-bis contiene una definizione di cosa in linea di principio debba intendersi per misure appropriate poste in essere dalle VSP a protezione di quegli interessi e fornisce una elencazione concreta di queste misure.

Perché queste misure possano considerarsi appropriate è necessario operare un bilanciamento di interessi che tenga conto della natura (e della pericolosità dunque) del contenuto in questione ma anche dei *rights and legitimate interests at stake* inclusi quelli delle *video sharing platform providers* e quelli degli *user having created and/or uploaded the content as well as the public interest*.

In particolare le misure che la Commissione ritiene appropriato richiedere alle VSP (e che pertanto considera come espressione di un equo bilanciamento degli interessi in gioco) devono consistere nella previsione nei *terms and conditions* delle VSP di una definizione dei concetti di violenza o odio e di ciò che « *may impair physical mental or moral development of minors* ». Devono poi creare meccanismi di report o flag da parte degli utenti (i quali possono dunque segnalare e indicare i contenuti ritenuti lesivi), nonché sistemi di verifica dell'età dei fruitori del servizio e sistemi che consentano il rating dei contenuti da parte degli utenti *uploaders*. Devono infine predisporre sistemi di *parental control*, sistemi che spieghino agli utenti l'effetto che produce il reporting o il *flagging* che eventualmente gli utenti stessi possono effettuare e prevedere delle procedure di *alternative dispute resolution*.

Per implementare queste misure *Member States shall encourage co-regulation*. La Commissione a riguardo incoraggia l'adozione di Codici di Condotta Europei (con il coinvolgimento sia della Commissione che di ERGA).

Le misure sopra descritte e le norme che le prevedono costituiscono un caso di armonizzazione massima della proposta (le misure *shall consist of* e *Member States shall not impose measures that are stricter*).

Si tratta però in realtà di un delicato esercizio di equilibrio poiché le stesse norme prevedono che gli Stati membri possano introdurre misure più severe nel caso di contenuti illeciti ma possono farlo rispettando *where appropriate* le disposizioni della direttiva *e-commerce*.

Le soluzioni normative proposte sembrano recepire i suggerimenti forniti dal regolatore britannico già nella consultazione sul Libro Verde del 2013. Ofcom in quella sede proponeva l'introduzione di *industry-led mechanism* su base *self regulatory* che rispetto ad operatori

che gestiscano l'accesso ad un contenuto (« *without subjecting them to editorial responsibility* ») li impegni (e li renda responsabili) a consentire e fornire gli strumenti ai fornitori SMAV per la classificazione dei contenuti, ad adottare sistemi che indichino agli utenti quale quadro si applica a quei contenuti e li impegnino a predisporre ed accettare delle procedure di reclamo o ricorso (tipo *notice and take down*).

2.4. Conclusioni

Si può dunque concludere che l'approccio scelto dalla Commissione nella Proposta in commento sia di mantenere ferma la distinzione fra attività di selezione attiva (consapevole) dei contenuti e attività di organizzazione degli stessi (come si è visto, anche laddove l'organizzazione non fosse meramente automatica, algoritmica).

In virtù dello specifico ruolo svolto dalle piattaforme nell'organizzazione dei contenuti e delle specifiche attività che, anche sul piano tecnologico, le piattaforme sono in grado di svolgere, la Proposta di direttiva richiede a queste ultime una collaborazione (principalmente tecnica) nel rendere più efficaci dei nuovi metodi di tutela del consumatore che si rendono possibili e si stanno affermando nella circolazione digitale delle opere audiovisive e, in genere, nelle comunicazioni digitali interattive. Tali nuovi strumenti di tutela sono fondati su una maggiore consapevolezza ed informazione degli utenti, alla quale consegue un ruolo più attivo nell'autotutela da parte di questi ultimi.

Acutamente, un recentissimo rapporto dell'Osservatorio Europeo sull'Audiovisivo legge la proposta di *Refit* come atto ad introdurre verso le *Video Sharing Platform* « *an obligation of means and not of result* » e che nell'idea della Commissione le VSP « *will in practice continue to benefit from the exemption from liability regime provided by the e-commerce directive* » e che « *no new monitoring obligations shall be imposed on them* ». Il dinamismo delle tecnologie digitali rende poi sempre più frequente il ricorso e la promozione di forme alternative di regolazione. Sono conclusioni, quelle della Proposta in commento, molto vicine a quanto espresso da Ofcom nel corso della consultazione sul *Refit* della Direttiva SMAV dove quest'ultimo affermava che

the Directive strikes an appropriate balance [...] Avoiding the undesirable attempt to impose mass media content regulations, intended for TV busines-

ses, on other digital services and/or on thousands of individuals creating and sharing content online. While it might be reasonable to consider whether YouTube and other AV platforms might have some specific regulatory responsibilities — potentially including roles which support the same purposes as the AVMSD — these responsibilities will need to reflect their specific role and function of platforms and should not, for example, entail some kind of editorial scrutiny of the characteristics of the AV content hosted.

2.5. Video Sharing Platform e discoverability rules

C'è un altro aspetto che potrebbe giustificare un coinvolgimento degli intermediari aggregatori nel perseguimento di alcuni interessi tipici della regolazione dei contenuti, ed anche in questo caso essere affrontato utilizzando la medesima scelta “filosofica” operata dalla Commissione con riferimento alla tutela dei minori: obblighi specifici tenendo ferma l'assenza di una responsabilità editoriale sulle VSP. Ed in tal caso la giustificazione sarebbe forse ancora più fondata.

Mi riferisco al fatto (evidente, noto ed ampiamente dibattuto) che nel magma generale dei contenuti disponibili online una funzione essenziale è costituita dalle attività tecniche o umane che da quel magma indiscriminato fanno emergere i contenuti, cui poi effettivamente abbiamo accesso. Quando sono i mezzi tecnici o le tecnologie a determinare l'accesso ai contenuti, la gestione e regolazione di questi ultimi diviene essenziale. È la storia dell'accesso alle frequenze televisive e, poi, alla capacità trasmissiva delle reti digitali terrestri, così come oggi, a mio avviso, della *net neutrality*. È anche la storia dell'accesso alle EPG delle offerte *pay tv* e dell'accesso alle LCN e relativa regolazione. E sarà ora anche la storia degli aggregatori, perché oggi l'organizzazione e la presentazione dei contenuti è di primaria importanza per l'accesso ai medesimi (passando dal tema del *must carry* a quello del *must be found*).

È un tema sul quale il dibattito a livello europeo è stato intrapreso sin dal Libro Verde della Commissione sulla tv connessa del 2013. Nella proposta in commento la Commissione pur decidendo di non intervenire con una specifica soluzione di armonizzazione, riconosce nel considerando 38 che « *This Directive is without prejudice to the ability of Member States to impose obligations to ensure discoverability and accessibility of content of general interest under defined general interest objectives such as media pluralism, freedom of speech and cultural diversity. Such obligations should only be imposed where they are necessary to meet*

general interest objectives clearly defined by Member States in conformity with Union law. In this respect member States should in particular examine the need for regulatory intervention against the results of the outcome of market forces ». Le eventuali *discoverability rules* devono ovviamente essere proporzionate.

Alcuni hanno sottolineato come andrebbe operato un *fine tuning* dei criteri che consentono agli Stati membri di introdurre delle *discovery obligation* al fine di limitarne la discrezionalità.

A mio avviso la *discoverability* è, né più né meno che un problema di regolazione dell'accesso ad una risorsa (o funzione) tecnica e di regolazione dell'interoperabilità (si pensi alle App e agli stores online), compito che spetta alla regolazione pro-competitiva o pro-pluralismo della gestione di risorse tecniche ma che non implica necessariamente l'attribuzione di responsabilità editoriale su chi gestisce la risorsa.

3. Portabilità dei contenuti e territorialità dei diritti

3.1. Premessa

Con riferimento ad uno dei temi assegnatimi, prima di passare ad un rapidissimo esame delle proposte presentate nel 2015 e 2016 di Regolamento della Commissione (quella in tema di portabilità transfrontaliera dei contenuti online⁵ e quella in tema di servizi accessori delle emittenti)⁶ parto da un rapido riferimento ad una (notissima) Direttiva del 1993 in tema di diritto d'autore nelle radiodiffusioni televisive. Come noto, la Direttiva 83/93 del 1993⁷, che ha introdotto alcune norme in materia di diritto d'autore e diritti connessi per la radiodiffusione via satellite e alla ritrasmissione via cavo dei programmi

5. Regolamento (UE) 2017/1128 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 giugno 2017 relativo alla portabilità transfrontaliera dei servizi di contenuti online nel mercato interno.

6. Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce norme relative all'esercizio del diritto d'autore e dei diritti connessi applicabili a talune trasmissioni online degli organismi di diffusione radiotelevisiva e ritrasmissione di programmi televisivi e radiofonici — COM (2016) 594 del 14.9.2016.

7. Direttiva 93/83/CEE del Consiglio del 27 settembre 1993 per il coordinamento di alcune norme in materia di diritto d'autore e diritti connessi applicabili alla radiodiffusione via satellite e alla ritrasmissione via cavo, G.U.C.E. L 248/15 del 6 ottobre 1993.

radiotelevisivi, introdusse, con riferimento alle diffusioni via satellite di radiodiffusione, il principio del Paese di origine.

Uno degli scopi principali della Direttiva⁸ era quello di dare una risposta normativa alle nuove forme di sfruttamento transfrontaliero delle opere tutelate, reso possibile dai sempre più frequenti aspetti extraterritoriali delle emissioni radiotelevisive.

All'epoca dell'adozione della Direttiva le due tesi, quella del Paese di origine (poi accolta dalla Direttiva e della quale il comma 1 della lettera b dell'art. 16-bis della Legge Autore italiana costituisce espressione) e quella cosiddetta del Paese di ricezione⁹, si contendevano il campo.

La prima delle due teorie riconosceva rilevanza solo all'atto originario di emissione, costituito dall'invio del segnale al satellite (iniezione o up-link), a prescindere dagli atti e soprattutto dai luoghi di ricezione. In base alla seconda teoria, invece, era la ricezione a costituire lo sfruttamento rilevante e, in applicazione del principio di territorialità, la legge applicabile sarebbe stata quella relativa ad ogni singolo Paese di ricezione, rispetto ad ognuno dei quali andava ottenuta dai titolari una specifica autorizzazione.

La tesi del Paese di origine alla fine prevalse, anche sulla base della considerazione che, essendo l'emissione via satellite unica, sarebbe bastato il diniego di licenza da parte di un titolare (anche solo per un singolo Paese) per bloccare qualunque emissione del segnale e dunque inibirne la diffusione anche in Paesi per i quali vi fosse stato il consenso del titolare (e l'interesse di quest'ultimo e dell'emittente a diffondere il contenuto protetto).

Nel confronto fra le diverse opinioni che ha preceduto l'adozione della Direttiva 83/93 e l'introduzione dei satelliti di radiodiffusione diretta non mancavano posizioni più articolate, le quali declinavano il principio del Paese di origine ponendo l'accento non tanto sul luogo tecnico in cui era individuabile l'emissione (quindi, per il satellite,

8. Recepita in Italia con D.Lgs. 23 ottobre 1996, n. 581 che è intervenuto sulla L. 22 aprile 1941, n. 633 (in particolare, per quanto qui interessa, modificando l'art 16 e introducendo l'art. 16-bis).

9. Nota anche come "teoria di Bogisch" dal nome del Direttore generale dell'OMPI dell'epoca, il quale aveva espresso una simile posizione in apertura dei lavori di un comitato di esperti convocato dall'OMPI nel 1985 per affrontare i temi critici legati alle diffusioni via satellite.

l'iniezione o l'up-link) bensì nel luogo « editoriale » in cui veniva presa la decisione di inserire quell'opera nel palinsesto¹⁰.

La Direttiva 93/83 costituisce (*de iure condito*, a prescindere dalle proposte recenti che sto per illustrare) l'unica soluzione di diritto positivo in tema di disciplina del diritto d'autore che ha tentato di risolvere le problematiche degli sfruttamenti transfrontalieri dei diritti, optando, come si è visto, per il criterio del Paese di origine ancorato al dato tecnico dell'emissione del segnale.

È una soluzione esportabile anche ad altri fenomeni di sfruttamento transfrontaliero ed in particolare a quello più tipico ed attuale dato dalla circolazione delle opere dell'ingegno sulla rete internet?

A livello comunitario il dibattito circa un'estensione del principio del Paese di origine anche oltre le comunicazioni via satellite è ancora vivo. Da anni, in particolare, ci si interroga sull'opportunità di estendere il criterio della Direttiva 83/93/CEE anche alle comunicazioni telematiche (La Commissione ha svolto due consultazioni sul tema: una nel 2003 e una nel 2015).

Occorre precisare che, secondo un'autorevole dottrina¹¹ la disciplina della comunicazione al pubblico via satellite introdotta dalla direttiva 93/83/CEE ed in particolare il principio del Paese di origine quale criterio per determinare la giurisdizione dello sfruttamento dell'opera radiodiffusa via satellite, non costituirebbe una nuova norma di diritto internazionale privato, come da altri inizialmente sostenuto¹² bensì una regola di diritto materiale che incide sul contenuto dei diritti patrimoniali d'autore e connessi prevedendo un esaurimento nazionale

10. In particolare, partendo, per l'applicazione della Convenzione di Berna, dalla definizione di radiodiffusione contenuta nell'articolo 3.f della Convenzione di Roma, la quale stabilisce che « una emissione di radiodiffusione è una diffusione di suoni o di immagini e di suoni per mezzo di onde radio-elettriche al fine della ricezione da parte del pubblico », si ricavava che « in caso di emissione per mezzo di emittente classica, come in caso di utilizzazione di un satellite di radiodiffusione [...] l'iniezione (cioè, dal punto di vista del diritto d'autore, l'incorporazione di programmi costituiti da opere protette in segnali convogliati sia verso un'emittente, sia verso un satellite di radiodiffusione) è un'operazione di radiodiffusione ai sensi della legislazione dello Stato cui appartiene l'organismo responsabile della programmazione, indipendentemente dal luogo cui sono stati tecnicamente emessi (iniettati) i segnali portatori di programmi. » KEREVER R., *Satelliti e diritto d'autore*, in *Il Diritto D'autore*, 1982, p. 389 ss.

11. UBERTAZZI L.C., *I diritti d'autore e connessi*, Giuffrè, Milano 2000, pp. 96-99.

12. CERINA P., *Satellite ed internet: superamento del principio di territorialità*, in *Il Diritto Industriale*, n. 6, 1996, p. 511.

e ad un tempo comunitario, con l'immissione del segnale portatore di programmi in una sequenza interrotta diretta al satellite e poi a terra. Tale regola però « postula ancora una volta il principio di territorialità »¹³.

A riguardo, un dato rilevante, anche ai fini dell'analisi delle recenti proposte della Commissione e delle posizioni espresse in quella sede, è che quest'ultima in passato a proposito delle pratiche di segmentazione dei mercati nelle diffusioni via satellite (rese possibili attraverso le tecniche di criptaggio del segnale che si andavano diffondendo) le aveva ritenute contrarie allo spirito della direttiva 93/83/CEE. Così difatti nella Relazione della Commissione sull'applicazione della Direttiva 93/83/CEE¹⁴, dove si dice espressamente che le pratiche di segmentazione sono contrarie ai principi della direttiva ed ostacolano la libera circolazione delle persone e dei servizi. Dando, in questo senso, una lettura del principio del Paese di origine introdotto nella Direttiva per le comunicazioni via satellite che ne evidenziava il significato di vera delimitazione materiale dei confini del diritto o comunque di declinazione peculiare e specifica (rispetto al fenomeno) del principio di territorialità.

A prescindere da una riflessione più generale e problematica sulla territorialità nella circolazione delle opere online, i processi legislativi comunitari si stanno concentrando più cautamente su alcuni aspetti di dettaglio. In particolare una riflessione, — se vogliamo — di profilo meno alto, richiede di valutare se la Direttiva in esame vada riadattata alle nuove forme di « ritrasmissione » online transfrontaliera di alcuni servizi accessori alle emissioni dei broadcasters (simulcasting e catch up tv). Questo il mandato della Digital Single Market Strategy.

Una delle 16 azioni impostate con la Comunicazione della Commissione del maggio 2015 sul Mercato Unico Digitale (COM (2015) 192) consiste difatti nella « Revisione della direttiva sulla ritrasmissione via satellite e via cavo ». Nella comunicazione si precisa, più specificamente, che « La Commissione riesaminerà inoltre la direttiva sulla trasmissione via satellite e via cavo per valutare se sia opportuno estenderne l'ambito di applicazione alle trasmissioni online delle emittenti e se occorra varare altre misure ai fini di una maggiore

13. UBERTAZZI L.C., *op. cit.*, loc. ult. cit.

14. COM (2002) 430 del 26.7.2002 p. 7 e p. 14.

apertura transfrontaliera dell'accesso ai servizi di radiodiffusione in Europa » (p. 8).

Questo, di conseguenza, l'oggetto della proposta in materia presentata il 14 settembre 2016. Nella Relazione alla proposta di regolamento si evidenziano chiaramente queste finalità ed il focus dell'azione comunitaria che consiste nella semplificazione delle procedure di clearance dei diritti¹⁵.

3.2. La Proposta di Regolamento relativo ai servizi online accessori delle emittenti e ai diritti sulla ritrasmissione

Dopo anni di dibattito in merito alla necessità o meno di estendere l'ambito di applicazione della direttiva Satellite / cavo la Commissione dunque ha concluso che la direttiva in questione non andasse modificata ma al tempo stesso è intervenuta con lo strumento più incisivo del Regolamento, su alcuni aspetti specifici. Con la Proposta di Regolamento presentata il 14 settembre 2016 la Commissione si è fatta carico delle problematiche legate alla circolazione transfrontaliera di contenuti audiovisivi con riferimento a due soggetti in particolare: le emittenti e gli organismi che ritrasmettono in simultanea integrale i palinsesti delle emittenti.

Con riferimento alle emittenti, i fenomeni presi in considerazione in particolare sono quelli dei servizi online accessori (il simulcast dei palinsesti ed i servizi di catch up tv, più alcuni servizi che siano sempre accessori rispetto alle trasmissioni principali dell'emittente).

Questi servizi « hanno una relazione chiaramente subordinata rispetto alla trasmissione » (considerando 8). Di conseguenza non possono ritenersi servizi accessori alle emissioni originarie i singoli programmi di un palinsesto o addirittura programmi che non siano mai stati trasmessi in un palinsesto, che hanno evidentemente una loro autonomia rispetto alle emissioni lineari.

15. « Al fine di rendere disponibili i propri servizi al di là delle frontiere, gli organismi di radiodiffusione devono disporre dei diritti necessari per i pertinenti territori [...] Per la radiodiffusione via satellite l'acquisizione dei diritti è stata agevolata dall'applicazione del principio del Paese di origine sancito dalla direttiva sulla trasmissione via satellite e via cavo che consente alle emittenti di acquisire i diritti soltanto in uno stato membro. La suddetta direttiva non si applica quando un'emittente acquisisce i diritti per i propri servizi online ».

Quanto al simulcast, il Regolamento specifica che si riferisce alla comunicazione in maniera lineare contemporaneamente alla trasmissione originaria; quanto invece alla catch up tv, questa è costituita dai servizi di accesso « entro un determinato periodo di tempo » a programmi televisivi e radiofonici che sono stati precedentemente trasmessi (considerando 8).

Sono invece esclusi dall'ambito di applicazione della proposta di Regolamento i servizi VoD, che eventualmente le emittenti realizzino o con parti/programmi del loro palinsesto andato in onda o con programmi che non abbiano mai fatto parte di una emissione lineare e che non sono accessori ma hanno evidentemente una loro autonomia rispetto alle emissioni lineari.

In questo senso il Regolamento non sembra venire incontro alle esigenze di alcune emittenti che intendono trasformarsi (e si stanno trasformando) in vere *media company* più che broadcasters, prescindendo dallo stretto legame con un palinsesto lineare e concentrandosi sulla produzione di contenuti da veicolare poi in qualunque modo e su qualunque piattaforma.

Nel tentativo di agevolare la prestazione transfrontaliera dei servizi accessori delle emittenti e di quelli di ritrasmissione delle imprese che a ciò si dedichino, il Regolamento agisce su due livelli: da un lato (per i rapporti fra emittenti e *right owners* per l'acquisizione dei diritti sui servizi accessori) introduce il criterio semplificatore del Paese di origine, di cui dirò più diffusamente fra breve; dall'altro (per gli organismi di ritrasmissione nei loro rapporti con i *right owners* e con le emittenti) rimanda al doppio binario introdotto dalla direttiva 93/83/CEE: gestione collettiva obbligatoria (con licenze collettive estese e possibilità di opt out) per i titolari dei diritti e negoziazione diretta con le emittenti.

Le nuove norme del Regolamento si rendono necessarie in quanto la Direttiva 93/83/CEE da un lato non copre (con il criterio semplificatore del Paese di origine e quindi con un atto unico) l'acquisizione dei diritti da parte delle emittenti per i propri servizi online; dall'altro il sistema di negoziazione (agevolata) dei diritti di ritrasmissione via cavo previsto dalla Direttiva non copre le ritrasmissioni con mezzi diversi dal cavo.

Se, per quanto riguarda le emittenti, il Regolamento non si occupa dei servizi a richiesta veri e propri (la catch-up tv, sebbene

costituisca esercizio di un *making available right*, è sempre legata al palinsensto di cui sostituisce la pedissequa riproposizione, seppure non legata al momento temporale dell'emissione originaria) per quanto riguarda la ritrasmissione (simultanea ed integrale) questa non copre la ritrasmissione di emissioni originarie online (es. una web tv) e non riguarda gli organismi che ritrasmettano le emissioni originarie sulla rete internet aperta. « Essi non sono collegati ad una particolare infrastruttura e la loro capacità di garantire un ambiente controllato è limitata se paragonata ad esempio a quella delle reti via cavo o delle reti IP a circuito chiuso » (considerando 12). Secondo la definizione contenuta nell'art. 1 (b) la ritrasmissione di cui al Regolamento non comprende la ritrasmissione fornita tramite un servizio di accesso ad internet, quale definita nel regolamento 2015/2120 (il famoso *Telecom Single Market Regulation* che si occupa di *net neutrality* e *roaming* internazionale)¹⁶.

Tornando al punto cruciale dell'applicazione del principio del Paese di origine, l'art. 2 prevede che

le azioni di comunicazione al pubblico e di messa a disposizione del pubblico [...] nonché le azioni di riproduzione [...] sono considerate come aventi luogo esclusivamente nello Stato membro in cui si trova la sede principale dell'organismo di diffusione radiotelevisiva.

L'unitarietà geografica del diritto non esclude che lo stesso possa poi, nell'esercizio dell'autonomia negoziale dei titolari, essere segmentato in relazione ai mezzi o alle versioni linguistiche (considerando 11).

Una disposizione che considero importante sul piano sistematico ricostruttivo dell'effettivo significato e portata delle disposizioni che accolgono il principio del Paese di origine si può rinvenire nell'art. 2.2 e nel considerando 10. Mi riferisco ad alcune indicazioni in merito alla determinazione del valore delle licenze concesse all'emittente dal titolare sulla base del principio del Paese di origine. Le disposizioni richiamate fanno espressamente riferimento al fatto che nel concedere la licenza

16. Regolamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta e che modifica la direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il regolamento (UE) n. 531/2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione del 25.11.2015, in GU L130/1 del 26.11.2015.

debba tenersi conto di tutti gli aspetti del servizio online accessorio, quali le caratteristiche del servizio, il pubblico — incluso il pubblico dello Stato membro in cui l'organismo di diffusione radiotelevisiva ha la sua sede principale e il pubblico di altri Stati membri in cui il servizio online accessorio è accessibile e utilizzato — e la versione linguistica.

Da ciò mi sembra possa trarsi una conclusione. L'unitarietà del diritto il cui sfruttamento avrebbe luogo solo nel Paese di origine è in realtà, in questo testo, una mera *fictio iuris*. Si è invero di fronte ad una pluralità di diritti territoriali e come tali economicamente valutati (in relazione al pubblico che i vari sfruttamenti territoriali raggiungono). La portata della norma sarebbe che, se i diritti possono segmentarsi per mezzi, come detto esplicitamente dal considerando 11, non possono più (rispetto a questi specifici e circoscritti utilizzi) segmentarsi per territorio. A me sembra potersi concludere a questo punto che il principio del Paese di origine come disegnato nella proposta di Regolamento sia in realtà una sorta di licenza multiterritoriale obbligatoria. Questo significa che a differenza di quanto si riteneva stabilisse la Direttiva Satellite — Cavo non si incide né sull'ambito materiale del diritto di sfruttamento (disegnando un diritto per così dire geneticamente a sfruttamento pluriterritoriale) né — di conseguenza — su un superamento del principio di territorialità¹⁷.

Nella Relazione alla proposta di Regolamento in commento si afferma chiaramente che il Regolamento in esame consentirà

alle emittenti di offrire i propri servizi online oltre frontiera, in particolare per quanto riguarda i contenuti che non sono basati sull'esclusività territoriale. Questa opzione non limita la possibilità per i titolari dei diritti e le emittenti di continuare a concedere diritti su base territoriale, nel rispetto delle disposizioni del diritto nazionale e dell'Ue.¹⁸

17. Se questa conclusione è corretta allora sarebbe opportuno prevedere che in sostituzione o accanto ad una monetizzazione forfettaria dei diritti (pluriterritoriali) sui servizi accessori delle emittenti sulla base dei pubblici presunti (oltre che della versione linguistica e delle altre variabili menzionate) fosse prevista una partecipazione agli sfruttamenti effettivi ottenuti con quei servizi ad esempio attraverso delle royalties aggiuntive parametrate agli accessi (considerando che trattandosi di *simulcast* effettuato direttamente dall'emittente questa a valle dell'acquisizione dei diritti avrà solo un rapporto con gli utenti finali e non con soggetti terzi cui garantire sub-licenze eventualmente esclusive su base territoriale poiché in tal caso si verterebbe nella diversa ipotesi di ritrasmissione).

18. Sarà poi l'autorità antitrust a valutare la legittimità degli accordi posti in essere fra le parti relativi alla circolazione dei diritti ed in particolare alle clausole di esclusiva

3.3. Regolamento sulla portabilità dei contenuti online¹⁹

Il Regolamento teso ad eliminare i vari ostacoli che i consumatori riscontrano generalmente quando tentano di fruire dei servizi online ai quali accedono abitualmente in casa anche mentre sono in viaggio o comunque temporaneamente in altri Paesi membri, parte dal presupposto che l'impossibilità di fruire della portabilità transfrontaliera per i servizi di contenuti online derivi sia dalle prassi dei titolari dei diritti nelle concessioni di licenze sia dalle pratiche commerciali dei fornitori di servizi²⁰. Per questo opera su due binari complementari. Da un lato prevede uno specifico obbligo dei prestatori di servizi di consentire la portabilità degli stessi. Dall'altro per così dire "gli copre le spalle" sul piano del diritto d'autore stabilendo che non c'è violazione del copyright quando il medesimo utente accede a quel contenuto da un altro Paese. In questo senso interviene sulla definizione di atto rilevante di sfruttamento del diritto d'autore e dei diritti connessi collocando lo stesso nel Paese di residenza dell'abbonato. In questo caso la soluzione adottata, dal punto di vista sistematico, sembra limpida e ben comprensibile (non dettata cioè da esigenze di modificare le normali funzionalità del diritto d'autore per sopperire alle problematiche negoziali sottese agli sfruttamenti transfrontalieri). In questo caso l'abbonato è sempre il medesimo (quindi il medesimo pubblico) preso in considerazione nell'atto originario di autorizzazione, solo che si è spostato in un territorio diverso da quello di residenza.

La Commissione chiarisce difatti espressamente che « la portabilità dei servizi di contenuti online non estende la gamma di utenti del servizio e non mette di per sé in discussione l'esclusività territoriale delle licenze ».

territoriale e di segmentazione dei mercati (come già avvenuto ad esempio nei casi Coditel e Murphy, innanzi alla Corte di Giustizia o nelle *Statement of Objection* relative alle pratiche di *geoblocking* poste in essere da alcuni operatori europei).

19. Nelle more della pubblicazione del presente contributo, il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno approvato definitivamente il Regolamento 2017/1128 del 14 giugno 2017 relativo alla portabilità transfrontaliera di servizi di contenuti online nel mercato interno (GU 30.6.2017, L 168/1). Il presente paragrafo tiene conto (e menziona) le differenze più significative — ai fini del discorso svolto nel paragrafo — del testo finale del Regolamento rispetto all'originaria proposta della Commissione.

20. Cfr. Relazione alla Proposta n. 627.

Ecco perché l'architave che regge tutto il progetto non può che ruotare attorno al concetto di abbonato. Questo in realtà identifica qualsiasi utente che, anche senza un corrispettivo specifico, acceda ad un certo contenuto ma a patto che sia legato da un rapporto contrattuale con il prestatore di servizi che consenta al prestatore di verificare lo Stato membro di residenza dell'abbonato²¹.

Ciò che il fornitore deve garantire all'abbonato è l'accessibilità transfrontaliera agli stessi contenuti sui dispositivi identici per numero e categoria e con le stesse funzionalità dei servizi forniti nello Stato di residenza. Non deve garantire la qualità dei servizi, che può dipendere da fattori estranei al fornitore (come l'ampiezza di banda dei collegamenti disponibili all'estero) ma può assumere negoziabilmente un simile impegno verso l'abbonato e comunque deve informarlo del fatto che all'estero potrebbe non avere la stessa qualità di servizi.

L'obbligo di portabilità è garantito dalla sanzione dell'inapplicabilità (inefficacia, nullità relativa per contrarietà a norma imperativa?) delle clausole contrarie a quanto prevede la norma del Regolamento, sia di quelle dei contratti con il consumatore che di quelle delle licenze con i *right owners*.

Un contenuto poi è definito come « portabile » se nello Stato di residenza l'utente può accedervi da qualunque luogo (in sostanza se il contenuto è fruibile online sull'internet *unmanaged*, quindi da qualsiasi punto di accesso alla rete).

I servizi di contenuti online sono sia gli SMAV che i servizi che forniscono opere o altri materiali protetti o accesso agli stessi.

3.4. Conclusioni sulle due proposte

La proposta COM(2015)627-*final* è una normativa che presuppone la territorialità (cioè il limite nazionale dello sfruttamento) e precisa il concetto di sfruttamento con riferimento ad una fattispecie particolare

21. Il testo del Regolamento definitivamente approvato opera una distinzione tra servizi prestati a pagamento e servizi gratuiti. Partendo dalla constatazione che sarebbe eccessivamente oneroso imporre dei sistemi di identificazione della residenza del soggetto che accede al servizio a prestatori che offrono i propri servizi gratuitamente (come chiaramente illustrato nei consideranda 18 e 20), non impone la portabilità a questi soggetti ma lascia loro la facoltà di decidere se predisporre o meno i mezzi necessari all'identificazione della residenza dell'utente, come descritti dall'art. 5 del Regolamento, presupposto per l'applicazione del quadro normativo del Regolamento stesso.

(la portabilità del diritto di accesso ad un'opera da parte dello stesso pubblico). In questa maniera, è come se "fisicizzasse" l'opera digitale e ne consentisse la circolazione.

La proposta COM(2016)594 si occupa di un diritto a base pluriterritoriale, come era il caso del satellite, cioè il primo mezzo di possibilità tecnica di sfruttamento dell'opera su base pluriterritoriale (e non multiterritoriale, cioè non somma, ma unico territorio plurinazionale in un unico atto).

La proposta COM(2016)594 si limita alla messa a disposizione online (e solo lineare o in catch-up) delle emissioni tv e non riguarda in generale il caricamento online di qualsiasi contenuto. Quindi affronta il problema della pluriterritorialità della rete e delle conseguenze sul piano dell'acquisizione dei diritti limitandosi solo, sul piano soggettivo, alle emittenti (cioè broadcasters lineari); sul piano oggettivo, alle emissioni in simulcasting cioè sempre in modalità lineare e in modalità catch-up). Quindi, né la proposta COM(2016)594 né la COM(2015)627 incidono in termini generali e sistematici sul tema generale della messa in rete di opere dell'ingegno e dell'individuazione della territorialità dello sfruttamento o del superamento del principio di territorialità.

Alcune ulteriori riflessioni in tema di territorialità delle norme del diritto d'autore e di responsabilità del *provider* alla luce delle proposte della Commissione europea

GIORGIO MONDINI*

SOMMARIO: 1. Principio di Territorialità, 99 – 2. Introduzione, 100 – 3. Responsabilità del *Service Provider*, 105.

1. Principio di Territorialità

Come è noto, il sistema di protezione internazional-privatistica del diritto d'autore ed in genere dei diritti di privativa industriale si fonda sul principio di territorialità, in forza del quale i rapporti relativi a tali diritti che presentino elementi di estraneità rispetto all'ordinamento nazionale sono regolati dalla legge del paese in cui si invoca la tutela (*lex protectionis*). Tale principio, che deriva dallo stretto collegamento tra lo stato e i diritti di privativa, intesi come diritti di monopolio, è alla base delle principali convenzioni internazionali, in primis della Convenzione di Berna (art. 5.2) ed è fatto proprio dalle norme di diritto internazionale privato della maggior parte dei paesi, tra cui l'Italia (art. 54 l. 31/5/1995 n. 218).

Il principio di territorialità, collegato a quello del trattamento nazionale stabilito dalla convenzioni, ha avuto il merito storicamente di facilitare il processo di armonizzazione internazionale attraverso l'assimilazione su base nazionale del trattamento delle opere indipendentemente dalla nazionalità degli autori. Esso, tuttavia, ha avuto l'effetto di frazionare la disciplina del diritto d'autore su base nazionale rendendo difficoltosa la circolazione internazionale delle opere.

* Avvocato.

Trattasi di un problema già sentito in passato con la diffusione internazionale dei prodotti culturali e che si è vieppiù aggravato allorché con l'avvento di Internet e la smaterializzazione delle opere è venuto meno il collegamento tra le opere (e gli autori) e il luogo di utilizzazione delle stesse. Di qui la ricerca di un criterio alternativo a quello del principio di territorialità, soprattutto laddove, come nell'Unione Europea, l'obbiettivo perseguito è quello del ravvicinamento o unificazione dei mercati.

2. Introduzione

2.1. *Frazionamento dei mercati e norme in materia di diritti d'autore*

Il frazionamento dei mercati e delle normative nazionali in materia di diritti d'autore e diritti connessi è da sempre considerato dalle Istituzioni Comunitarie come un ostacolo, forse il principale, per l'attuazione del mercato unico e in particolare, per quanto riguarda l'industria digitale e la circolazione delle opere in rete, del *Digital Single Market*.

I principali problemi che si pongono in ambito europeo per effetto del frazionamento territoriale con specifico riferimento ai prodotti audiovisivi, sono da un lato la segmentazione del mercato da parte dei *rightowners* con la concessione di licenze in regime di esclusiva territoriale e ciò sia per massimizzare i proventi, sia per tener conto delle differenze linguistiche e culturali, dall'altro la difficoltà nell'ottenimento delle autorizzazioni dei titolari dei diritti nei vari paesi con gravi ripercussioni sullo sfruttamento dei nuovi media on line che richiederebbe soluzioni semplici e rapide (*one stop shop*).

Il problema è aggravato dalla frammentazione nazionale del sistema di gestione collettiva dei diritti.

Gli strumenti che il Legislatore comunitario aveva ed ha a disposizione per ovviare agli inconvenienti derivanti dalla segmentazione nazionale dei diritti nel settore dei prodotti audiovisivi e per la creazione di un mercato unico digitale sono, per un verso, le iniziative portate avanti fin dagli anni '90 per l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri (iniziative che nonostante gli sforzi si sono rivelate molto carenti e inadeguate), per altro verso la scelta di una unica legge

per la disciplina del diritto di comunicazione al pubblico (e in genere dei diritti d'autore) nella utilizzazione online delle opere audiovisive.

In teoria si sarebbe potuto seguire anche un'altra strada, quella dell'esaurimento comunitario del diritto d'autore anche per gli sfruttamenti online. Senonché, nella Direttiva 2001/29/CE¹ (art. 4 e considerando n. 29) viene espressamente esclusa questa possibilità, laddove si stabilisce che la questione dell'esaurimento non si pone per i servizi e soprattutto per i servizi on line, nonché per le copie ottenute da un utente di tali servizi con il consenso del titolare del diritto. Al riguardo si veda la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea *Used Soft/Oracle*² che ha riconosciuto il principio di esaurimento con riferimento a copie di software usato e quindi nell'ambito della direttiva software³ soltanto.

2.2. Il principio del paese di origine

La prima applicazione del principio del paese d'origine è stata fatta dal Legislatore comunitario con la Direttiva satellite/cavo⁴, con cui si stabilisce che « la comunicazione al pubblico via satellite si configura unicamente nello Stato Membro in cui, sotto il controllo e la responsabilità dell'organismo di radiodiffusione, i segnali portatori di programmi sono inseriti in una sequenza ininterrotta di comunicazione diretta al satellite e poi a terra ».

Esprimono lo stesso principio nella stessa direzione anche i considerando 14 e 15, secondo i quali l'acquisto in via contrattuale dei diritti di esclusiva sulle emissioni di radiodiffusione deve avvenire

1. 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, reperibile a: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:IT:PDF>.

2. Sentenza della Corte di Giustizia UE del 3 luglio 2012, causa C128/11, *UsedSoft GmbH contro Oracle International Corp.*, reperibile a: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=124564&doclang=IT>.

3. Direttiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, Versione codificata reperibile a: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:111:0016:0022:IT:PDF>.

4. Direttiva 93/83/CEE del Consiglio del 27 settembre 1993 per il coordinamento di alcune norme in materia di diritto d'autore e diritti connessi applicabili alla radiodiffusione via satellite e alla ritrasmissione via cavo, reperibile in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31993L0083&from=IT>.

nell'osservanza della normativa sul diritto d'autore e diritti connessi vigente nello Stato in cui ha luogo la comunicazione al pubblico cioè nello Stato di *uplink* del segnale. La stessa direttiva parla anche di uno « spazio audiovisivo europeo » (considerando 9), anche se poi fa salva l'autonomia contrattuale che « permetterà di continuare a limitare lo sfruttamento dei diritti con riferimento a determinati metodi tecnici di trasmissione o a determinate versioni linguistiche » (considerando 16) e prevede una particolare disciplina per i contratti di coproduzione internazionale.

Con le ultime proposte annunciate il 14/9/2016 il Legislatore Comunitario sembra avere scelto la soluzione del Paese d'origine, anche se con riferimento allo Stato Membro in cui si trova la sede principale dell'emittente o del fornitore del servizio ha la sede principale o il luogo in cui è svolta l'attività editoriale e non il luogo in cui avviene tecnicamente l'atto di comunicazione come nella vecchia Direttiva Satellite.

Mi riferisco, in particolare, alla proposta di Regolamento relativo ai servizi online accessori delle emittenti e ai diritti sulla ritrasmissione⁵ che imporrebbe una sorta di « licenza multiterritoriale obbligatoria » per i servizi online delle emittenti (*simulcasting* e *catch-up TV*), al Regolamento sulla portabilità dei contenuti online (proposta n. 627⁶) e alla proposta di Direttiva recante modifica della Direttiva 2010/13/UE relativa alla fornitura di servizi di media audiovisivi.⁷ Concordo pienamente con il Relatore che mi ha preceduto nel ritenere che la portata di queste proposte (ammesso che si trasformino poi in atti legislativi

5. Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce norme relative all'esercizio del diritto d'autore e dei diritti connessi applicabili a talune trasmissioni online degli organismi di diffusione radiotelevisiva e ritrasmissioni di programmi televisivi e radiofonici (COM 594) del 14 settembre 2016, reperibile a: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-594-IT-F1-1.PDF>.

6. Regolamento (UE) 2017/1128 del 14 giugno 2017 del Parlamento Europeo e del Consiglio che garantisce la portabilità transfrontaliera dei servizi di contenuti online nel mercato interno, COM(2015) 627 del 9.12.2015 <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/IT/1-2015-627-IT-F1-1.PDF>.

7. Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 2010/13/UE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato, COM(2016) 287 final del 25.5.2016, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-287-IT-F1-1.PDF>.

veri e propri nella loro attuale versione) non deve essere sopravvalutata e non ha quella incidenza dirompente sull'assetto dei diritti all'interno dell'Unione che alcuni vi hanno ravvisato, ipotizzando il superamento del principio di territorialità e provocando la reazione degli ambienti legati all'industria dei contenuti, in particolare di quella cinematografica⁸. In primo luogo occorre precisare che le proposte in questione, fondate sul principio del Paese d'origine (dello stabilimento del fornitore), non si applica evidentemente ai fornitori di servizi media di Paesi terzi che non abbiano sede o stabilimento nell'Unione (ad esempio piattaforme per la messa a disposizione di opere audiovisive operanti da Paesi terzi).

In secondo luogo, nel settore audiovisivo i titolari dei diritti sono i produttori delle opere cinematografiche e assimilate che gestiscono in piena autonomia i loro diritti in particolare il diritto di comunicazione e di messa a disposizione) mediante licenze concesse su base territoriale e non sono normalmente rappresentati dalle società di gestione collettiva.

Si tenga presente a tale riguardo che la concessione delle licenze territoriali, lungi da rispondere a logiche arbitrarie, spesso è dettata da motivazioni linguistiche o di diversità culturali o, più semplicemente, dalla disponibilità dei diritti per alcuni paesi. Non si vede come questa autonomia possa essere limitata dalle proposte legislative in questione.

In realtà tali norme potrebbero, se mai, incidere sulla portata delle autorizzazioni da parte delle società di gestione collettiva che gestiscono i diritti degli autori per quanto riguarda le musiche e l'equo compenso previsto dall'art 46 bis l.d.a. (e forme a questo comparabili, esistenti in altri paesi europei) nonché dei diritti connessi, ad esempio estendendo il ricorso alle licenze multiterritoriali previste dalla Direttiva citata per i servizi musicali online.

Ma è dall'esame delle stesse norme contenute nelle proposte legislative di cui si parla che risulta fortemente ridimensionata l'incidenza del principio del Paese d'origine sull'assetto in termini sistematici del principio di territorialità.

In primo luogo occorre osservare che né nella Direttiva sui servizi di media audiovisivi del 2010, (cosiddetta Direttiva SMAV), né

8. Tra le diverse iniziative delle categorie interessate si segnala: *Il futuro del settore audiovisivo in Europa alla luce del regolamento SAT-CAB*, Seminario tenuto l'8 maggio 2017 presso l'Università LUISS.

nella proposta di modifica della stessa, illustrata anche nel contributo precedente di Francesco Graziadei, — che pure sono gli strumenti legislativi più importanti e di più ampia portata nel settore dei servizi di media audiovisivi sia lineari che a richiesta — compaiono norme, simili a quelle che abbiamo visto nella Direttiva satellite, che assoggettino alla legge del Paese d'origine la disciplina dei diritti d'autore o connessi relativi alle comunicazioni al pubblico.

Il principio del Paese d'origine, che pure costituisce l'elemento fondante della Direttiva SMAV e della proposta di riforma, viene richiamato in tali atti al solo fine dell'applicazione delle norme materiali (norme a tutela dei minori e dei consumatori, norme in materia di pubblicità e sponsorizzazioni, in materia di promozione delle opere europee e così via), non già per la designazione della legge applicabile ai diritti d'autore e connessi che in tali provvedimenti non vengono neppure menzionati.

Il Regolamento sulla portabilità prevede poi un'estensione delle norme del paese di residenza dell'abbonato, stabilendo con una *fiction iuris* che i pertinenti atti del diritto d'autore che si realizzano nel momento in cui il servizio è prestato ai consumatori in base alla portabilità transfrontaliera sono avvenuti esclusivamente nella Stato membro di residenza, (così la relazione accompagnatoria della proposta).

Il Regolamento, peraltro, non pone in alcun modo in discussione l'esclusiva territoriale delle licenze, ma si limita a dichiarare inapplicabili limitatamente ai soggetti interessati alla portabilità transfrontaliera le disposizioni contrattuali in contrasto con la estensione suddetta.

2.3. La proposta di Regolamento sui servizi online accessori

Quanto infine alla già citata Proposta di regolamento sui servizi online accessori delle emittenti⁹, che pure ha sollevato vivaci reazioni di protesta da parte dei produttori di contenuti, si osserva in linea con quanto rilevato dal Relatore, che essa da un lato ha una portata molto limitata, in quanto riguarda solo la messa a disposizione on line (non

9. Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce norme relative all'esercizio del diritto d'autore e dei diritti connessi applicabili a talune trasmissioni online degli organismi di diffusione radiotelevisiva e ritrasmissioni di programmi televisivi e radiofonici, COM(2016) 594.

il relativo caricamento) e solo in modalità lineare delle emissioni televisive.

Come si ricava dal considerando 8, la regola secondo cui gli atti di comunicazione al pubblico si intendono avvenuti nello Stato membro dove l'emittente ha la sede principale (e ciò in *order to facilitate the clearance of rights for the provision of ancillary online services across borders*) « *should apply exclusively to the relationship between right holders (or entities representing right holders such as collective management organisations) and broadcasting organizations and solely for the purpose of the provision of, the access to or the use of an ancillary online service* ». Così delimitata la portata delle disposizioni in esame relativa ad una fattispecie molto specifica, non sembra che questa Proposta di Regolamento possa avere un'incidenza generale e significativa sull'esclusiva territoriale delle licenze.

2.4. Conclusioni

Per concludere sul punto, non sembra che l'adozione da parte del Legislatore comunitario del principio del Paese d'origine costituisca sul piano sistematico e generale una soluzione del problema della segmentazione delle licenze e del frazionamento dei diritti. La vera soluzione di questo problema potrebbe, a mio avviso, derivare solo dal completamento del processo di armonizzazione delle norme in materia di diritto d'autore e diritti connessi, in atto da vari decenni, anche se con risultati non del tutto soddisfacenti, almeno per quanto riguarda le materie che hanno maggiore rilevanza nei rapporti transfrontalieri. Un importante passo avanti è rappresentato dalla Proposta di direttiva n.593 sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, citata in altre relazioni.

3. Responsabilità del Service Provider

A questo punto vorrei fare una brevissima riflessione sulla *vexata quaestio* della responsabilità degli *Internet service providers* alla luce della citata Proposta (COM(2015)287 final) di modifica della Direttiva del 2010 sui Servizi di media audiovisivi.

Uno degli obbiettivi della Proposta di modifica è l'estensione della normativa contenuta nella Direttiva SMAV (sulla tutela dei minori, sulla pubblicità, sulla promozione delle opere europee ecc.) alle piattaforme di condivisione dei contenuti online generati e/o caricati dagli utenti, cui tale direttiva non si applicava in quanto i fornitori di servizi su tali piattaforme spesso non hanno la responsabilità editoriale dei contenuti memorizzati sulle stesse (così la Relazione accompagnatoria).

Occorre premettere che per effetto dell'estensione della normativa sulla fornitura di servizi media audiovisivi alle piattaforme di condivisione degli UGC, ai fornitori di servizi di tali piattaforme vengono imposti una serie di obblighi consistenti tra l'altro nell'adozione di misure adeguate per verificare, anche in collaborazione con gli utenti, che i contenuti memorizzati non siano in contrasto con la normativa della Direttiva Smav, prevedendo che gli Stati membri possono imporre misure anche più rigorose in relazione ai contenuti illeciti (art. 28 bis).

Si stabilisce, inoltre, che il servizio di piattaforma per la condivisione di video consiste nella memorizzazione di un numero importante di programmi o di video generati dagli utenti per i quali il fornitore della piattaforma non ha responsabilità editoriale (intesa quale controllo effettivo sui programmi e sui cataloghi) e che « l'organizzazione del contenuto memorizzato è determinata dal fornitore del servizio, anche con mezzi automatici o algoritmi, in particolare mediante *hosting*, visualizzazione, attribuzione di tag e sequenziamento (art 1) ».

Va altresì segnalata la Proposta di Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, ampiamente citata nell'introduzione, che nell'art. 13 (*Utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi della società dell'informazione che memorizzano e danno accesso a grandi quantità di opere e altro materiale caricati dagli utenti*), prevede una norma in forza della quale i prestatori di servizi della società dell'informazione che memorizzano e danno pubblico accesso a grandi quantità di opere o altro materiale caricati dagli utenti adottano, in collaborazione con i titolari dei diritti, misure miranti a garantire il funzionamento degli accordi con essi conclusi per l'uso delle loro opere o altro materiale ovvero volte ad impedire che talune opere o altro materiale identificati dai titolari dei diritti mediante la collaborazione con gli stessi prestatori siano messi a disposizione sui loro

servizi. Tali misure, quali l'uso di tecnologie efficaci per il riconoscimento dei contenuti, sono adeguate e proporzionate. I prestatori di servizi forniscono ai titolari dei diritti informazioni adeguate sul funzionamento e l'attivazione delle misure e, se del caso, riferiscono adeguatamente sul riconoscimento e l'utilizzo delle opere e altro materiale.

Gli Stati membri provvedono a che i prestatori di servizi di cui al paragrafo 1, istituiscano meccanismi di reclamo e ricorso da mettere a disposizione degli utenti in caso di controversie in merito all'applicazione delle misure di cui al paragrafo 1.

Gli Stati membri, infine, facilitano, se del caso, la collaborazione tra i prestatori di servizi della società dell'informazione e i titolari dei diritti tramite dialoghi fra i portatori di interessi, al fine di definire le migliori prassi, ad esempio l'uso di tecnologie adeguate e proporzionate per il riconoscimento dei contenuti, tenendo conto tra l'altro della natura dei servizi, della disponibilità delle tecnologie e della loro efficacia alla luce degli sviluppi tecnologici.

È noto l'orientamento giurisprudenziale in ordine all'interpretazione delle norme della Direttiva 2000/31/CE su alcuni aspetti relativi al commercio elettronico (recepita nel nostro ordinamento con D.lgs n. 70/03) relative alla esenzione da responsabilità del prestatore di servizio di hosting. Dopo un primo contrasto tra il Tribunale e la corte d'Appello di Milano nelle sentenze RTI/Yahoo e altre piattaforme, l'orientamento prevalente è nel senso che l'esenzione da responsabilità di cui all'art 14 della Direttiva 2000/31/CE si applica alle piattaforme di condivisione in tutti i casi in cui il *provider* si limiti ad una attività di hosting, puramente tecnica, anche se accompagnata da funzionalità sofisticate di condivisione di informazioni con gli utenti e dall'abbinamento a servizi pubblicitari, purché le caratteristiche concrete dell'attività svolta non siano tali da determinare il mutamento della natura del servizio di *hosting provider* di tipo passivo in servizio di hosting attivo.

A questo punto, pare legittimo domandarsi se alla luce della estensione alle piattaforme di condivisione dei contenuti online degli obblighi imposti dalla proposta di modifica della direttiva SMAV e dalla Proposta di Direttiva sul diritto d'autore nel mercato digitale valga ancora la generale esenzione da responsabilità prevista dalla Direttiva e-commerce per quanto riguarda le piattaforme in questione alla stre-

gua dei criteri interpretativi elaborati dalla giurisprudenza italiana e comunitaria.

Mi limito in questa sede a porre la domanda senza pretesa di offrire una soluzione, che potrà venire da un ulteriore approfondimento una volta che le proposte in questione si trasformeranno in atti normativi.

Differenti discipline applicabili ai nuovi modelli di business dell'industria musicale

MARIA LETIZIA BIXIO*

SOMMARIO: 1. Dal dato statistico al dato fattuale: i valori dell'industria musicale, 109 – 2. Varietà di piattaforme e tenuta giuridica dei nuovi modelli di business, 112 – 3. Le patologie dei sistemi di distribuzione online, 120 – 4. Strumenti e soluzioni dalla Commissione europea, 128.

1. Dal dato statistico al dato fattuale: i valori dell'industria musicale

In ordine ad un'analisi dei principali modelli di *business* applicabili al comparto della distribuzione della musica online, non inutile è parso iniziare questo studio volgendo l'attenzione ai recenti dati statistici del settore, presentati in due studi internazionali, rispettivamente, il *Global Music Report*¹ 2016 e la *Ricerca IPSOS* per IFPI sugli usi degli utenti online².

La parentesi iniziale riguardo il dato statistico consente, al giurista che vi si accosta, di acquisire piena contezza delle dimensioni del fenomeno e l'ampiezza, dunque, dei problemi che saranno oggetto di questo lavoro.

Partendo dal *Global Music Report*, guardando alla principale fonte di ricavo per la discografia del mercato musicale globale, il primo dato

* Università Europea di Roma.

1. Lo studio viene commissionato annualmente dall'*International Federation of the Phonographic Industry* — Federazione internazionale dell'Industria Fonografica — che è un'organizzazione senza finalità di lucro, rappresentativa degli interessi dell'industria discografica a livello mondiale. Il rapporto è accessibile al sito: www.ifpi.org/recording-industry-in-numbers.php.

2. I dati sono stati presentati nella ricerca IPSOS per IFPI, i cui risultati sono disponibili in italiano al sito: http://www.fimi.it/app/uploads/Music_Consumer-Insight-Report2016_ITA-1.pdf.

a sorprendere è l'evidenza del definitivo superamento degli introiti derivanti dal mercato della musica su supporto fisico, oggi pari al 34% del totale, da parte di quelli derivanti dal comparto digitale³, i cui ricavi rappresentano invece ben il 50%⁴.

Quanto alle abitudini ed agli usi dei fruitori, oggetto del secondo studio, la strada che dovrebbe portare ad una maggiore propensione alla scelta di alternative legali per la fruizione dei contenuti culturali, pare ancora impervia; infatti, solo il 48% degli utenti internet si è dichiarato disposto a pagare per l'ascolto di musica in generale, senza distinzioni tra acquisti fisici, *download* a pagamento o servizi di *streaming* in abbonamento. Il dato, pur segnando un miglioramento rispetto al passato, non appare sufficiente per ritenere superato il problema delle violazioni del diritto d'autore, basti pensare che il 35% della popolazione accede ai contenuti dichiaratamente senza licenza. Non conforta, pertanto, l'apparente diminuzione dei metodi tradizionali di "pirateria fisica" (tramite acquisto di CD contraffatti) e digitale (tramite *downloading*)⁵, in quanto a minare il tracciato della legalità

3. Le restanti quote di ricavi dell'industria musicale globale, sono occupate per il 14% dai diritti connessi di pubblica esecuzione e per il 2% dalle sincronizzazioni.

4. Quote di mercato ben differenti se si ripercorrono i dati del rapporto IFPI 2015, dove gli introiti derivanti dal mercato del digitale e quelli del fisico erano entrambi pari al 46% del totale, con un restante 8% proveniente dai diritti di riproduzione e sincronizzazione. Tuttavia già nel 2015 negli Stati Uniti, così come in alcuni Paesi del nord Europa, le vendite in digitale avevano già superato quelle fisiche. In generale la storia dell'industria discografica dell'ultimo ventennio ha mostrato una significativa evoluzione, che ripone oggi nello *streaming* la chiave della crescita e dello sviluppo del mercato, ciò nonostante in alcune aree geografiche e per determinate tipologie di artisti rimane salda la predominanza della vendita del fisico.

5. Risultati analoghi emergono sul fronte della pirateria audiovisiva in Italia, dove secondo l'indagine Ipsos per Fapav, presentata lo scorso giugno 2017, consultabile al sito: <http://www.fapav.it/1/osservatorio/1/>, a fronte della diminuzione dell'81% della pirateria fisica, si è registrato un aumento netto di quella digitale, pari al 78%, con un'allarmante ammontare di quasi 669 milioni di atti di pirateria compiuti in Italia nel 2016. Lo studio mostra, inoltre, come la pirateria non rappresenti solamente un limite culturale, ma anche e soprattutto un danno economico per il sistema Paese. Guardando ad esempio all'impatto combinato della pirateria di film e serie tv, le fruizioni perse sono orientativamente 128 milioni, pari ad un danno finanziario di circa 686 milioni di euro. È intuibile quanto forti siano le ripercussioni del fenomeno sull'economia nazionale, tanto per l'audiovisivo, quanto per il comparto musicale. Lo Studio Ipsos conclude con una proiezione complessiva della perdita annua futura, in termini di fatturato per le aziende di tutto il comparto culturale, pari a 1,2 miliardi di euro che, oltre ad implicare una contrazione del PIL di circa 427 milioni di euro, porterà alla perdita di oltre 6540 posti di lavoro.

vi è la diffusione di nuove prassi altamente tecnologiche che fanno da contraltare alle salvifiche buone pratiche, tra cui per tutte, l'ormai noto fenomeno dello *streaming* a pagamento (su abbonamento)⁶, in crescita del 45,2% come nuova e favorita modalità di fruizione legale dei contenuti audiovisivi.

Dal Rapporto IFPI si evidenzia quanto ampia sia la portata dei servizi *upload* di *streaming* rivolti ad uno sconfinato pubblico di fruitori (circa 900 milioni di utenti), utilizzo anche favorito dall'indebita applicazione del *safe harbour*, sui cui ci si soffermerà nel proseguo di questa indagine.

La lettura apparentemente positiva del dato in crescita dello *streaming*, va controbilanciata dalla portata depauperatrice di un altro fenomeno, questo del tutto illegale, chiamato *stream ripping*⁷, il cui incremento è strettamente correlato alla diffusione dei suddetti servizi. In tal senso, determinanti saranno gli interventi dell'Europa, sotto il profilo regolamentare, ma anche di editori, discografici e distributori, i quali in concreto, oltre a favorire il rilascio di licenze ai servizi digitali mondiali, per incentivare la continua semplificazione dell'accesso alla musica, dovranno necessariamente implementare strategie di *enforcement* per contrastare le molte *bad practice* in atto.

L'entusiasmo viene ulteriormente raffreddato se si guarda ai ricavi complessivi del settore, che, malgrado per la prima volta in quasi venti anni abbiano registrato una crescita pari al 3.2%, tuttavia vengono generati nell'alveo di un mercato fortemente distorto, dove, anche a fronte di un consumo da record della musica digitale, si riscontra la mancanza di un'equa corrispondenza nelle remunerazioni degli artisti e dei produttori rispetto a quelle incamerate dalle piattaforme che veicolano i contenuti musicali. Con il termine recentemente coniato *value gap*, si vuole indicare in generale la crescente disparità tra, il valore dei guadagni ottenuti dagli intermediari del web (piattaforme

6. In generale la storia dell'industria discografica dell'ultimo ventennio ha mostrato una significativa evoluzione, che ripone oggi nello *streaming* la chiave della crescita e dello sviluppo del mercato musicale, ciò nonostante in alcune aree geografiche, e per determinate tipologie di artisti, rimane salda la predominanza della vendita del fisico. Per una ricostruzione più ampia si veda CALOGERO A., *Streaming online e tutela del diritto d'autore*, Napoli 2011.

7. Lo *stream ripping* è un processo che consente la creazione di un file scaricabile dal contenuto inizialmente disponibile solo in *streaming*. La pericolosa *bad practice*, coinvolge nella fascia di utenti più giovani (fino a 16 anni) oltre il 49% degli utenti.

di upload) per l'utilizzo di contenuti creativi, e le remunerazioni degli autori e di tutti coloro che contribuiscono alla filiera produttiva dei contenuti stessi⁸. Il *value gap*, rappresentando forse la principale minaccia al futuro dell'industria musicale e culturale, è divenuto tema di nevralgica attualità anche sui tavoli della Commissione europea, la quale si è preposta di intervenire con strumenti normativi *ad hoc*.

2. Varietà di piattaforme e tenuta giuridica dei nuovi modelli di *business*

Portata a termine l'incursione nell'analisi statistica, e preannunciate luci ed ombre nella catena di valore dell'industria musicale *tout court*, si andranno ora ad esaminare i principali modelli di *business* per la distribuzione della musica in rete, al fine di testare la loro tenuta dinanzi agli schemi tradizionali di tutela del diritto d'autore.

Volgendo lo sguardo alle origini del processo di mutamento nell'era della convergenza, si ricorderà come a partire dagli anni duemila, in risposta alla crescente domanda dei consumatori di forme più economiche e veloci di fruizione dei contenuti tramite *Internet*, si siano rese necessarie forme alternative di accesso ai contenuti musicali, che inizialmente hanno sofferto di un momento di forte frizione con i sistemi nazionali di tutela del diritto d'autore.

Il processo di evoluzione determinato dall'adattamento delle peculiarità dell'industria musicale al mutamento del mercato a fronte del progresso tecnologico, ha vissuto un'alternanza di fasi propulsive,

8. Il rapporto Roland Berger sul ruolo degli intermediari online, commissionato nel 2015 dalla Gesac, *Groupement Européen des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs*, mostra come almeno un 27% dei ricavi che i contenuti culturali generano per gli intermediari del web, non restituisce alcun ritorno economico agli autori di quei contenuti. Per un maggiore approfondimento si veda *Roland Berger Strategy Consultants 2015, Report for GESAC Online Intermediaries*, al sito: http://www.rolandberger.com/gallery/pdf/Report_for_GESAC_Online_Intermediaries_2015_Nov_EUR.pdf. In particolare, partendo dall'analisi dei comportamenti dei cosiddetti distributori autorizzati, il Rapporto mostra come i ricavi per gli intermediari tecnici in Europa siano pari a circa 22 miliardi l'anno, di cui 16 per Google e 3 per Facebook, con un impatto diretto dei contenuti culturali sui ricavi di circa 5 miliardi, ovvero il 23 % del totale. Quanto all'Italia, è disarmante constatare come l'incidenza dei contenuti culturali resi fruibili online, quali musica, radio, tv, fotografia, stampa, libri, videogames, incida sul *business* di social, motori di ricerca, piattaforme e servizi *cloud* per il 27%: ovvero circa 369 milioni di euro.

paradossalmente all'insegna dell'illegalità, e momenti ricognitivi che hanno consentito il riequilibrio del mercato.

La prima reazione alle istanze di accesso del popolo della rete, giunse infatti con la creazione, nel 1999, di un *software* così detto di condivisione *peer to peer* (p2p), noto come rete Napster, il cui *database* centralizzato⁹ dava la possibilità agli utenti di scambiare, scaricare, copiare e diffondere liberamente i propri contenuti musicali in forma di Mp3.

Gli interventi successivi in sede legale da parte delle principali associazioni di autori, editori e discografici, si rivelarono tardivi, in quanto, la chiusura del singolo sito di Napster¹⁰ non bastò ad arginare quell'incessante proliferazione di piattaforme analoghe di *file-sharing* basate sul protocollo p2p, che, negli anni a venire, divennero capaci non solo di fornire servizi similari, ma anche di delocalizzare i propri server al fine di rendere irrintracciabili, e dunque irresponsabili delle violazioni di diritto d'autore, i gestori delle piattaforme¹¹.

Pur discutibili nelle loro applicazioni iniziali, i programmi di *file-sharing* custodivano in sé un potenziale utile per il miglioramento della distribuzione musicale. Lo sfruttamento controllato dalla loro struttura orizzontale, in uno spazio virtualmente senza confini come la rete, avrebbe infatti stimolato le iniziative future da parte di editori e discografici nella direzione di modificarne l'uso in chiave legale.

Infatti, la creazione delle prime alternative legali di distribuzione digitale dei contenuti, sarà lo strumento per assecondare l'istanza del

9. In generale i primi studi dei modelli di *business* per la fruizione online dei contenuti, risalgono al 2003 con i risultati delle ricerche del Berkman Center–Harvard School of Law. Cfr. GASSER U., SLATER D., SMITH M., PALFREY J., LOCKE E., MCGUIRE M., *Copyright and Digital Media in a Post–Napster World*, 2003, disponibile al sito: <http://cyber.law.harvard.edu/publications>; ID., *Five Scenarios for Digital Media in a Post–Napster World*, 2003, disponibile al sito: <http://cyber.law.harvard.edu/publications>; GASSER U. (a cura di), *iTunes: How Copyright, Contract, and Technology Shape the Business of Digital Media — A Case Study*, 2004, disponibile al sito: <http://cyber.law.harvard.edu/media/itunes>.

10. I riferimenti alle battaglie legali che riguardarono Napster sono ricostruiti da FISHER W., *Digital Music: Problems and Possibilities*, 2000 disponibile al sito: <http://www.law.harvard.edu/faculty/tfisher/Music.html>.

11. Spiega GIBLIN R., in *Physical World Assumptions and Software World Realities*, in 35 *Columbia Journal of Law & the Arts*, 2011, p. 98, come a seguito della chiusura di Napster, seguì una seconda generazione di reti P2P (Kazaa, Limewire e Grokster) sempre più evolute nel tentativo decentralizzare i server e sfuggire ai profili di responsabilità. Negli anni più recenti si è assistito ad una terza fase, segnata dal protocollo *BitTorrent*, il cui processo di distribuzione dei file musicali e video, è divenuto di ancora più complessa tracciabilità.

mercato di semplificazione dell'accesso e, al contempo, per contrastare l'iniziale portata predatoria dei sistemi p2p.

Ora, volendo sintetizzare i passaggi più significativi nella connotazione di un definitivo superamento del tradizionale sistema di fruizione dei contenuti culturali (in questa sede quelli musicali), vanno segnalati due principali momenti.

Il primo, di ordine fattuale, mette in evidenza l'obsolescenza del supporto fisico dinanzi al diffondersi della dimensione digitale¹²; uno stravolgimento apparente, per la lente dello studioso di diritto d'autore avvezzo alla mancanza di un *corpus mechanicum*, nella consapevolezza della trascendenza dell'opera dal suo supporto¹³.

Il secondo, di carattere relazionale, segna la transizione, congenita nell'era digitale, da una istanza di possesso ad una di accesso, nel precario bilanciamento tra diritto all'informazione, (distribuzione dei contenuti) e diritti di esclusiva (tutela della proprietà intellettuale)¹⁴.

12. Più diffusamente MONTAGNANI M.L., *Il diritto d'autore nell'era digitale, la distribuzione online delle opere dell'ingegno*, Milano 2012, p. 91.

13. L'eterna distinzione tra *corpus mechanicum* e *corpus mysticum*, su cui insiste nelle note pagine ASCARELLI T., in *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano 1956, p. 453-454, pone lo studioso dinanzi a quelle che Ascarelli definisce « due discipline giuridiche concernenti due serie di beni: la creazione intellettuale da un lato e una sua materiale estrinsecazione dall'altro ». La creazione intellettuale si contrappone, dunque, alle cose fisiche nelle quali si estrinseca e, talvolta, senza le quali non sarebbe concepibile. « La creazione intellettuale non è racchiusa nella cosa nella quale si estrinseca, ma la trascende. Appunto perciò essa è suscettibile di plurime estrinsecazioni, e così plurimo e solidale godimento, non essendo come tale localizzabile nello spazio e nel tempo, seppur nello spazio e nel tempo sia localizzabile l'atto della sua creazione. » Da ciò discende che sebbene in alcuni settori della creatività umana, come l'arte figurativa, vi sia una coincidenza tra l'oggetto del diritto e la sua materializzazione e dunque tra i due *corpora*, nella musica, come nel cinema o nella letteratura, è peculiare l'estrinsecazione del *corpus mysticum* in un numero ampio di uguali supporti di modesto valore che non incidono sull'apprezzamento qualitativo dell'opera stessa (tutte le fissazioni su supporto, che sia esso un disco o un cd, sono infatti identiche). Sul punto anche BERTANI M., *Diritto d'autore europeo*, Torino 2011, p. 107, ricorda che « limitare la protezione alla sola forma espressiva dell'opera significa d'altro canto che la privativa dell'autore insiste esclusivamente sulle sequenze di segni che la compongono (c.d. *corpus mysticum*), idonee per definizione a trasmigrare da un (tipo di) supporto materiale ad un altro. Reciprocamente il diritto d'autore non ha pertanto alcuna relazione con questi supporti (c.d. *corpora mechanica*), sui quali può insistere semplicemente un diritto di proprietà sulle cose corporali ».

14. In argomento si rinvia, in particolare allo studio dal Berkman Center for Internet and Society at Harvard Law School a cura di SLATER D., SMITH M., BAMBAUER D., GASSER U., PALFREY J., *Content and Control: Assessing the Impact of Policy Choices on Potential Online Business Models in the Music and Film Industries*, 2005, disponibile al sito: <http://cyber.law>.

Il coronamento di queste due fasi è il passaggio dal modello di *download* a quello di *streaming*, avvenuto all'insegna dei vantaggi socio-economici prodotti dalla smaterializzazione dei supporti¹⁵ e dalla disintermediazione della fruizione¹⁶.

Quanto poi alla struttura e al funzionamento dei principali modelli di *business*, che hanno caratterizzato la distribuzione legale della musica in rete¹⁷ (c.d. OMD — *Online model distribution*) all'indomani

harvard.edu/media/content_and_control. Cfr. anche: Tozzi F., *Dal possesso all'accesso. Diritto di autore e mercato musicale digitale*, in *Riv. Dir. Aut.*, gennaio-marzo 2015, p. 80, il quale individua un'ulteriore transizione anteriore al passaggio dal *download* allo *streaming* ovvero quella dal *personal computer* al *mobile device* anch'essa strategica, come si dirà in seguito, per i rilievi concorrenziali. Tra i primi ad aprire il dibattito sul tema, all'indomani della pubblicazione della direttiva 2001/29 sull'armonizzazione dei diritti d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, fu FABIANI M., nel saggio *Diritto d'autore e accesso a internet* in *Riv. Dir. Aut.*, n. 3/2001, p. 267 e ss. L'autore procede alla distinzione tra l'immissione dell'opera in una rete telematica e « l'accesso dell'utente all'opera espressa in codice digitale o binario », mostrando come il fruitore non sia più un soggetto passivo, ma nel nuovo quadro il rapporto diviene improntato alla interattività e alla socializzazione.

15. Si rimanda alla più ampia ricostruzione di FABIANI M., *La smaterializzazione delle tecnologie e la trascendenza dell'opera d'arte* in *Riv. Dir. Aut.*, 1/2005, p. 70 e ss.

16. La digitalizzazione dei formati e il ruolo crescente della rete nelle abitudini dei consumatori, hanno aumentato le possibilità di accesso ai contenuti musicali, abbattendo le barriere materiali del mercato fisico, e guadagnando in tempi e costi rispetto alla distribuzione tradizionale. Tra i molti vantaggi socio-economici legati alla disintermediazione, se ne evidenziano in particolare alcuni tra i principali. Anzitutto vi è un risparmio di costo a vantaggio degli autori, laddove attualmente la percentuale sul prezzo pagato dal consumatore ad esempio per l'acquisto di un disco, lascia al compositore e all'artista interprete una quota parte che non supera il 16% del prezzo di acquisto. Con la distribuzione su *Internet* gestita direttamente dall'artista, invece, vengono abbattuti i costi associati alla produzione e alla distribuzione, ciò a beneficio tanto degli autori quanto dei consumatori. Altre conseguenze importanti derivanti dalla disintermediazione sono: l'eliminazione della sovrapproduzione e della sottoproduzione nonché l'aumento del numero e della varietà dei musicisti a vantaggio dei più giovani e dei repertori di nicchia. Altri spunti emergono dall'analisi di FISHER W., *Digital Music: Problems and Possibilities*, 2000, disponibile al sito: <http://www.law.harvard.edu/faculty/tfisher/Music.html> e nelle valutazioni economiche di COOPER M., *Structured Viral Communications: The Political Economy and Social Organisation of Digital Disintermediation*, in *The Journal on Telecommunications and High Technology Law*, 2011, p. 15. Rispetto all'ordinamento americano si vedano le riflessioni di GINSBURG J., *Access to copyright works in DMCA*, in *Copyright a right to control access to work?*, Bruxelles 2000, p. 60 e ss. in cui si osserva come il diritto accordato dal Congresso americano è quello di prevenire le elusioni delle misure tecnologiche di controllo dell'accesso.

17. Modelli dall'analogica struttura caratterizzano la distribuzione online di contenuti audiovisivi: con l'acronimo TVOD si indica il modello di *iTunes* di *Apple* e di *Chili Tv*, in cui si acquista ogni singolo contenuto; con SVOD il modello *Netflix*, *Infinity*, *Tim Vision*, in cui l'accesso all'intero catalogo avviene tramite pagamento di un canone fisso mensile; infine,

dell'era della digitalizzazione, si partirà dai modelli finanziati dalla somma delle singole transazioni economiche operate dagli utenti (*Transactional based model*), passando per quelli basati sulla sottoscrizione di abbonamenti (*Subscription based model*), per approdare all'esame critico delle piattaforme *User generated content* meramente *Advertising based model*¹⁸.

Nel primo modello *Transactional*, ovvero di *downloading* diretto, le piattaforme, in qualità di legittime licenziatarie da parte degli aventi diritto dei contenuti — che a loro volta sub-licenzieranno — autorizzano agli utenti "l'acquisto"¹⁹ di uno o più brani musicali di loro scelta, per un numero di ascolti illimitato; le piattaforme che per prime si sono configurate in questa struttura sono state: *iTunes* di Apple²⁰, *Amazon* e *Google Play*.

con AVOD si richiama il modello Youtube, in cui l'accesso è gratuito è la principale fonte di ricavo deriva dagli introiti pubblicitari.

18. Per una dissertazione più ampia sui modelli di distribuzione online si rimanda a SOLO A., *The Role of Copyright in an Age of online Music Distribution*, in *Media and Arts Law Review*, 2014, p. 169 e ss. L'autore illustra una panoramica dell'industria musicale americana prima e dopo la diffusione dei modelli di distribuzione online, tra questi propendendo per i sistemi di *streaming* basati su licenze obbligatorie.

19. Il termine rischia di esser fuorviante. I consumatori, infatti nei sistemi di *download* non sempre acquistano i contenuti, ma il più delle volte, una licenza d'uso, come nel caso della piattaforma *iTunes*. Le *libraries* via via costituite dagli utenti, non sono suscettibili di esser trasferite a terzi o copiate su altri supporti. I termini e le condizioni di utilizzo di *iTunes*, oggetto di segnalazioni da parte dei consumatori dinanzi all'Antitrust, sono ingannevoli, in quanto il consumatore di musica nel passaggio dal fisico al digitale rischia di non comprendere i diritti che perde nel mercato virtuale. Poiché la realtà del web ha creato fattispecie che non sempre possono essere ricondotte alle categorie giuridiche note, sorgono problemi giuridici che possono essere risolti nel coordinamento sovranazionale di regolamentazioni e *practices*. La mancanza di un vero e proprio acquisto dei brani di una *library* può suscitare ad esempio problemi di natura successoria, laddove molte condizioni d'utilizzo delle piattaforme in questione (*Amazon* e *iTunes*) escludono espressamente la trasmissibilità agli eredi tanto delle credenziali di accesso alle risorse informatiche, quanto di quell'*asset* di beni intangibili apparentemente detenuti, ma al contempo indisponibili. Cfr. condizioni e termini di utilizzo di *iTunes* su: www.apple.com/legal/internet-services/itunes/it/terms.html.

20. La piattaforma *iTunes* fu lanciata sul mercato nel 2003, quando la prima fase di distribuzione digitale illegale era già in stato avanzato. Alla spalle della Apple, nell'ambiziosa operazione di introduzione nel mercato di un'alternativa legale al P2P, ci furono le principali case discografiche che acconsentirono alla nuova modalità di fruizione dei contenuti, non più per album, ma per singolo brano musicale. Il modello di vendita, *pay-per-download*, scelta e pagamento delle sole tracce d'interesse, ha scardinato i precedenti meccanismi basati sulla vendita dell'intero album musicale, dando vita a nuove forme di valorizzazione dei repertori, quali le *playlist* e le *libraries*. Questo meccanismo viene definito *à la carte* da MONTAGNANI M.L., NUCCIO M., BORGHI M., *Online Distribution of Digital Goods: Empirical Evidence from Bottom-up Cluster Analysis*, 2011, disponibile su SSRN, secondo cui: « The success of *iTunes* is linked to the

Non superfluo, a tale proposito, è il ricordare come inizialmente il mercato del *download* si sia sviluppato parassitariamente al fianco di un altro settore, ovvero quello dei *devices*; fu il caso ad esempio della barriera d'accesso imposta al mercato della musica dall'*iTunes store*²¹, compatibile inizialmente con i soli dispositivi tecnologici di fruizione prodotti dalla stessa *Apple*. Nessun dubbio che tali pratiche abbiano suscitato preoccupazione per i profili anticoncorrenziali²², ma nel tempo, la parallela evoluzione del mercato dei *devices*, si pensi alla diffusione esponenziale di *smartphone* e *tablet*, non più solo *Apple*, ha continuato a giovare ai modelli di *download*, pressoché illimitati fatta salva la congenita capacità della memoria del supporto.

Con i modelli di distribuzione online in *streaming*, si è invece palesato il coronamento di quella trascendenza di cui si è detto, precipua dell'opera dell'ingegno.

All'insegna dell'avvenuto completamento del processo di smaterializzazione di tutti i supporti su cui è stato possibile imprimere l'opera musicale — da ultimo la memoria del *device* —, assistiamo oggi ad una sempre più viva (per taluni rassegnata) rinuncia a qualsiasi forma di fissazione e possesso. La musica si estrinseca come pura trasmissione aerea del suono, in grado di recuperare persino, o forse soltanto, le tipicità dell'esecuzione dal vivo²³.

offer of pay-per-download music files, in comparison to previous DMs (e.g., Pressplay and MusicNet) which made services available only by subscription. Moreover, iTunes was the first to offer a wide selection of single musical works, including major popular hits, although the iTunes business is, or at least was initially, selling iPod player ».

21. In Norvegia nel 2007 il sistema DRM di *Apple* fu definito dall'Antitrust una « tecnologia illegale di blocco » a causa della denegata interoperabilità con altri *devices*. Cfr. *Apple DRM Illegal in Norway: Ombudsman*, 24 gennaio 2007, disponibile su: http://www.theregister.co.uk/2007/01/24/apple_drm_illegal_in_norway/.

22. Oggi, pur non essendoci più dei vincoli tecnologici imposti sulla modalità di fruizione, si discute sul potenziale monopolistico delle piattaforme il cui controllo esclusivo dei contenuti protetti dal diritto d'autore potrebbe portare ad abusi di posizione dominante. Tuttavia, la costante diversificazione dei modelli di distribuzione online, e la natura temporanea delle licenze, continuano ad assicurare il mantenimento di un equilibrio concorrenziale tra i *players*. In tal senso più diffusamente, MERGES R., *IP Rights and Technological Platforms*, 2008, disponibile su SSRN: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=131522.

23. Lo *streaming* consente la riproduzione live di concerti ed eventi, ma le considerazioni in tema di indisponibilità dei contenuti rimangono le stesse a quelle svolte con riguardo alle piattaforme di *download* (*Supra* nota 19).

Guardando all'essenza del modello di distribuzione in *streaming*, sono da segnalare due elementi peculiari: un investimento iniziale da parte della piattaforma nell'acquisto delle licenze sui repertori musicali, e la previa sottoscrizione di un abbonamento periodico da parte degli utenti (*Subscription model*). Gli introiti, e dunque il sostentamento delle piattaforme, dipendono in sostanza dalla tipologia di servizi offerti. Nello *streaming* a titolo gratuito, definito *Advertising based*, gli utenti accedono al repertorio previa sottoscrizione gratuita alla piattaforma²⁴, la quale genera introiti dall'inserimento di banner ed interruzioni pubblicitarie durante l'utilizzo del servizio, nonché dal riutilizzo dei dati di consumo degli utenti registrati, che consente una redditizia profilazione ben rivendibile nelle indagini di mercato²⁵. Alternativamente, vi sono i servizi di *streaming* a pagamento, basati su formule di abbonamento, dove gli introiti sono generati direttamente dal versamento del canone mensile da parte di ciascun utente.

Infine, il terzo e ultimo modello di distribuzione della musica in rete, oggi tra i più diffusi, è quello adottato dalle piattaforme così dette "UGC", dove l'accesso da parte degli utenti è completamente gratuito e non necessariamente soggetto ad una previa iscrizione, in quanto i profitti derivano dalle inserzioni pubblicitarie (*Advertising model*)²⁶; la

24. Che il concetto di gratuità in rete sia un'utopia, è stato più volte ribadito e dimostrato. « L'offerta *low*, o addirittura *no cost* di informazioni, intrattenimento e cultura è lo strumento attrattivo di un più vasto pubblico, il quale "frutta" (non tanto come acquirente, bensì) come recettore, appunto, di pubblicità, offerte commerciali fonte appunto di sostanziosi, e pur indiretti, ricavi ». Cfr. GHIDINI G. in *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano 2015, p. 256.

25. Nel volume *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, a cura di FALCE V. e COLANGELO G., Bologna 2017, MAGGIOLINO M. definisce le piattaforme come « collettori o ri-utilizzatori di dati » p.63. Il saggio smentisce il falso mito della gratuità della rete, enfatizzando una molteplicità di rischi correlati alla sovrapposizione del duplice illecito: del dato personale e antitrust. Sebbene la collezione e il trattamento dei dati personali in Italia rispetti le norme del D.lgs. 196/2003 e si prepari all'adeguamento, dal prossimo 25 maggio 2018 all'attuazione del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, non possono escludersi in questa fase intermedia degli indebiti vantaggi di mercato a favore di quelle aziende che, approfittando della inconsapevolezza, e talvolta ignoranza dei consumatori, abbiano agito a dispetto della privacy. Cfr. anche LERNER A.A., *The Role of "Big Data" in Online Platform Competition*, 2014 disponibile su www.ssrn.com.

26. Un'analisi più dettagliata è offerta nell'analisi di MONTAGNANI M.L., NUCCIO M., BORGHI M., *op. cit.*, *Online Distribution of Digital Goods: Empirical Evidence from Bottom-up*

piattaforma non sostiene costi poiché i contenuti sono caricati dagli utenti e non licenziati dagli aventi diritto. Sebbene tecnicamente anche in questo caso l'accesso dell'utente è in modalità di fruizione *streaming*, vengono meno i presupposti del modello sopra descritto, ovvero il previo acquisto delle licenze sui repertori da parte della piattaforma di distribuzione²⁷.

Prima di affrontare le criticità e i vantaggi dei singoli modelli, parlando di “prove di resistenza del diritto d'autore”²⁸ sia consentito procedere con la preliminare verifica della tenuta giuridica dei modelli sopra descritti, dinanzi agli schemi ed ai regimi di esclusiva proposti dalla Legge sul diritto d'autore (Lda).

Guardando all'ampia prospettazione riconosciuta dal diritto di riproduzione, di cui all'art. 13, non viene difficile provare come la Legge del 1941 sia ancora capace di far fronte all'evoluzione tecnologica. Le fattispecie sopra analizzate del *downloading* e dello *streaming* paiono, infatti, ben inquadrabili nella norma che ha per oggetto « la moltiplicazione in copie diretta o indiretta, temporanea o permanente » di un'opera o di parte di essa, che, come viene puntualizzato, può essere realizzata « in qualunque modo o forma », senza preclusioni sulle possibili futuribili modalità di sfruttamento derivanti dal progresso scientifico²⁹.

Quanto alla previsione di cui all'art. 16 Lda, che disciplina il diritto esclusivo di comunicazione al pubblico dell'opera, la norma menziona in particolare « l'impiego di uno dei mezzi di diffusione a distanza [...] »

Cluster analysis, 2011: « Furthermore, distribution systems based on advertising incomes are the point of contact between traditional distribution and the recent phenomenon constituted by the UGCs. UGC platforms that support themselves by generating advertising incomes make content freely available to users, who are in turn exposed to advertising messages that generates income to supports the operation of the platform ».

27. Tra le principali piattaforme User Generated Content (UGC) vi sono Youtube e SoundCloud.

28. Titolo del convegno in cui è stata presentata la relazione da cui trae spunto questo saggio.

29. Il tema dell'accesso all'opera musicale nell'era delle tecnologie telematiche, o meglio nelle “infrastrutture delle informazioni”, veniva affrontato da FABIANI M., nel saggio *Diritto d'autore e accesso a internet*, op. cit. p. 267 e ss. nella fase del graduale passaggio dal paradigma della proprietà a quello, che oggi si afferma, dell'accesso al pubblico. L'autore esprimeva contrarietà all'introduzione di un nuovo diritto specifico per gli utilizzi sul web, ribadendo la non tassatività dell'elenco dei diritti di utilizzazione economica nonché l'elasticità dell'art. 12 sufficiente a ricomprendere la riproduzione « in ogni modo e forma ».

in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente», un paradigma che in tutta evidenza ben si adatta alla fattispecie dello *streaming online*.

E ancora, perfettamente adattabile al modello del *download* diretto, l'enunciato dell'art. 17 Lda che ha per oggetto la messa in commercio con qualsiasi mezzo dell'originale dell'opera. Infine con l'art. 18 bis Lda, il cui oggetto è « la cessione in uso degli originali, di copie o di supporti di opere [...] fatta per un periodo limitato di tempo ed ai fini del conseguimento di un beneficio economico o commerciale diretto o indiretto » lo schema normativo pare poter imbrigliare i modelli di *streaming* su abbonamento, precipuamente connotati dalla temporaneità dell'accesso.

In base a questa necessariamente sommaria panoramica è possibile propendere per una piena sostenibilità giuridica dei nuovi modelli di distribuzione online della musica rispetto alle tradizionali architetture ordinarie; corre l'obbligo, tuttavia, di approfondire le maggiori criticità che affliggono il sistema attuale.

3. Le patologie dei sistemi di distribuzione online

Certamente non poche sono le criticità che animano (e affliggono) il dibattito in tema di nuovi modelli di distribuzione online, di contenuti musicali e non solo, talune già desumibili da quanto precedentemente accennato.

L'aspetto più inquietante, su cui si vorrà soffermare, è dato dalle molte contraddizioni che tali sistemi occultano; pertanto, seppure non facile, e certamente prematuro, azzardare risposte all'insegna di una valutazione consuntiva sui tre principali livelli di criticità esaminati, economico, concorrenziale e socioculturale, tuttavia è opportuno problematizzarle.

3.1. *Value gap*

Partendo dal problema economico, al fine di poter trarre un bilancio, è necessario esaminare l'impatto trasversale dei singoli modelli per ciascuna macro categoria di soggetti coinvolti.

Facendo un passo indietro, si può dire che il diritto d'autore abbia assicurato una duplice tutela di carattere economico: da un lato

quella rivolta a beneficio degli autori dell'opera musicale, garantendo loro quell'equa remunerazione che fosse d'incentivo a una nuova produzione, dall'altro, quella assicurata a tutti coloro che attraverso l'attività di produzione, distribuzione e promozione, contribuiscano al successo e alla fruizione dell'opera.

Questa seconda tipologia di soggetti, per così dire intermediari, non solo ha profondamente mutato il proprio ruolo con il diffondersi dei modelli di distribuzione online sopra citati, ma sta vivendo una sorta di "trasformazione funzionale". Le attività di produzione, distribuzione e promozione, sono infatti da sempre state svolte da editori e produttori fonografici. Con l'avvento delle piattaforme, si può dire che quest'ultime si siano sostanzialmente "sostituite", o quanto meno affiancate, alle figure tradizionali. L'equa remunerazione ambita dagli autori ed artisti interpreti, ha subito dunque un ulteriore depauperamento dovuto alla sommatoria tra le quote editoriali e fonografiche, già dovute, e l'introduzione di *fee* per le piattaforme di distribuzione. In taluni casi, quando tali *fee* vengono percepite in mancanza del consenso degli aventi diritto, sono pari al cento per cento degli introiti; sottile la linea di demarcazione tra *fee* "inconsapevoli" — poiché generate automaticamente dalla pubblicità — e soprusi³⁰.

Ora, se si guarda ai sistemi sopra descritti, sempre più ardua diviene la risposta al celebre interrogativo *cui prodest?*

Apparentemente verrebbe da concludere che la gran parte degli introiti giunga alle sole piattaforme, in ragione di quella forte discrepanza di valore, accertata dagli studi statistici e definita *Value Gap*, che mostra la mancanza di corrispondenza nei ricavi ottenuti dalla filiera creativa rispetto ai guadagni derivanti agli "intermediari tecnici" (motori di ricerca, social network, aggregatori di contenuti, piattaforme audio/ video ecc.) che veicolano consapevolmente o inconsapevolmente i contenuti culturali³¹.

30. Nel dibattito che vede fronteggiarsi fautori dei modelli UGC, seppur a scapito degli aventi diritto ed a pieno beneficio delle piattaforme, LESSIG L., *Cultura libera: un equilibrio fra anarchia e controllo, contro l'estremismo della proprietà intellettuale*, Milano 2005, p. 91 ss, HESSE C., OSTROM E. (a cura di), *La conoscenza come bene comune, dalla teoria alla pratica*, Torino 2009, p. 83 e ss. Per contro nella dottrina italo-francese OLIVENNES D., *La gratuità è un furto. Quando la pirateria uccide la cultura*, Milano 2008 con un'Introduzione di ASSUMMA G.

31. Il *business* europeo è stato quantificato pari a 22 miliardi di euro annui, dati riportati dalla ricerca Europa Creativa, Ernst & Young 2016.

Tuttavia, la nozione di intermediario appare troppo ampia, in mancanza di ulteriori distinzioni. Si voglia per esempio di nuovo soffermarsi sui citati modelli di *streaming* a pagamento, con particolare riguardo alla più nota piattaforma in ambito musicale: la svedese *Spotify*. Trattandosi di un servizio basato sull'accesso a vasti repertori musicali, il presupposto per l'offerta legale dello *streaming* è il previo acquisto delle licenze d'uso dai titolari dei diritti da parte della piattaforma. Licenze multiple e complesse, aventi ad oggetto non solo le mere opere, ma anche le loro interpretazioni; dal diritto di pubblica esecuzione, a quelli di riproduzione fonomeccanica, da richiedersi rispettivamente ad autori, editori ed etichette discografiche (per le singole registrazioni fonomeccaniche)³². Dunque, una pluralità di diritti e di titolari che incidono significativamente sui costi transazionali sostenuti da piattaforme come *Spotify*, che, ad oggi, devolve alle *majors* circa il 75% delle proprie entrate nell'acquisto delle licenze.

Senza trarre conclusioni affrettate, nell'esaminare la suddetta complessa architettura pare quindi ravvisabile, un'ulteriore discrepanza di valore (per così dire un *value gap bis*) tra gli introiti delle etichette discografiche e quelli riconosciuti agli artisti interpreti. La definizione delle *royalties* spettanti agli artisti per la diffusione in *streaming* delle loro registrazioni concerne, infatti, i contratti discografici, accordi generalmente coperti da clausole di riservatezza, che, in relazione al maggior potere negoziale delle *majors*, di norma, impongono percentuali piuttosto esigue per gli artisti. Pertanto, malgrado nei modelli di *download* diretto e in quelli di *streaming* a pagamento la quota autoriale ed artistica, possa esser più garantita, grazie alla possibilità di conoscere le utilizzazioni e gli ascolti effettuati da parte del pubblico, i meccanismi di remunerazione analitica, potenzialmente premiali per tutta la filiera creativa (autori, artisti interpreti, editori e discografici), vengono di norma soverchiati da meccanismi su base forfettaria a preponderante vantaggio di chi detiene più forza contrattuale. *Major* o piattaforme?

Per quanto detto, in prima approssimazione, nei modelli di *streaming* a pagamento, quali *Spotify*, il bilancio di sostenibilità sembrerebbe

32. SEAY J.E., *Legislative Strategies for Enabling the Success of Online Music Purveyors*, 2010, 17 *UCLA Entertainment Law Review* p. 167. « Furthermore, as the Register of Copyrights notes, even if two or more separate rights are implicated, "it seems inefficient to require a licensee to seek out two separate licenses from two separate sources in order to compensate the same copyright owners to engage in a single transmission of a single work" ».

chiudersi in negativo tanto per gli artisti quanto per le piattaforme. Al contrario, un *output* positivo per le *majors*, in grado di imporre la propria forza negoziale tanto agli artisti quanto alle piattaforme.

La tenuta di questo *empasse* negoziale appare tuttavia precaria, basta estendere l'analisi al vicino comparto dell'audiovisivo, dove, la posizione oligopolistica delle piattaforme di *video-streaming* su abbonamento (per tutte *Netflix*)³³, ha comportato un *revirement* del potere negoziale dei produttori, a fronte di una necessità loro imposta di distribuire i propri prodotti per il tramite dei nuovi canali.

Di qui per nulla trascurabili sono ulteriori criticità di carattere socioculturale. Quando l'offerta dei contenuti diviene frutto di un acquisto a ribasso operato dai pochi *players* dominanti sul mercato, lato consumatori c'è da aspettarsi che a parità di prezzo, il fruitore medio orienti la propria domanda verso repertori dalla più ampia scelta; cosa che alla fine risulta a discapito della selezione di "genere", a discredito dei repertori di nicchia, e, aspetto più preoccupante, vista l'internazionalità dei *big players*, a svantaggio della musica nazionale³⁴. Considerato che le scelte del consumatore già propendono per parametri più quantitativi che qualitativi, per le opere di artisti minori non *market-oriented*³⁵, il danno annunciato è quello della loro completa emarginazione dal mercato³⁶.

33. Invita GHIDINI G. in *Profili evolutivi del diritto industriale*, op. cit., p. 261 a far attenzione al "farmaco" quando può trasformarsi in "veleno" domandandosi ironicamente: «Mi chiedo, ad esempio, che fine faranno i fornitori europei di contenuti quando grazie alla banda larga operatori come Netflix potranno dispiegare un gigantesco "imbattibile" ventaglio d'offerta?! I "consumatori" saranno soddisfatti di tanta manna dal cielo: ma i cittadini degni del nome, non, preoccupati unicamente di "scaricare gratis", lo saranno altrettanto a fronte dell'unica mega offerta di informazioni e cultura?!».

34. «Non è un caso che la Francia, da sempre attenta ai profili nazionalistici, abbia rafforzato l'istituto della cosiddetta "eccezione culturale" che impone a *broadcaster* e distributori l'utilizzo di una percentuale fissa di repertorio *made in France*», così segnala BIXIO M.L., *Streaming or not streaming, quale il giusto business?*, disponibile su <http://owlitalia.com/streaming-or-not-streaming-qual-e-il-giusto-business>.

35. Lo *streaming* come si è visto rappresenta senza dubbio, oltre che un nuovo modello di *business*, una nuova modalità di fruizione, per un'analisi più approfondita del fenomeno: COLANGELO M., *Comunicazione al pubblico e diritto d'autore nel live streaming*, in *Dir. Inf.*, 2013, p.367; MAZZIOTTI G., *New Licensing Models for Online Music Services in the European Union: from Collective to Customized Management*, in *Columbia J Law Arts*, 2010-II, 34, p. 757.

36. In questo scenario, fondamentale il ruolo degli OGC, che, se manterranno accentrato il proprio potere negoziale e i repertori nazionali saranno valido presidio per la diversità culturale e riusciranno a preservare i repertori di nicchia; Per una discussione sul

Si comprenderà come l'ascesa di modelli di distribuzione basati sull'aggregazione di macro repertori, siano essi basati sul modello *subscription*, *transactional* o *advertising*, possa comunque comportare un indebolimento della tutela della diversità culturale, sancita con vigore dalla Convenzione di Berna, e per secoli valore imprescindibile per la salvaguardia dei patrimoni dei singoli Paesi europei. Oggi, infatti, si registra un rischio crescente: che i monopoli di genere gestiti dalle multinazionali straniere si ripercuotano sulle scelte culturali nazionali.

Ad una prima lettura, sebbene sia pacifico che l'avvento del digitale abbia portato ad una riduzione dei costi di distribuzione e promozione, ed una apparente semplificazione nell'amministrazione (e questo grazie al ruolo assunto dai nuovi aggregatori), nei modelli di *download* diretto e di *streaming* a pagamento, non paiono verificarsi attesi benefici economici né per gli aventi diritto³⁷ né per tutti coloro che investono nell'incentivare la produzione dei contenuti.

Passando all'analisi del secondo livello di criticità, quello legato ai profili concorrenziali, occorre procedere tenendo a mente il confronto, tra i servizi di *streaming* a pagamento, che hanno sino ad oggi destinato tra il 40 e il 70% dei loro ricavi nell'acquisizione, e dunque indirettamente nella produzione, dei contenuti³⁸, e le Piattaforme UGC (*user generated content*) come Youtube, che allocano solo una modesta percentuale del proprio fatturato alla spesa in contenuti originali (tra il 10% e il 20%) — malgrado che oltre il 66% del loro fatturato derivi dalla distribuzione di contenuti creativi (musica e video).

3.2. Squilibri concorrenziali

Di immediato rilievo sono le condizioni impari di accesso al mercato tra i sistemi di *streaming* a pagamento e le piattaforme UGC.

nuovo ruolo assunto dagli organismi di gestione collettiva dei diritti musicali, si rimanda a FRABBONI M.M., *From Copyright Collectives to Exclusive "clubs": the Changing Faces of Music Rights Administration in Europe* in *Entertainment Law Review*, 2008. MAGNANI P., MONTAGNANI M.L., *Digital Rights Management Systems and Competition — What Developments Within the Much Debated Interface Between Intellectual Property and Competition Law?* in *IIC* 2008, 83.

37. Cfr. ERICSSON S., *The Recorded Music Industry and the Emergence of Online Music Distribution: Innovation in the Absence of Copyright (Reform)*, in *79 George Washington Law Review*, 2011, p. 1811.

38. Cfr. Studio Roland Berger (2015) per Gesac, *op. cit.*

I modelli di condivisione di contenuti UGC quali Youtube, infatti, fungendo da distributori digitali, competono a tutti gli effetti sullo stesso mercato di *Spotify/Apple Music*, ma beneficiano di una serie di vantaggi competitivi.

In primo luogo non investono quote rilevanti del proprio fatturato nella produzione dei contenuti, inoltre, beneficiano, specie in fase di avviamento, di un importante vantaggio competitivo derivante proprio dal mancato pagamento delle licenze sui contenuti che diffondono e dal risparmio dei costi transazionali relativi al loro reperimento. In mancanza dell'autorizzazione *ex ante* da parte degli aventi diritto (presupposto dei sistemi di *downloading* e di *streaming* a pagamento), i contenuti sono infatti "caricati" direttamente dagli utenti. Si evidenzia per altro l'ambiguità del termine inglese "genareted" riferito ai contenuti caricati dagli utenti, che nulla specifica sul processo di creazione, e di riflesso, sulla legittimità della loro diffusione.

A differenza dei sistemi di *download* diretto e di *streaming* a pagamento, si comprende come l'aggregazione di repertori musicali "caricati", ma non autonomamente "creati" dagli utenti, favorisca un utilizzo esponenziale di contenuti protetti non autorizzati.

Gli operatori UGC beneficiano, inoltre, di un differente quadro giuridico di riferimento, dovuto ai vantaggiosi effetti dell'extraterritorialità (per la maggior parte dei casi trattasi di società extra UE), e del godimento di posizioni dominanti in settori contigui (quali motori di ricerca, applicazioni e terminali).

In sintesi, tanto le piattaforme di *streaming* a pagamento quanto le UGC, basano il proprio business sulla distribuzione di analoghi contenuti musicali, ma contribuiscono in misura differente alla loro creazione e alla loro lecita diffusione. Dall'attività di *free riding* delle piattaforme UGC, infatti, non discende per la filiera creativa un'adeguata devoluzione degli introiti incamerati dalla pubblicità (*value gap*). Inoltre, si incoraggiano gli usi non autorizzati dei contenuti protetti dal diritto d'autore (pirateria), con il conseguente rischio³⁹ di

39. L'approccio della Commissione europea nella proposta di direttiva *copyright*, trova eco nella decisione della Corte di Giustizia sul noto caso *The Pirate Bay*, C-610/15, del 14 giugno 2017. In piena sintonia con la più recente giurisprudenza italiana e in particolare, con la sentenza della Corte d'Appello di Roma, sentenza 2833/2017, e ancor prima nei casi *Google c. Louis Vuitton* C-236/08 e *L'Oreal c. e-Bay* C-324/09, che hanno delineato il concetto di "ruolo attivo" dell'ISP, sottratto al beneficio dell'irresponsabilità

una contrazione degli investimenti nella produzione musicale e del depauperamento del settore.

L'applicazione della normativa vigente — e in tal modo qui si introduce il terzo ordine di criticità — non è sempre in grado di correggere la formazione di tali squilibri, ma, paradossalmente, talvolta diviene lo strumento per alimentarli.

3.3. *Enforcement*

La direttiva sul commercio elettronico e le sue ormai anacronistiche interpretazioni, hanno avuto due negativi risvolti intrecciati tra loro: in primo luogo un inadeguato sistema di *enforcement* del diritto d'autore, che ha portato alla pervasività del fenomeno della pirateria informatica, in secondo luogo il costante diffondersi di condizioni di concorrenza asimmetrica tra gli operatori del mercato dei contenuti culturali (specie musica e video).

La condotta degli aggregatori UGC e la loro inerzia nel mancato controllo della legittimità dei contenuti diffusi, trova giustificazione in una lettura, ormai superata, del regime del *Safe Harbour*, dunque, nell'esonero di responsabilità riconosciuto ex art. 14 della direttiva

prevista dalla dir. 2000/31, la Corte ha enfatizzato segnatamente che: il *provider* è “una moderna impresa globale”, un “aggregatore”; organizza e mette a disposizione degli utenti contenuti UGC; cataloga i contenuti che non sono “casualmente immessi dagli utenti ma organizzati in specifiche categorie. Nello specifico, la CJUE, nel valutare il grado di coinvolgimento della piattaforma di condivisione di contenuti nella gestione dei dati da essa trattati (al fine di decidere se si fosse o meno in presenza di un atto di comunicazione al pubblico), ha osservato che nel caso in esame i gestori della piattaforma online in oggetto non realizzano una mera attività tecnica e dunque neutra. In quanto la piattaforma “provvede a indicizzare i file torrent, di modo che le opere a cui tali file torrent rinviano possono essere facilmente localizzate e scaricate dagli utenti della suddetta piattaforma di condivisione”. Inoltre, dalle osservazioni presentate alla Corte emerge che la piattaforma di condivisione classifica le opere in diverse categorie, e che gli amministratori di tale piattaforma verificano che un'opera sia inserita nella categoria adatta e filtrano in maniera attiva determinati contenuti (cfr. paragrafi 36, 37, 38, 39 della decisione). In dottrina si rimanda più in generale sul tema a: BERTONI A., MONTAGNANI M.L., *Il ruolo degli intermediari Internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 537; AGELOPOULOS C., *Beyond the Safe Harbours: Harmonising Substantive Intermediary Liability for Copyright Infringement in Europe*, in *Intellectual Property Quarterly*, 3, 2013, p. 253; POLLICINO O., APA E., *Modeling the Liability of Internet service providers: Google vs. Vivi Down, A Constitutional Perspective*, Milano 2013.

e-commerce per l'attività di memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio (attività di hosting)⁴⁰.

Come noto, detta esenzione di responsabilità viene accordata a condizione che il prestatore non sia a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca prontamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

In altre parole, piattaforme UGC come Youtube sono in condizione di poter pubblicare, a costo zero, contenuti non autorizzati e consentire la fruizione in *streaming* ai propri utenti. Solo successivamente, ed in via eventuale, a fronte di segnalazioni dell'illiceità di un contenuto pubblicato da parte degli aventi diritto, vengono chiamate ad agire al fine della rimozione del contenuto ovvero della condivisione delle *revenue* incassate con la pubblicità. In tal senso, come sopra anticipato, il "distributore" UGC gode di un ulteriore vantaggio concorrenziale rispetto al fornitore di servizi di *streaming* su abbonamento, non avendo, a differenza di quest'ultimo, alcun incentivo al controllo della provenienza dei contenuti memorizzati presso la propria piattaforma.

Inoltre, la normativa vigente, nel liberare detti *players* da profili di responsabilità fa ricadere gli ingenti costi di monitoraggio dei contenuti, sugli aventi diritto, dunque solo su una parte del mercato dell'offerta, alimentando ulteriori squilibri competitivi.

Quanto alla possibilità di ottenere una compensazione delle perdite tramite meccanismi di monetizzazione (*revenue sharing*) si tratta di

40. La ricerca di un riferimento ai soggetti da ritenere responsabili per gli accessi online, « tanto con riguardo al caso dell'esercizio del diritto esclusivo, che in quello del diritto all'equo compenso », non trova, secondo FABIANI M., riferimenti chiari né nella direttiva 2001/29/CE né nella 2000/31/CE. Si può affermare che la mancanza di una esplicita indicazione in tal senso nella direttiva 2001/29 può considerarsi una delle concause al problema attuale del *free riding* operato dalle piattaforme nell'utilizzo non autorizzato dei contenuti, oltre che, come già detto, alla mancanza di chiarezza sul tema della loro "responsabilità". Mancanza per altro evidenziata nel corso dei lavori preparatori della direttiva 2001/29/CE, da ERCOLANI M., FRAGOLA A., *Nuove tecnologie tra diritto d'autore e pubblico. Verso un'altra direttiva europea. La piattaforma digitale*, in *Quaderno dell'Istituto giuridico dello spettacolo e dell'informazione*, 1999, p.14. Nel saggio *Diritto d'autore e accesso a internet*, *op. cit.*, p. 274. M. Fabiani caldeggerà quindi tra le soluzioni plausibili, l'imposizione di un obbligo di remunerazione o a carico del soggetto "responsabile" che permette l'utilizzazione ovvero sull'utente-fruitori (che l'autore già definiva con accezione moderna: *pay for use*). Una strategia ritenuta attuabile solo tramite l'adozione di sistemi di licenza rilasciati ai soggetti intermediari per il tramite dell'attività degli organismi di gestione collettiva.

un'ipotesi residuale e comunque *ex post*, che imputa ancora una volta solo agli aventi diritto il gravoso *iter* di ricerca e monitoraggio dei propri contenuti e la conseguente richiesta di adeguate forme di tutela o di compensazione.

Solo di recente sta prendendo piede una diversa chiave interpretativa dei regimi di esenzione della direttiva *e-commerce*, improntata sui chiarimenti forniti dallo stesso considerando 42 della direttiva⁴¹, secondo cui, le deroghe alla responsabilità previste, debbano riguardare « esclusivamente attività di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, nelle quali il prestatore di servizi della società dell'informazione non è a conoscenza né in grado di controllare le informazioni trasmesse o memorizzate ».

In tal senso tanto la giurisprudenza, specie nazionale, quanto il legislatore europeo, nel recente pacchetto di riforme relativo al mercato unico digitale, non hanno potuto non riflettere sul ruolo effettivamente svolto dai nuovi *players*, sempre più impegnati in sofisticate attività di carattere editoriale consistenti nell'organizzazione dei contenuti nonché nell'ottimizzazione a proprio vantaggio degli introiti derivanti dagli abbinamenti pubblicitari, convenendo sull'inadeguatezza del riferimento alla "passività" di detti servizi.

4. Strumenti e soluzioni dalla Commissione europea

Nell'ambito della macro-opera di riforma regolamentare del mercato unico digitale, la Commissione europea non ha ommesso di lavorare efficacemente nel tentativo di dare risposte concrete ai problemi sopra accennati.

Tra i principali obiettivi della strategia, che si dipana in una complessa struttura d'intervento ripartita in più piani di azione⁴², si possono

41. « Le deroghe alla responsabilità stabilita nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate ».

42. Tra le proposte introdotte per agevolare tali obiettivi, primo fra tutti quello del miglioramento dell'accessibilità e dell'offerta transfrontaliera dei contenuti online, si an-

individuare tre aspetti comuni: il miglioramento dell'accesso online a beni e servizi, lo sviluppo delle reti e la crescita dell'economia digitale.

Ci si soffermerà in questa sede solo sulla *Proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*⁴³, che pur portando con sé disposizioni tese direttamente a favorire l'accesso legale del pubblico alle opere protette⁴⁴, inserisce meccanismi volti a scoraggiare il *free riding* delle piattaforme e a garantire la giusta remunerazione per i creatori dei contenuti.

Tra i principali elementi di contemperamento, si introducono nuovi meccanismi di negoziazione tesi ad agevolare la conclusione di accordi di licenza⁴⁵ per lo sfruttamento dei contenuti protetti sulle

noverano in particolare i seguenti interventi: 1) la Proposta di Regolamento del PE e del Consiglio che garantisce la portabilità transfrontaliera dei servizi di contenuti online nel mercato interno — COM (2015) 627 del 9.12.2015; 2) la Proposta di Regolamento del PE e del Consiglio recante misure volte a impedire i blocchi geografici e altre forme di discriminazione dei clienti basate sulla nazionalità, il luogo di residenza o il luogo di stabilimento nell'ambito del mercato interno e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE-COM (2016) 289, del 25.5.2016; 3) la Proposta di Regolamento del PE e del Consiglio che stabilisce norme relative all'esercizio del diritto d'autore e dei diritti connessi applicabili a talune trasmissioni online degli organismi di diffusione radiotelevisiva e ritrasmissione di programmi televisivi e radiofonici — COM (2016) 594 del 14.9.2016; 4) il Refit della direttiva 2010/13 — SMAV relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato COM (2016) 287 del 25.5.2016; 5) l'*European Accessibility Act* — Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative ai requisiti di accessibilità dei prodotti e dei servizi COM (2015) 615; infine, vi è la Proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale che affronta temi per certi versi trasversali rispetto alle proposte summenzionate 2016 (593).

43. La proposta è la n.(593)/2016, disponibile al sito:http://eur-lex.europa.eu/procedure/IT/2016_280?qid=1501668669098&rid=1.

44. Oltre alla proposte di direttiva *copyright*, gli interventi della Commissione che meglio perseguono l'obiettivo di consentire che i cittadini europei possano accedere legalmente a un'ampia gamma di contenuti, sono la bozza di Regolamento sul divieto dell'utilizzo delle pratiche commerciali consistenti nell'applicazione di limitazioni geografiche ingiustificate online, che per il momento lascia salvi dall'ambito di applicazione della proposta, quei servizi la cui principale caratteristica consiste nella fornitura di accesso ad opere tutelate dal diritto d'autore e il regolamento sulla portabilità dei contenuti online. Quest'ultima iniziativa mira ad assicurare ai cittadini europei la fruizione dei propri abbonamenti a contenuti protetti, anche in fase di mobilità da uno Stato Membro all'altro dell'Unione.

45. L'impiego delle licenze nell'ambito dei diritti immateriali è molto diffuso, ciò in ragione degli effetti pro-competitivi attesi. Così in ERCOLANI S., *Il diritto d'autore e i diritti connessi. La legge 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva 2001/29*, Torino 2004, p. 440.

piattaforme online (approccio verticale), nonché strumenti per assicurare un *level playing field* tra le piattaforme di distribuzione volti a correggere i suddetti squilibri concorrenziali (approccio orizzontale). La proposta individua, inoltre, mezzi effettivi di *enforcement* del diritto d'autore, irrobustendo il regime di responsabilità degli intermediari online di opere protette.

Nel Titolo IV, *Misure volte al miglioramento della vendita dei diritti d'autore*, il terzo capo è precipuamente dedicato all'equa remunerazione per gli autori e gli artisti interpreti. Nell'articolato degli art. 14 e 15, si coglie quindi il tentativo di rimediare al *value gap*, attraverso l'inserimento di due misure, che paiono fra loro complementari. Da un lato, si impone un meccanismo di trasparenza obbligatoria (art. 14) per assicurare che gli autori e gli artisti interpreti ricevano regolarmente le informazioni sullo sfruttamento delle loro opere da coloro ai quali le hanno concesse in licenza, dunque il valore dei ricavi generati e la retribuzione loro dovuta. Da notare che la *conditio sine qua non* per l'effettività del rimedio è la concessione di una licenza da parte degli aventi diritto.

Dall'altro, propone un meccanismo di adeguamento contrattuale (art. 15) volto a consentire agli aventi diritto la facoltà di richiedere una ulteriore e adeguata remunerazione dai licenziatari, quando la retribuzione originariamente concordata è sproporzionatamente più bassa rispetto alle successive entrate derivanti dallo sfruttamento delle proprie opere.

Tuttavia, il legislatore europeo inserisce solo nel considerando 38, un obbligo a concludere accordi con i titolari dei diritti per l'utilizzo delle loro opere, obbligo gravante su tutti i « prestatori di servizi che memorizzano e danno pubblico accesso a opere o altro materiale protetti dal diritto d'autore caricati dagli utenti, andando così oltre la mera fornitura di attrezzature fisiche ed effettuando in tal modo un atto di comunicazione al pubblico ».

L'intento parrebbe quello di rendere paritarie le condizioni di accesso legale al mercato tra tutti i *players*, nel caso di specie il correttivo aiuterebbe nei sopracitati disallineamenti tra piattaforme UGC e piattaforme di *streaming* a pagamento.

Certamente imprescindibile in tal senso sarà l'intervento degli organismi di gestione collettiva, la cui attività diviene strategica sia per gli utilizzatori che per gli aventi diritto. Il loro intervento, oltre

a comportare per i primi una semplificazione delle operazioni da svolgere e un diretto guadagno in termini di tempo e denaro, per gli aventi diritto, invece, rappresenta il mezzo per la riaffermazione di un potere negoziale generalmente debole, che consente di arginare ogni sorta di abuso nei loro riguardi⁴⁶.

Inoltre, dal combinato disposto del considerando 38 e dell'art. 13 della proposta, si evince come, sebbene apparentemente la Commissione abbia preservato il *Safe Harbour*, facendo salve le esenzioni di cui all'art. 14 della direttiva 2000/31/CE, tuttavia, con il chiarimento di cui al considerando 38, è fugato ogni dubbio riguardo al ruolo, e dunque alle responsabilità imputabili alle piattaforme UGC. Qualora infatti, nella loro attività si ravvisasse una partecipazione "attiva" nella ottimizzazione e promozione dei contenuti, il regime di esenzione di responsabilità deve esser considerato inammissibile trattandosi di soggetti che operano al pari dei distributori tradizionali.

Infine, all'art. 13 e al considerando 39 la Commissione, rivolta a coloro che archiviano e forniscono al pubblico l'accesso a « grandi quantità di opere »⁴⁷ o altri materiali UGC, propone un intervento di *soft enforcement*, suggerendo l'adozione, in collaborazione con i titolari, di efficaci tecnologie di riconoscimento del contenuto⁴⁸, dunque di misure di protezione delle opere (ad esempio che consentano l'individuazione automatica delle canzoni), nonché di meccanismi di reclamo⁴⁹.

46. Più approfonditamente ROCHELANDET F., *Are Copyright Collecting Societies Efficient Organisation? An Evaluation of Collective Administration of Copyright in Europe*, in Aa.Vv., *The Economics of Copyright, Developments in Research and Analysis*, Cheltenham, UK–Northampton, MA, USA, 2003.

47. Sul punto il riferimento nell'attuale formulazione appare vago perché suscettibile di una valutazione "discrezionale".

48. In proposito si segnala come di recente la Corte di Giustizia si spinta oltre lasciando intendere che sia possibile imporre agli ISP misure — *pro futuro* — per impedire l'accesso ad « una specifica opera protetta dal diritto d'autore ». Con la sentenza del 15 settembre 2016 (caso C-484/14, *McFadden*), ha infatti esplicitamente stabilito che l'art. 12, paragrafo 1, della Direttiva 2000/31 non osta a che « un soggetto leso dalla violazione dei suoi diritti su un'opera [...] chieda che sia inibita la prosecuzione di tale violazione » (punto 79). Ritenendo conforme al diritto dell'Unione poter imporre « a un fornitore di accesso ad una rete di comunicazione [...], di impedire a terzi di rendere disponibile al pubblico [...] una specifica opera protetta dal diritto d'autore » (punto 80).

49. Nei lavori preparatori alla Proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, nella sezione dedicata all'uso di materiali protetti da parte di servizi online, è stata ribadita l'importanza nella società dell'informazione di forme di cooperazione e dialogo per la definizione di *best practices*, adeguate e proporzionate allo sviluppo tecnologico. In tal

A ben vedere molti sono gli *inputs* messi in campo dalla Commissione, poco il tempo e le risorse per riflettere adeguatamente sulle strategie della loro attuazione, che verranno plausibilmente demandate agli stati membri nella fase del recepimento.

Certamente auspicabili, per rendere più efficaci gli intenti della Commissione, sarebbero taluni correttivi nell'ottica di una maggiore chiarezza. Ad esempio, parrebbe utile integrare nell'articolo 13 le specifiche di cui al considerando 38 relativamente all'individuazione dei requisiti e delle attività dei fornitori di servizi d'informazione, in relazione alle quali graverà, in primo luogo l'obbligo della previa negoziazione con i titolari dei diritti⁵⁰ e, successivamente, l'obbligo di trasparenza e di adeguamento contrattuale.

In linea generale, va sottolineato come i correttivi proposti tanto per assicurare remunerazioni più eque per gli autori (tramite l'attivazione di meccanismi di adeguamento contrattuale), quanto per garantire condizioni paritarie di accesso al mercato tra le piattaforme (tramite l'obbligo di previa licenza dei contenuti), rischiano di restare inattuabili, ove non si affronti con strumenti adeguati il congenito sbilanciamento sussistente in termini di forza contrattuale tanto nel rapporto tra aventi diritto e piattaforme di *streaming* a pagamento, quanto e soprattutto tra queste ultime e le piattaforme *user generated content*.

Per queste ragioni, come è stato detto, spetterà agli organismi di gestione collettiva⁵¹, sulla base di accordi con le categorie di utilizzatori, concedere (e non svendere) licenze generalizzate per l'uso dei

senso spunti risolutivi sono proposti da LEMLEY M.A., REESE R.A., *Reducing Digital Copyright Infringement without Restricting Innovation*, in *Stanf Law Rev*, 56, p. 1345.

50. Con propositi analoghi si esprime anche l'ALAI, nella *Risoluzione* dello scorso 18 febbraio 2017 disponibile al sito: <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/170218-value-gap-fr.pdf>. Più critico è il monito di HILTY R.M., BAUER A. nel commento nel *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules*, Part G, 2017, disponibile al sito: <http://www.ip.mpg.de/en/research/intellectual-property-and-competition-law/position-statement-modernization-of-european-copyright-rules.html>, secondo cui: « The European legislator is strongly discouraged from adopting the proposed Article 13 of the Draft Directive in its proposed form. Instead of adding an inconsistent facet in itself and in relation to current law, it seems more reasonable to first start with the existing acquis. Certain adjustments are recommended in particular concerning the E-Commerce Directive. Also certain interventions in the InfoSoc Directive would allow specific improvements ».

51. Così ancora GHIDINI G., in *Profili evolutivi del diritto industriale*, *op. cit.*, p. 257, nelle considerazioni conclusive sulle modalità di superamento dell'egemonia dei modelli esclu-

repertori loro affidati⁵². In tal senso l'auspicio, almeno nell'ambito della gestione, è che siano gli stessi organismi a contribuire alla tutela della diversità culturale, seguendo logiche di scelta dei repertori meno efficientiste e più solidaristiche⁵³.

Conclusioni

Nell'aver voluto fornire una panoramica quanto più completa del funzionamento dei nuovi modelli di distribuzione della musica online nell'attuale sistema di tutela del diritto d'autore, si è proposta una riflessione sugli sviluppi possibili e probabili di questi modelli alla luce delle riforme in atto.

Pur nel completo apprezzamento dello sforzo compiuto dalla Commissione, nella Proposta di direttiva *copyright*, per risolvere le molteplici criticità legate al miglioramento dell'accesso online alle opere

denti, invoca l'intervento di organismi di gestione collettiva per consentire agli aventi diritto "una compartecipazione ai ricavi da pubblicità, offerte commerciali, abbonamenti".

52. La direttiva 26/2014 *Sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno* del 26 febbraio 2014, apre la via ad una nuova forma di *licensing* multi-territorio necessaria a favorire il mercato digitale. Più diffusamente sul ruolo strategico di detti organismi si rimanda a: DEHIN V., *The Future of Legal Online Music Services in the European Union: a review of the EU Commission's recent initiatives in Cross-border Copyright Management*, in *E.I.P.R.* 2010, 32(5), pp. 220-237; FALCE E.V., *Copyright Societies under Scrutiny: From the EU Approach to the Italian Solution*, *World Competition*, 37(1) 2014; AREZZO E., *Società di gestione collettiva dei diritti fra tutela della proprietà intellettuale e diritto della concorrenza: brevi note a margine della pronuncia International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC) c. Commissione europea*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, p. 673. Per un primo commento si veda anche NÉRISSON S., *La directive 2014/26/UE du 26 février 2014 sur la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins: vol au-dessus de vaches sacrées inintouchables*, in *Propriétés intellectuelles*, n. 51, 2014, p. 135 e ss.; BIXIO M.L., *Le sfide del recepimento della direttiva 2014/26 in materia di gestione collettiva. Ipotesi alternative tra innovazione e armonizzazione*, in *Dir. Ind.*, 3, 2016, p. 425.

53. Cfr. AREZZO E., *Aggregazione e frammentazione dei diritti nella Proposta di direttiva sulla concessione di licenze multi-territoriali per i diritti online relativi alle opere musicali: quali spazi per licenze multi diritto?*, in *AIDA* 2013, p. 97, nell'analisi sui possibili riflessi della frammentazione dei repertori tra più *collecting*, si rinviene un'altra ricaduta negativa sulla diversità culturale « un modello di concorrenza incentrato sulla frammentazione dei repertori rischia di produrre ricadute negative per la diversità culturale, andando a minare la posizione dei repertori di nicchia (e dei rispettivi autori), a vantaggio di quelli di maggior diffusione tra il pubblico europeo ». Cfr. anche RUIS T., *Collecting societies, competition and the Services Directive*, in « *Journal of Intellectual Property Law & Practice* », 2011, vol 6, n. 7, p. 484.

protette⁵⁴ (nel giusto bilanciamento tra le istanze dei consumatori e le esclusive dei titolari dei diritti), non si è potuto non adombrare talune perplessità che detto lavoro lascia intravedere.

Appaiono, infatti, auspicabili, per non dire necessari, ulteriori interventi volti a dare ordine, efficacia ed effettività agli intenti espressi nel testo della Commissione.

Ordine, nel senso che, se come si è illustrato gran parte dei correttivi previsti hanno come presupposto un meccanismo di licenza obbligatoria dei contenuti protetti, nonché il relativo regime di responsabilità, occorre che questa volontà del legislatore si evinca dal testo e non rimanga segregata in un considerando esposto a libere, e dunque incerte, interpretazioni.

Quanto all'efficacia, l'indagine ha mostrato come questa non sia insita al rimedio prescelto. Lo strumento della licenza obbligatoria individuato dalla Proposta⁵⁵, potenzialmente, potrebbe garantire, tanto la tutela dei contenuti protetti dal diritto d'autore (*enforcement*), quanto un profitto utile a non scoraggiare futuri investimenti nella creazione dei contenuti (*value gap*); ciò in piena rispondenza alle logiche di creazione e incentivo dell'innovazione che animano la regolamentazione del diritto d'autore. Pur tuttavia, dall'esame degli esistenti modelli di distribuzione online che sono stati delineati, si evince come, malgrado i sistemi di *streaming* a pagamento siano basati su meccanismi di previa licenza obbligatoria — a differenza dei modelli *user generated content* —, il soddisfacimento delle esclusive autoriali resta più formale che sostanziale e le stesse piattaforme stentano a ricoprire i costi delle licenze con i ricavi dei servizi offerti.

Dall'illustrazione delle plurime inefficienze derivanti dall'impari forza negoziale tra i *players*, si è potuto constatare quindi, come il punto di maggiore criticità sia da rinvenirsi nella formazione di monopoli

54. Per un approfondimento sul tema si veda RICOLFI M., *La tutela della proprietà intellettuale: fra incentivo all'innovazione e scambio ineguale*, in Riv. Dir. Ind., 2000, 516, per contro LUCAS A. in *Droit d'auteur : du reproduction au droit d'accès aux oeuvres ?*. in *Copyright: a right to control access?*, Parigi 2000, 3-4.

55. *Nihil sub sole novi* se si pensa come nello scritto di FABIANI M., *La conferenza diplomatica di Ginevra sul diritto d'autore del 1996*, IDA 1997, pp. 1-15. commentando l'approvazione del Trattato, Mario Fabiani sottolineava l'intento di sviluppare e assicurare la protezione dei diritti con meccanismi uniformi, quali le licenze, e attraverso la gestione privilegiata da parte di organismi di gestione collettiva, ID., *Nuove tecnologie di telecomunicazione antitrust e protezione della proprietà intellettuale*, in Riv. Dir. Aut., 1/2004, p. 79.

o posizioni dominanti da parte delle imprese che operano direttamente (piattaforme di *download* e *streaming* a pagamento) e indirettamente (piattaforme UGC) nella distribuzione online.

Pertanto, per poter dare effettività ai rimedi prospettati, è d'obbligo correggere *ex ante* gli squilibri concorrenziali sussistenti tanto a livello verticale, nel rapporto tra gli aventi diritto e le piattaforme di *streaming* a pagamento, quanto a livello orizzontale, tra queste ultime e le piattaforme *user generated content* (UGC), saldando, ai rimedi dell'*enforcement*, quelli dell'*antitrust*.

Del resto sarebbe del tutto illusorio immaginare di poter ovviare alle difficoltà connesse al sistema delle mancate remunerazioni della catena produttiva dell'industria musicale, senza prima aver fatto fronte alle insidie del mercato in cui questa si sviluppa. Più che opportuno, dunque, fare attenzione a che il dannoso accentramento del controllo nelle mani di poche piattaforme di distribuzione (ancor più se straniere), non omologhi l'offerta sul gusto, *standardizzato*, dei più⁵⁶, falcidiando la diversità culturale.

Nessun senso avrà allora interrogarsi ancora sui modelli di *business* dell'industria musicale, quanto invece sul destino dell'Opera musicale inghiottita dal "prodotto industriale".

56. Sul punto capitola GHIDINI G. in *Profili evolutivi del diritto industriale*, *op. cit.*, p. 261, parlando di « sciagurata eterogenesi dei fini », mostrando il rischio che a fronte di una più diffusa partecipazione alla cultura, si scada in modelli culturali « uniformi e uniformanti ».

Servizi cloud

Diritti d'autore tra sfera privata e spazi virtuale
accessibile al pubblico*

GIUSEPPE COLANGELO**

SOMMARIO: 1. Le caratteristiche del *cloud computing* ed i diversi servizi offerti sulla nuvola, 137 – 2. La responsabilità degli *Internet Service Providers*, 141 – 3. Riproduzione per uso privato, 153.

1. Le caratteristiche del *cloud computing* ed i diversi servizi offerti sulla nuvola

Per comprendere la travagliata coabitazione tra diritto d'autore e piattaforme digitali sarebbe opportuno riportare le lancette del tempo indietro al 1984. In quella data i giudici della Corte Suprema statunitense pronunciano quella che è nota come la sentenza *Sony Betamax*, nella quale si discuteva della fondatezza dell'accusa mossa da un gruppo di produttori cinematografici nei confronti di Sony, rea di concorrere, con la produzione di videoregistratori, alla violazione dei loro diritti di proprietà intellettuale commessa dagli utilizzatori ogniqualvolta questi registravano un programma televisivo protetto da *copyright*¹. Nell'occasione i giudici, richiamando la *staple article of commerce doctrine* del Patent Act, evidenziano come, al fine di determinare la sussistenza di una responsabilità secondaria del produttore di videoregistratori per le violazioni commesse dagli utenti, sia necessario valutare i possibili usi leciti del prodotto, ossia se questi sia suscettibile di *substantial non-*

* Il presente lavoro riprende un precedente contributo pubblicato sul tema (*L'enforcement del diritto d'autore nei servizi cloud*, Il diritto di autore 2012, 2, 174), fornendone una versione aggiornata ed ampliata.

** Jean Monnet Professor of EU innovation policy e professore associato di Diritto dell'economia (Università degli Studi della Basilicata).

1. *Sony v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417 (1984).

infringing uses. A ciò si aggiunga che la funzione del *time-shifting* (che consente al telespettatore di registrare un programma per guardarlo successivamente) rientra nel *fair use*.

In quella controversia si trovano probabilmente ancora oggi sia le domande sia le risposte alla tensione (ed alla ricerca di un difficile bilanciamento di interessi) tra tutela del diritto d'autore e l'avvento di nuove tecnologie che ampliano le possibilità di utilizzo e sfruttamento non autorizzato del materiale oggetto della esclusiva autorale.

Come spesso avviene, infatti, la storia ripete se stessa. L'emergere del *cloud computing*, quale ennesimo modello di sviluppo tecnologico rappresenta una nuova sfida per il diritto d'autore, perennemente condannato a rincorrere i processi innovativi adeguando il proprio statuto con riferimento agli ambiti di applicazione, alle forme di sfruttamento e agli strumenti di protezione². Se, infatti, lo sviluppo tecnologico continua a moltiplicare e diversificare i vettori della creazione, della produzione e dello sfruttamento delle opere intellettuali, l'avvento del *cloud computing* sembra destinato a sconvolgere l'orizzonte di riferimento più di quanto abbiano fatto i noti casi *Napster*³ e *Grokster*⁴. Oltre ad essere lo specchio della crescente digitalizzazione dei contenuti, infatti, il *cloud* è strutturalmente pensato per la condivisione delle risorse⁵, sicché il diffondersi dei servizi *cloud* altera le modalità con cui normalmente si fruisce dei contenuti protetti dal diritto d'autore in relazione sia alla fruizione legale dei contenuti protetti sia alla circolazione delle opere dell'ingegno che avvenga senza l'autorizzazione del titolare dei diritti.

L'analisi dei servizi *cloud* prende le mosse dal fenomeno dello *streaming*, modalità di distribuzione di contenuti che sono sulla nuvola e sono fruiti dalla nuvola⁶: gli utenti possono accedere alla nuvola in maniera completamente libera o dietro registrazione e sulla nuvola

2. Ampiamente sul punto MENELL P.S., *Envisioning Copyright Law's Digital Future*, 46 N.Y.L. Sch. L. Rev. 63 (2002–2003).

3. *A&M Records v. Napster*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

4. *Metro Goldwin Mayer Studios v. Grokster*, 545 us 913 (2005).

5. GERVAIS D.J., HYNDMAN D.J., *Cloud Control: Copyright, Global Memes and Privacy*, 10 J. Telecomm & High Tech, L. 53 (2012).

6. MONTAGNANI M. L., *Primi orientamenti in materia di responsabilità dei fornitori di servizi cloud per violazione del diritto d'autore in rete*, in « Rivista di Diritto Industriale », n. 3, 2014, p. 177.

possono essere caricati e fruiti contenuti che appartengono alla categoria degli *user-generated content* oppure possono essere fruiti contenuti che provengono esclusivamente dal circuito professionale (*featured content*). Il *cloud computing* incarna l'immagine di un universo della conoscenza virtuale, rappresentando un paradigma in cui si genera un'astrazione delle risorse computazionali, le quali vengono offerte tramite Internet come servizio al di fuori del proprio ambiente e rese fruibili agli utenti a consumo (*pay-per-use*). Siamo in presenza di un insieme di tecnologie e risorse informatiche non localizzate in un personal computer o in un altro dispositivo digitale ma accessibili direttamente online grazie allo sviluppo delle reti di comunicazione, ovvero, secondo la definizione del National Institute of Standards and Technology (Nist), di un « model for enabling ubiquitous, convenient, on-demand network access to a shared pool of configurable computing resources (e.g., networks, servers, storage, applications, and services) that can be rapidly provisioned and released with minimal management effort or service provider interaction »⁷.

Seguendo la suddetta definizione, il *cloud computing* è caratterizzato da cinque elementi essenziali (*on-demand self-service, broad network access, resource pooling, rapid elasticity, measured service*), articolato in tre *service models* (*software, platform, infrastructure*) e quattro *deployment models* (*private cloud, community cloud, public cloud, hybrid cloud*)⁸.

Il tema dell'*enforcement* del diritto d'autore nel nuovo contesto ambientale ruota essenzialmente attorno ad alcune caratteristiche del *cloud computing* ed al modello di servizio prescelto⁹.

Per quanto concerne le caratteristiche del *cloud* contenute nella definizione fornita dal Nist, rilievo particolare assumono l'*on-demand self-service* ed il *broad network access*: il servizio è completamente automatizzato sicché l'utente può disporre di capacità di calcolo senza

7. MELL P., GRANCE T., *The NIST Definition of Cloud Computing*, 2011, disponibile all'indirizzo internet <<http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-145/SP800-145.pdf>>.

8. YOO C.S., *Cloud Computing: Architecture and Policy Implications*, Institute for Law & Economics, University of Pennsylvania Law School, Research Paper n. 15/2011, disponibile online all'indirizzo internet <<http://ssrn.com/abstract=1824580>>. Si vedano anche SLUIJS J.P., LAROUCHE P., SAUTER W., *Cloud Computing in the EU Policy Sphere: Interoperability, Vertical Integration and the Internal Market*, 3 JIPITEC 12 (2012); Aa.Vv., (a cura di) BUYYA R., BROBERG J., GOSCINSKI A., *Cloud Computing: Principles and Paradigms*, Wiley Ed., Hoboken 2011.

9. MELZER M.A., *Copyright Enforcement in the Cloud*, 21 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 403, 2011.

dover interagire con alcun fornitore e le capacità sono disponibili in rete, accessibili tramite un qualsiasi dispositivo che possa accedere ad Internet. Le altre caratteristiche attengono al fatto che le risorse sono messe a disposizione di tutti gli utenti, secondo un modello *multi-tenant*, e dinamicamente riassegnate in base alla domanda degli utenti (*resource pooling*); possono essere rapidamente ed elasticamente incrementate e rilasciate al fine di ottenere un prodotto scalabile (*rapid elasticity*) e sono controllate ed ottimizzate automaticamente al fine di essere misurate (*measured service*). Sul versante dei *service models*, contenuti offerti e ruolo degli attori si presentano in maniera significativamente diversa. Il modello *Infrastructure as a service* (IaaS) descrive l'insieme delle risorse di elaborazione che permettono agli sviluppatori di offrire risorse scalabili e disponibili sulla base dell'effettivo utilizzo: si tratta di un modello di *hosting cloud* nel quale il *provider* mette a disposizione del cliente un'infrastruttura completa di server, router, storage, hardware e software, che quest'ultimo può gestire ed implementare includendo sistemi operativi ed applicazioni. In sostanza, invece di comprare server, spazio in un *data center* o software, coloro che usufruiscono di servizi IaaS acquistano risorse *on-demand* generalmente tramite una *virtual machine*. Il modello *Platform as a Service* (PaaS) rappresenta il livello che fornisce strumenti per lo sviluppo di applicazioni *cloud-based*: in questo contesto il *provider* fornisce, oltre all'hardware, una piattaforma che include il sistema operativo, il *middleware* e l'ambiente *runtime*, consentendo al cliente di gestire la configurazione dell'ambiente e di distribuire nello stesso applicazioni create dall'utente. Si tratta dunque di un'offerta di un ambiente di sviluppo che permette all'utente di creare applicazioni web senza installare alcuno strumento sul proprio computer. Infine, il modello *Software as a service* (SaaS) costituisce il livello delle applicazioni offerte su base *subscription*: il *provider* mette a disposizione dell'utente una serie di applicazioni che quest'ultimo può utilizzare direttamente online, senza doverle installare sul proprio computer e senza esserne proprietario, versando al *provider* un corrispettivo per il loro utilizzo.

Nel panorama dei siti che permettono agli utenti di caricare materiale sulla nuvola si rinvengono anche i *cyberlockers* (detti anche *one-click hosting services*), i quali si presentano funzionalmente diversi rispetto allo *streaming* in quanto, nel consentire all'utente di caricare un file,

rilasciano un indirizzo url che indica il luogo dove lo stesso è conservato. Assieme alla fruizione in *streaming*, tutti gli utenti che dispongono del suddetto indirizzo possono anche scaricare il file custodito nella nuvola, realizzando così una modalità di condivisione pubblica, aperta a tutti e non a cerchie ristrette di destinatari predeterminati¹⁰.

Sono queste le premesse da cui partire per affrontare il quesito principale dell'*enforcement* del diritto d'autore nei servizi *cloud*, ossia se l'attuale quadro normativo posto a tutela del *digital copyright* sia idoneo a governare le recenti evoluzioni della rete o, viceversa, se la trasformazione di Internet e l'affermazione dei *social networks* non siano tali da rendere superate e datate nel mondo del Web 2.0 le soluzioni attualmente offerte dal legislatore.

2. La responsabilità degli *Internet Service Providers*

Sullo scenario internazionale il punto di riferimento normativo è rappresentato dai c.d. « Trattati Internet » adottati dall'Organizzazione mondiale per la proprietà intellettuale (WIPO) e chiamati a colmare una lacuna dell'Accordo Trips, siglato quando il fenomeno di Internet non aveva ancora mostrato le sue potenzialità dirompenti. Gli art. 8 e 11 del Trattato sul diritto d'autore (Wct) e gli art. 10, 14 e 18 del Trattato sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi (Wppt), accanto al riconoscimento del diritto esclusivo di comunicazione al pubblico, introducono la previsione di obblighi contro l'elusione delle misure tecnologiche utilizzate dai titolari dei diritti esclusivi, allo scopo di impedire che vengano commessi, nei confronti delle opere tutelate, atti non autorizzati o vietati per legge.

Negli Stati Uniti i suddetti Trattati sono stati implementati con il *Digital millennium copyright act (Dmca)*, il quale, oltre ad una serie di divieti di aggirare le misure tecnologiche di protezione, introduce una serie di *safe harbors* in favore degli *Internet Service Providers (ISPs)* per ogni violazione diretta o indiretta del diritto d'autore derivante dai contenuti ospitati e trasmessi dai siti da loro gestiti¹¹.

10. Diffusamente sul punto MONTAGNANI, cit.

11. La scelta di adottare un sistema diversificato di immunità, articolato solo su alcune figure di intermediari e per di più limitato al solo diritto d'autore, anziché individuare uno

Per poter beneficiare delle immunità concesse dal Dmca i *providers* sono chiamati ad adottare sia una policy di interruzione del servizio (*takedown*) contro gli utenti colpevoli di ripetute violazioni del diritto d'autore, sia le misure tecniche standard predisposte dai titolari dei diritti d'autore per identificare e salvaguardare le opere protette. Le *safe harbors*, peraltro, sono diversificate, contemplando presupposti specifici per le diverse categorie di ISPs, individuate a seconda se questi ultimi siano impegnati in attività di a) *transitory communications*, b) *caching*, c) *storage*, d) *information location tools*¹². Per gli ISPs di cui *sub a)* e *b)* il Dmca recepisce la teoria del « mero conduttore » elaborata dai giudici in *Netcom*¹³, ai sensi della quale non sussiste alcuna responsabilità se, nel caso *sub a)*, l'informazione provenga da un soggetto terzo, la cui trasmissione rientri in un processo tecnico senza alcuna selezione da parte dell'ISP né del materiale, né dei destinatari ed il contenuto non sia mantenuto per un lasso di tempo superiore a quello strettamente necessario alle finalità tecniche e non sia stato modificato da parte dell'ISP; e, nel caso *sub b)*, laddove, nell'ambito di un sistema automatizzato, il *provider* non intervenga sul contenuto dell'informazione o interferisca con la tecnologia usata, rispetti gli standard in tema di *refreshing*, limiti l'accesso al materiale in base alle condizioni previste da colui che lo ha inserito ed elimini o blocchi prontamente lo stesso appena ricevuta la notifica della sua rimozione dal sito originario. Per i *provider* di cui *sub c)* e *d)* è, invece previsto il c.d. *red flag test* in base al quale un ISP sarà esente da *copyright infringement* per aver conservato tramite l'operazione di un utente sul proprio sistema materiali se ricorrono i seguenti presupposti soggettivi ed oggettivi: i) non essere a conoscenza della presenza, sulle pagine del proprio sito, di materiale illecito (oppure non essere a conoscenza di fatti o circostanze dai quali

standard unico per le violazioni commesse via Internet, è ampiamente criticato da LEMLEY M.A., *Rationalizing Internet Safe Harbors*, 6 J. Telecomm & High Tech, L. 101, 102, 2007.

12. Quelli di cui *sub a)* semplicemente ricevono materiale illecito in transito tramite il funzionamento di un sistema di ricezione automatizzato, senza che di tale materiale il *provider* faccia alcuna selezione; quelli di cui *sub b)* forniscono un servizio di *system caching* del materiale altrui tramite un sistema automatizzato che consente agli utenti di ricevere il materiale facendo richiesta direttamente all'utente che ha inviato al sito il materiale; quelli di cui *sub c)* ospitano nel proprio sito materiale su disposizione dei propri utenti; quelli di cui *sub d)* presentano un link ad un sito che ospita materiale illecito.

13. *Religious Technology Center v. Netcom online Communication Services*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995).

risulti evidente la condotta illecita oppure agire prontamente per rimuovere o impedire l'accesso al materiale una volta avuta conoscenza della sua natura); ii) non ricevere alcun vantaggio finanziario diretto dalla condotta illecita laddove abbia il diritto e la possibilità di controllare tale attività; iii) agire prontamente, a seguito di una denuncia di violazione, per rimuovere o impedire l'accesso al materiale. Perché una denuncia possa considerarsi idonea affinché il *provider* sia messo a conoscenza delle violazioni, è necessario che includa sei elementi tra i quali « *identification of the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity and that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate the material* »: un esempio di tale informazione sufficiente è rappresentato dall'indicazione dell'url (*uniform resource locator*) che contiene il materiale illecito.

Sul versante comunitario, la direttiva 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, lascia ampi margini di discrezionalità ai legislatori nazionali circa l'adozione di sistemi che, contemperando i diritti fondamentali in materia di riservatezza delle comunicazioni e accesso ad Internet, assicurino un'efficace tutela delle opere protette: in ogni caso, secondo l'art. 8, n. 3, gli Stati membri devono assicurarsi che i titolari dei diritti possano chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un diritto d'autore o diritti ad esso connessi.

Con riguardo alla responsabilità del *provider* per le attività di semplice trasporto (*mere conduit*), memorizzazione temporanea (*caching*) e *hosting*, la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico¹⁴ prevede, agli art. 12–15, l'esenzione di responsabilità, lasciando impregiudicata la facoltà degli Stati membri di adottare normative che attribuiscono all'autorità giudiziaria o amministrativa il potere di esigere, attraverso un provvedimento inibitorio, che il *provider* ponga fine ad una violazione o la impedisca, nonché di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime.

14. Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (« Direttiva sul commercio elettronico »).

Nel dettaglio, l'art. 12 della direttiva 2000/31/CE prevede che, per le attività di semplice trasporto, il prestatore non sia responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che egli non dia origine alla trasmissione, non selezioni il destinatario della trasmissione, non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse. Allo stesso modo l'art. 13, per l'attività di *caching*, prevede che il prestatore non sia responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea delle informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltramento ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che egli non modifichi le informazioni; si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni; si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore; non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni; agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione dell'accesso. L'art. 14 esenta, invece, colui che offre un servizio di hosting da ogni responsabilità relativa alle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione; non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

L'art. 15, infine, stabilisce che, nella prestazione dei servizi di cui agli art. 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai *provider* un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite: gli Stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti,

a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati.

Nel dibattito europeo ha svolto un ruolo di primo piano l'iniziativa regolamentare francese. Allo scopo di contrastare il *download* illecito di opere musicali e cinematografiche, nel 2009 viene approvata in Francia la legge sulla diffusione delle opere e la protezione dei diritti d'autore (*Loi n. 2009-669 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*)¹⁵, fortemente voluta dalla presidenza Sarkozy, che affida ad un'autorità amministrativa *ad hoc* (*Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur l'Internet — hadopi*) il compito di monitorare le attività degli utenti e dissuaderli da pratiche illecite. Il meccanismo di "risposta graduale" si articola nelle c.d. *three strikes rules*: individuato il reo, l'Hadopi procede all'invio di due *warnings* (uno via mail, uno per raccomandata) e, qualora — nonostante gli avvertimenti — il *download* illecito dovesse proseguire, l'Hadopi può irrogare sanzioni, compresa la disconnessione dell'utente da Internet. Il ruolo preminente attribuito ad un'autorità amministrativa ha sollevato critiche e perplessità, accolte dal *Conseil constitutionnel* che, nel giugno 2009, ha dichiarato parzialmente incostituzionale la legge: dal momento che la disconnessione da Internet limita la libertà di espressione, ogni decisione al riguardo può essere decisa solo da un'autorità giudiziaria al termine di un bilanciamento tra gli interessi contrastanti. Il Parlamento francese è stato così costretto ad emanare una nuova normativa (*Loi n. 2009-1311 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, c.d. Hadopi 2)¹⁶ alla luce della quale mentre all'autorità amministrativa viene confermato il potere di monitoraggio e di dissuasione delle pratiche illecite, il potere sanzionatorio è riservato all'autorità giudiziaria.

Il dibattito francese trova eco anche nell'impianto regolamentare vigente nel Regno Unito a seguito dell'approvazione del Digital Economy Act dell'aprile 2010. Alla luce del codice per l'esecuzione delle disposizioni inerenti le violazioni del diritto d'autore adottato dall'Ofcom e prossimo ad entrare in vigore, anche nel Regno Unito

15. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020735432>.

16. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021208046&categorieLien=id>.

viene prevista una *three strikes policy* in base alla quale, dopo la terza notifica di violazione in un anno, l'utente viene iscritto in un registro tenuto dall'ISP e può essere destinatario di provvedimenti, compresa la disconnessione da Internet, irrogati dal Ministro competente a valle di un rapporto dell'Ofcom: il Ministro competente può adottare tali ingiunzioni previo parere positivo dell'autorità giudiziaria la quale dovrà prendere in considerazione l'importanza di garantire la libertà di espressione.

Da ultimo si segnala la *Ley Sinde* spagnola del 2011, la cui legittimità costituzionale è ad oggi oggetto di analisi presso il *Tribunal Supremo*, che introduce la possibilità, previa autorizzazione giudiziaria, di richiedere ai *provider* la trasmissione dei dati che permettano l'identificazione del responsabile della condotta che si presume illecita ed istituisce, all'interno del Ministero della cultura, una Commissione per la proprietà intellettuale che svolga la duplice funzione sia di mediazione per la risoluzione extragiudiziale delle controversie sia di salvaguardia dei diritti di proprietà intellettuale, essendo dotata a tal fine, tra le altre cose, del potere di interruzione del servizio e di rimozione dei contenuti illeciti.

In ambito comunitario il dibattito è altresì scandito da una serie di pronunce. Innanzitutto si segnala la decisione della Corte di Giustizia UE, 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Promusicae c. Telefónica*, laddove si è affermato che la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, la direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione e la direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale¹⁷ non impongono né impediscono agli Stati membri di istituire un obbligo di comunicare dati personali per garantire l'effettiva tutela del diritto d'autore nel contesto di un procedimento civile: tuttavia, il diritto comunitario richiede che gli Stati membri, in occasione della trasposizione di tali direttive, abbiano cura di fondarsi su un'interpretazione delle medesime tale da garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario.

17. Direttiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0048&from=IT>.

In *LSG*, la Corte ha ribadito il principio che l'art. 8, n. 3, della direttiva 2004/48, in combinato disposto con l'art. 15, n. 1, della direttiva 2002/58, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, non osta a che gli Stati membri istituiscano un obbligo di comunicazione a soggetti privati terzi di dati personali relativi al traffico al fine di consentire l'avvio di procedimenti civili per violazioni del diritto d'autore¹⁸.

In tempi più recenti si segnala la pronuncia *Scarlet*, relativa ad una controversia concernente il rifiuto di predisporre un sistema di filtraggio delle comunicazioni elettroniche realizzate tramite programmi per lo scambio di archivi (peer-to-peer), onde impedire gli scambi dei files che ledono i diritti d'autore¹⁹. Secondo i giudici comunitari, le direttive comunitarie 2000/31, 2001/29, 2004/48, 95/46/CE e 2002/58/CE, lette in combinato disposto e interpretate tenendo presenti le condizioni derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali applicabili, devono essere interpretate nel senso che ostano all'ingiunzione ad un fornitore di accesso ad Internet di predisporre un sistema di filtraggio di tutte le comunicazioni elettroniche che transitano per i suoi servizi, in particolare mediante programmi peer-to-peer, che si applica indistintamente a tutta la sua clientela, a titolo preventivo, a sue spese esclusive e senza limiti nel tempo, idoneo ad identificare nella rete di tale fornitore la circolazione di file contenenti un'opera musicale, cinematografica o audiovisiva rispetto alla quale il richiedente affermi di vantare diritti di proprietà intellettuale, onde bloccare il trasferimento di file il cui scambio pregiudichi il diritto d'autore.

Un'ingiunzione che imponga ad un fornitore di accesso ad Internet di predisporre un sistema di filtraggio come quello controverso implica infatti l'obbligo di procedere ad una sorveglianza attiva su tutti i dati di ciascuno dei suoi clienti per prevenire qualsiasi futura violazione di diritti di proprietà intellettuale. L'attuazione di tale sistema di filtraggio presupporrebbe, infatti, che il fornitore di accesso ad Internet identifichi, in primo luogo, nell'insieme delle comunicazioni elettroniche di tutti i suoi clienti, i files che appartengono al traffico

18. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 19 febbraio 2009, causa C-557/07, *LSG c. Tele2 Telecommunication*.

19. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 24 novembre 2011, causa C-70/10, *Scarlet Extended c. SABAM*.

peer-to-peer; che esso identifichi, in secondo luogo, nell'ambito di tale traffico, i files che contengono opere sulle quali i titolari dei diritti di proprietà intellettuale affermino di vantare diritti; in terzo luogo, che esso determini quali tra questi files sono scambiati in modo illecito e, in quarto luogo, che proceda al blocco degli scambi di files che esso stesso qualifica come illeciti. Siffatta sorveglianza preventiva richiederebbe così un'osservazione attiva sulla totalità delle comunicazioni elettroniche realizzate sulla rete del fornitore coinvolto e, pertanto, includerebbe tutte le informazioni da trasmettere e ciascun cliente che si avvale di tale rete. Il principio di diritto affermato è stato in seguito confermato in *Netlog*, anche il relazione agli obblighi a carico di un social network²⁰.

Si segnala, inoltre, la decisione *Bonnier Audio* laddove i giudici comunitari, nel confermare il principio espresso in *Promusicae* e ribadito in *LSG*, rilevano come la normativa nazionale in questione abbia deciso di avvalersi della facoltà ad esso offerta, di prevedere l'obbligo di trasmissione di dati a carattere personale a soggetti privati nell'ambito di un provvedimento civile²¹: nello specifico la normativa svedese esige che, affinché possa essere disposta l'ingiunzione di comunicazione dei dati in questione, sussistano indizi reali di violazione di un diritto di proprietà intellettuale su un'opera, che le informazioni richieste siano tali da facilitare le indagini sulla violazione o sulla minaccia di violazione del diritto d'autore e che i motivi alla base di tale ingiunzione si ricolleghino ad un interesse superiore agli inconvenienti o agli altri pregiudizi che ne possano derivare per il destinatario o a qualsivoglia altro contrapposto interesse. A parere dei giudici comunitari, una siffatta normativa è tale da garantire un giusto equilibrio tra la tutela del diritto di proprietà intellettuale, di cui godono i titolari del diritto d'autore, e la tutela dei dati di carattere personale, di cui beneficia un utente Internet.

La giurisprudenza in merito alla tutela del diritto d'autore in Internet annovera anche il caso *Telekabel*, nel quale si tratta di stabilire se possa essere adottato un provvedimento di blocco dell'accesso a

20. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 16 febbraio 2012, causa C-360/10, *SABAM c. Netlog*.

21. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 19 aprile 2012, causa C-461/10, *Bonnier Audio e a. c. Perfect Communication Sweden*.

un sito Internet che consente agli utenti di violare in misura massiccia i diritti d'autore relativi ad alcune opere cinematografiche²². In particolare, i giudici austriaci chiedono se sia compatibile con i diritti fondamentali dell'Unione vietare a un *provider*, in modo totalmente generale (ossia senza la prescrizione di misure concrete), di consentire ai propri clienti l'accesso a un determinato sito Internet sul quale vengono messi a disposizione esclusivamente o prevalentemente contenuti senza l'autorizzazione dei titolari dei diritti: i giudici nazionali designano un tale provvedimento come un divieto di risultato alla luce del quale il destinatario deve impedire un determinato evento (segnatamente l'accesso al sito Internet), senza che vengano menzionate le misure che lo stesso deve adottare a tal fine.

Secondo la Corte, i diritti fondamentali riconosciuti dall'Unione non ostano a che sia vietato, con un'ingiunzione pronunciata da un giudice, a un fornitore di accesso a Internet di concedere ai suoi abbonati l'accesso a un sito Internet che metta in rete materiali protetti senza il consenso dei titolari dei diritti, qualora tale ingiunzione non specifichi quali misure il fornitore di accesso deve adottare e quest'ultimo possa evitare sanzioni per la violazione di tale ingiunzione dimostrando di avere adottato tutte le misure ragionevoli: ciò a condizione, tuttavia, che, da un lato, le misure adottate non privino inutilmente gli utenti di Internet della possibilità di accedere in modo lecito alle informazioni disponibili e, dall'altro, che tali misure abbiano l'effetto di impedire o, almeno, di rendere difficilmente realizzabili le consultazioni non autorizzate dei materiali protetti e di scoraggiare seriamente gli utenti di Internet che ricorrono ai servizi del destinatario di questa stessa ingiunzione dal consultare tali materiali messi a loro disposizione in violazione del diritto di proprietà intellettuale, circostanza che spetta alle autorità e ai giudici nazionali verificare.

Da ultimo, nella pronuncia *McFadden*²³, la Corte ha ritenuto che il fornitore di accesso gratuito ed anonimo ad una rete Wi-Fi rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 12 della direttiva 2000/31 e, dunque, benefici del regime di responsabilità del mero conduttore qualora detto accesso non vada al di là dell'ambito del processo tecni-

22. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 27 marzo 2014, causa C-314/12, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih e Wega Filmproduktionsgesellschaft*.

23. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 15 settembre 2016, caso C-484/14.

co, automatico e passivo che assicuri l'esecuzione della trasmissione di informazioni richiesta. Allo stesso tempo, secondo la Corte, la suddetta previsione non impedisce di richiedere un'ingiunzione che imponga al suddetto fornitore di proteggere la connessione a Internet mediante una password, in quanto idonea a realizzare un giusto equilibrio tra il diritto fondamentale alla protezione della proprietà intellettuale e il diritto alla libertà d'impresa del prestatore che fornisce un servizio di accesso a una rete di comunicazione nonché il diritto alla libertà d'informazione dei destinatari di tale servizio. Tale misura, ammonisce però la Corte, deve considerarsi adeguata nei limiti in cui gli utenti siano obbligati a rivelare la loro identità al fine di ottenere la password richiesta e non possano quindi agire anonimamente.

Il quadro comunitario si arricchisce anche di alcune importanti pronunce giurisprudenziali relative alla tutela dei marchi, le quali chiariscono gli ambiti di applicazione delle esenzioni di responsabilità enucleate dalla direttiva 2000/31. Si fa riferimento alle pronunce della Grande sezione della Corte di giustizia nei casi *Google France c. Louis Vuitton*²⁴ e *L'Oréal c. eBay*²⁵, laddove si è stabilito chiaramente che l'esenzione di responsabilità si applica ad un Isp, sia esso un prestatore di un servizio di posizionamento su Internet o un gestore di un mercato online, qualora non abbia svolto un ruolo attivo che gli permetta di avere conoscenza o controllo circa i dati memorizzati. In *L'Oréal* si è precisato che un *hosting provider* che non ha svolto un ruolo attivo non può tuttavia avvalersi dell'esonerazione dalla responsabilità qualora sia stato al corrente di fatti o circostanze in base ai quali un « operatore economico diligente » avrebbe dovuto constatare l'illiceità delle condotte e, nell'ipotesi in cui ne sia stato al corrente, non abbia prontamente agito per impedirne la reiterazione, rimuovendo i materiali illeciti o disabilitando l'accesso ai soggetti che hanno immesso tali materiali online. E, dunque, non si chiede all'operatore di telecomunicazioni di esercitare un controllo preventivo sui contenuti o di attribuire all'Isp una responsabilità *ex ante* di tipo editoriale, ma, una volta ch'egli sia venuto a conoscenza dell'illiceità dei contenuti — vuoi perché scopra l'esistenza di un'attività o di un'informazione illecite a seguito di un esame effettuato di propria iniziativa, vuoi perché gli sia notificata

24. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 23 marzo 2010, causa C-236/08.

25. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 12 luglio 2011, causa C-324/09.

l'esistenza di un'attività o di un'informazione siffatte —, la mancata rimozione *ex post* determina una responsabilità nella contraffazione dei diritti di proprietà intellettuale che giustifica l'ordine all'inibizione del contenuto. Restano da chiarire i contorni di uno standard, abbastanza mobile e flessibile, quale quello dell'« operatore economico diligente »: spetterà ai giudici definire caso per caso gli obblighi di diligenza che gravano sugli Isps nei vari possibili scenari²⁶.

In *L'Oréal* la Corte ha affermato, inoltre, che alla luce dell'art. 11 della direttiva 2004/48, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, gli Stati membri sono tenuti a far sì che gli organi giurisdizionali nazionali competenti possano ingiungere al gestore di un mercato online di adottare provvedimenti che contribuiscano non solo a far cessare le violazioni di tali diritti ad opera degli utenti di detto mercato, ma anche a prevenire nuove violazioni della stessa natura. I provvedimenti richiesti all'ISP devono essere effettivi, proporzionati, dissuasivi e non devono creare ostacoli al commercio legittimo, sicché non possono consistere in una vigilanza attiva di tutti i dati di ciascuno dei suoi clienti per prevenire qualsiasi futura violazione dei diritti di proprietà intellettuale attraverso il sito dell'ISP. Anche in questa situazione, come già evidenziato con riferimento allo standard dell'« operatore economico diligente », vanno definiti quali sono i provvedimenti richiesti all'ISP che presentino caratteristiche tali da essere effettivi, proporzionati e dissuasivi. Si segnala, infine, come il tema della responsabilità degli ISPs sia oggetto delle proposte di riforma del diritto d'autore europeo attualmente in discussione.

Tra le proposte presentate dalla Commissione europea nell'ambito del « pacchetto copyright » è inclusa infatti la proposta di una Direttiva sul diritto d'autore nel *Digital single market*, all'interno della quale si fa specifico riferimento al tema del c.d. *value gap*, ossia alle regole che debbano assicurare il corretto funzionamento del mercato e la tutela nei confronti dello sfruttamento delle opere nel contesto digitale. Alla luce del combinato disposto del considerando 38 e dell'art. 13, gli Isps che, nell'immagazzinare e fornire accesso ad un ammontare significativo di opere caricate dagli utenti, svolgono un ruolo attivo (ad esempio,

26. Sulla difficoltà di definire i contorni dello standard di condotta richiesto ad un « operatore economico diligente », NORDEMANN J.B., *Liability of Social Networks for IP Infringements (Latest News): The Eu Law Regime After L'Oréal/eBay*, in AIDA 2011, 499.

ottimizzando la presentazione dei contenuti) devono siglare accordi di licenza con gli aventi diritto ed implementare misure adeguate ed efficaci (quali quelli di filtraggio) per assicurare il rispetto dei suddetti accordi ed impedire la circolazione non autorizzata di materiale coperto da diritto d'autore. Resta da comprendere come questa previsione possa essere compatibile con il divieto di sorveglianza generale di cui all'art. 15 della Direttiva sul commercio elettronico.

Al fine di valutare l'applicabilità al *cloud computing* delle *safe-harbors* previste per la *secondary liability* dell'ISP, dovendo tentare di inquadrare i servizi offerti in una delle categorie esaminate (*mere conduit, caching e hosting*), due appaiono gli aspetti di maggiore rilevanza: per un verso la caratteristica di self-service del *cloud computing* potrebbe supportare la linea difensiva per il *provider* che invochi l'immunità rivendicando un ruolo di « mero corriere »²⁷, dall'altra parte i servizi *cloud* non sono omogenei e non è irrilevante che, nei modelli Paas e Iaas, il livello di controllo detenuto dall'ISP sia decisamente inferiore di quanto avvenga nel modello Saas²⁸.

In particolare, se facciamo riferimento alla figura di *hosting provider*, che in ragione della sua definizione normativa appare quella in grado di raccogliere una parte significativa dei servizi *cloud*, dalla casistica giurisprudenziale esaminata risulta che, per assicurarsi l'immunità da un'accusa di *secondary infringement*, il *provider* deve dimostrare un grado sufficiente di effettiva neutralità rispetto ai contenuti immessi dagli utenti, non ricorrendo tale ipotesi laddove lo stesso svolga un ruolo attivo rispetto all'organizzazione ed alla gestione dei suddetti contenuti che gli permetta di avere conoscenza o controllo sugli stessi. Il *provider* non è tenuto ad una sorveglianza attiva e preventiva, ma è chiamato ad intervenire e rimuovere perentoriamente il materiale illecito ogniqualvolta ne venga a conoscenza: a tal proposito, per far scattare la responsabilità non è sufficiente imputare al *provider* una conoscenza generalizzata delle condotte illecite, ma è necessario inoltrare una denuncia che individui specificamente il materiale segnalato come illecito (senza che ciò equi-

27. MELZER, cit., 408.

28. SLUIJS J.P., LAROCHE P., SAUTER W., *Cloud Computing in the EU Policy Sphere*, in *TILEC Discussion Paper* n. 36/2011, disponibile online all'indirizzo internet <<http://ssrn.com/abstract=1909877>>: « It appears that cloud computing fits well under eCommerce directive — at least in terms of definitions — and particularly the safe-harbour provisions will be welcomed by players in the cloud computing market ».

valga — almeno secondo la dottrina del *wilfull blindness* statunitense e forse anche secondo lo standard dell'« operatore economico diligente » di L'Oréal — a consentire che il *provider* si ponga consapevolmente nelle condizioni di non voler sapere).

L'assenza di un obbligo di controllo preventivo si traduce, come risulta dai casi *Scarlet* e *Netlog*, anche nell'illegittimità di previsioni normative che impongano la predisposizione di sistemi di filtraggio indiscriminato di tutte le comunicazioni elettroniche che transitano per i servizi offerti. Tale aspetto dovrà, però, essere riconsiderato qualora venisse approvata la proposta di Direttiva sul diritto d'autore nel *Digital single market*, che all'art. 13 impone agli ISPs che svolgono un ruolo attivo di siglare accordi di licenza con gli aventi diritto ed implementare adeguati sistemi di filtraggio.

L'impossibilità di imporre la vigilanza attiva dei dati di ciascun utente non solleva in ogni caso, secondo quanto affermato in *L'Oréal*, gli Stati membri dal far sì che gli organi giurisdizionali possano ingiungere al *provider* di adottare provvedimenti che contribuiscano non solo a far cessare le violazioni dei diritti d'autore, ma anche a prevenire nuove violazioni degli stessi. Alla luce dei casi *Promusicae*, *Tele2*, e *Bonnier Audio*, infine, i legislatori nazionali conservano il potere di istituire, a carico del *provider*, un obbligo di comunicazione dei dati personali degli utenti al fine di garantire l'effettiva tutela del diritto d'autore nel contesto di un procedimento civile.

3. Riproduzione per uso privato

Il progresso tecnologico verso l'era digitale ha avuto una forte ricaduta anche sugli strumenti per riprodurre ad uso privato le opere protette, consentendo a chiunque di memorizzare dati in forma digitale, modificarli e riprodurli *ad libitum*: il legislatore ha reagito riesaminando le eccezioni e limitazioni alle protezioni esistenti con l'obiettivo dichiarato di garantire un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché tra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti²⁹. L'art. 5 della Direttiva

29. La necessità di un costante adattamento al mutamento delle condizioni ambientali è evocato esplicitamente dal considerando 44 della Direttiva 2001/29/CE, laddove dopo aver

2001/29/CE, al comma 1, esenta dal diritto esclusivo di riproduzione gli atti di « riproduzione temporanea », parte integrante e essenziale di un procedimento tecnologico, eseguiti all'unico scopo di consentire la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario o un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali, purché siano privi di rilievo economico; al comma 2, lett. b), esenta la riproduzione su qualsiasi supporto effettuate da una persona fisica per « uso privato » e per fini né direttamente, né indirettamente commerciali a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso che tenga conto dell'applicazione o meno delle misure tecnologiche di protezione³⁰.

Come è stato rilevato, le opere fissate su supporto digitale e fruibili in rete stravolgono il significato della facoltà di copia privata, facendo sì che l'uso personale divenga la principale fonte di sottrazione di guadagno per il titolare³¹. Se la copia privata non rappresenta un diritto soggettivo, ma una semplice facoltà subordinata al rispetto di alcuni presupposti, e le utilizzazioni libere in genere sono mere eccezioni alla regola fondamentale secondo la quale solo l'autore o il titolare del diritto connesso ha il potere pieno ed esclusivo di trarre dall'opera tutte le utilità economiche, l'irrompere della tecnologia digitale e delle reti telematiche ha così fornito una giustificazione alla tutela già dimidiata delle eccezioni e limitazioni. Tale approccio trova conferma nel contesto normativo internazionale, alla luce del quale la copia privata non solo non è mai configurata come un diritto soggettivo,

premesso che « l'introduzione di tali eccezioni o limitazioni da parte degli Stati membri deve in particolare tenere debitamente conto dell'accresciuto impatto economico che esse possono avere nel contesto del nuovo ambiente elettronico », non si esclude che « la portata di alcune eccezioni o limitazioni debba essere ulteriormente limitata nel caso di taluni nuovi utilizzi di opere e materiali protetti ».

30. Sul versante nazionale, come è noto, si registra un'ambiguità tra « uso personale » ed « uso privato »: se, secondo dottrina unanime, il concetto di « uso personale » di cui all'art. 68 della legge sul diritto d'autore non è sinonimo di « uso individuale » ma di « uso in ambito privato », la successiva disposizione di cui all'art. 71-sexies, relativa alla copia privata di fonogrammi e videogrammi, impedisce una ricostruzione unitaria in quanto, a differenza dell'art. 68, fa esplicito riferimento all'uso esclusivamente personale della persona fisica-utente beneficiario dell'eccezione.

31. PENNISI R., *Gli utilizzatori*, in AIDA, 2005, I, 181, 191. Sul tema si vedano anche SPOLIDORO M.S., *Le eccezioni e le limitazioni*, in AIDA, 2007, I, 179; FABIANI M., *Le eccezioni e limitazioni ai diritti degli autori nella Direttiva 2001/29/CE e nella sua attuazione nei Paesi della Comunità*, in Dir. autore, 2005, 137; DE SANCTIS V., *La copia privata nel d. lgs. 68/2003. Prime valutazioni*, *ivi*, 2004, 115; SPADA P., *Copia privata ed opere sotto chiave*, in Riv. dir. ind., 2002, 591; SARTI D., *Copia privata e diritto d'autore*, in AIDA, 1992, I, 48.

ma sovente è persino facoltativa, essendo gli Stati nazionali liberi anche di non prevederla: dalla Convenzione di Berna (art. 9.2) ai Trips (art. 13), fino alla direttiva comunitaria 2001/29 (art. 5.2), è un susseguirsi di « possono » ed « hanno la facoltà » di prevedere eccezioni o limitazioni al diritto esclusivo di riproduzione, per di più nel rispetto dei presupposti del c.d. *three step test*³².

Nell'ambito delle eccezioni al diritto esclusivo di riproduzione previste dall'art. 5.2 della direttiva 2001/29/CE, la copia privata si presenta per giunta come una eccezione di rango inferiore perché, sebbene condivida con le altre fattispecie il riconoscimento di un equo compenso per il titolare del diritto d'autore o connesso e la subordinazione al rispetto del *three step test*, a differenza delle altre eccezioni la copia privata può essere consentita a patto che si tenga conto delle misure tecnologiche di protezione (art. 5.2, lett. b), quanto basta per ritenere che, anche laddove uno Stato membro abbia previsto la copia privata, l'acquirente del supporto non può pretendere la rimozione delle misure tecnologiche di protezione eventualmente erette per impedire la riproduzione dell'opera: l'apposizione di misure tecnologiche di protezione che impediscono l'esecuzione anche di una sola copia dell'opera, dunque, non costituisce violazione del « diritto » di copia privata³³.

Sul versante statunitense il limite principale ai diritti esclusivi è rappresentato dalla clausola generale del *fair use* (codificato al §107, title 17, dello *United states code*), che include — la lista non è esaustiva — la riproduzione in copie per finalità di critica, commento, cronaca,

32. Alla luce del quale le eccezioni e limitazioni sono applicate esclusivamente i) in determinati casi speciali, ii) che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e iii) non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare.

33. Per quanto concerne le misure tecnologiche di protezione, la direttiva 2001/29/CE all'art. 6 pone in capo agli Stati membri l'obbligo di prevedere un'adeguata protezione giuridica contro l'elusione di efficaci misure tecnologiche (previsione più ampia di quella contenuta nel Dmca, la quale vieta soltanto l'elusione di misure antiaccesso) e la fabbricazione, l'importazione, la distribuzione, la vendita, il noleggio, la pubblicità per la vendita o il noleggio o la detenzione a scopi commerciali di attrezzature, prodotti o componenti o la prestazione di servizi, che abbiano la finalità di eludere, o non abbiano, se non in misura limitata, altra finalità o uso commercialmente rilevante oltre quello di eludere, o siano principalmente progettate, prodotte, adattate o realizzate con la finalità di rendere possibile o di facilitare l'elusione di efficaci misure tecnologiche (disposizione analoga alle *anti-trafficking provisions* del Dmca).

insegnamento o ricerca. Per determinare se uno specifico utilizzo di un'opera coperta da diritto d'autore sia qualificabile come *fair use* è necessario considerare alcuni fattori tra i quali (anche in questo caso la lista è meramente illustrativa): i) la finalità e la natura dell'utilizzo, ovvero la rilevanza della finalità non commerciale dell'utilizzo e della natura dell'utilizzo in senso di trasformazione dell'opera protetta e non di mera riproduzione; ii) la natura dell'opera coperta dal diritto d'autore; iii) l'ammontare della parte dell'opera coperta dal diritto esclusivo utilizzata; iv) gli effetti derivanti dall'utilizzo relativamente al mercato potenziale ed al valore dell'opera coperta dal diritto d'autore.

Per quanto concerne il regime delle copie effettuate nell'ambito dei servizi *cloud*, dal momento che, come visto, la copia privata non rappresenta un diritto soggettivo, bensì una semplice facoltà subordinata al rispetto di alcuni presupposti, per la valutarne la legittimità occorre necessariamente distinguere le ipotesi in cui il legislatore nazionale abbia previsto o meno tale eccezione.

Sul tema la Corte di giustizia ha avuto recentemente modo di pronunciarsi a seguito di una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Torino nel caso *VCAST c. RTI*³⁴. VCAST è una piattaforma digitale che consente agli utenti di registrare programmi televisivi direttamente sul sito della VCAST, senza necessità di possedere alcun apparecchio connesso alla televisione. La copia del programma viene custodita in un *private cloud storage page*, precedentemente acquisito dall'utente presso un provider (differente) di servizi cloud. L'utente sceglie un'emissione nel sito Internet della VCAST, nel quale compare l'intera programmazione dei canali televisivi inclusi nel servizio fornito dalla società: l'utente può indicare una determinata emissione oppure una fascia oraria. Successivamente, il sistema gestito dalla VCAST capta il segnale televisivo mediante le proprie antenne e registra la fascia oraria di emissione selezionata nello spazio di memorizzazione su cloud indicato dall'utente, il quale acquista tale spazio di memorizzazione da un altro fornitore.

I giudici torinesi sollevano due questioni riguardanti tale attività, prospettando due ipotesi contrapposte, la prima riguardante il caso in cui una normativa nazionale vieti tale attività, la seconda relativa alla situazione in cui, al contrario, quest'ultima sia autorizzata: nella sostan-

34. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 29 novembre 2017, causa C-265/16.

za i giudici chiedono se la direttiva 2001/29 (in particolare l'articolo 5. 2, lettera b), della medesima) osti a una normativa nazionale che consente a un'impresa commerciale di fornire ai privati un servizio di videoregistrazione da remoto su *cloud* di copie private relative a opere protette dal diritto d'autore, attraverso un sistema informatico, mediante un intervento attivo nella registrazione da parte di detta impresa, in difetto del consenso del titolare del diritto.

In realtà la Corte trasforma il caso in una disputa relativa ad un atto di comunicazione al pubblico, anziché alla disciplina della copia privata. Rilevano, infatti, i giudici europei come il servizio in esame possieda una doppia funzionalità, consistente nel garantire al contempo la riproduzione e la messa a disposizione delle opere e del materiale che costituiscono oggetto del medesimo: VCAST, infatti, registra le emissioni radiodiffuse e le mette a disposizione dei suoi clienti attraverso Internet. La Corte sottolinea che i) l'insieme delle persone cui tale fornitore si rivolge costituisce un « pubblico » secondo la giurisprudenza che esamineremo nel prossimo paragrafo; ii) la trasmissione originaria effettuata dall'organismo di diffusione radiotelevisiva e quella realizzata dal fornitore di servizi di cui al procedimento principale sono effettuate in condizioni tecniche specifiche, utilizzando un modo diverso di trasmissione delle opere, e ognuna di esse è destinata a un proprio pubblico. Ciascuna di esse deve, pertanto, ricevere l'autorizzazione dei titolari di diritti interessati.

Pertanto, un servizio di registrazione da remoto come quello offerto da VCAST non può ricadere nell'ambito dell'art. 5.2, lettera b), della direttiva 2001/29, senza che vi sia bisogno di verificare il rispetto delle condizioni del *three steps test*.

4. Il caso VCAST consente, quindi, di esplorare un ulteriore profilo che ha rilevanza nel contesto dei servizi *cloud*, ossia quello relativo alla possibilità che i contenuti caricati sulla piattaforma integrino una comunicazione al pubblico, una delle principali privative patrimoniali riconosciute al titolare del diritto, il cui ambito si è anch'esso nel tempo ampliato di pari passo con lo sviluppo dei nuovi strumenti offerti dalla tecnologia.

Ai sensi dell'art. 3, n. 1 della Direttiva 2001/29/CE, in linea con l'art. 11 bis, n. 1, della Convenzione di Berna e dell'art. 8 del Trattato Wipo, gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro

opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente. A questa previsione si aggiungono le disposizioni specifiche relative alla trasmissione via satellite e alla ritrasmissione via cavo contemplate dagli art. 2 e 8 della Direttiva 93/83/CE.

La Direttiva 2001/29/CE non fornisce una definizione della nozione di « comunicazione al pubblico » e la giurisprudenza comunitaria è stata, non a caso, investita più volte negli ultimi anni da questioni interpretative sollevate dai giudici nazionali. Nel caso *Sgae c. Rafael Hoteles*³⁵, i giudici hanno affermato che, nell'ambito di questa nozione, il termine pubblico indica un numero indeterminato di utenti potenziali, dovendosi aver riguardo agli effetti cumulativi derivanti dal succedersi degli utenti nel tempo, per poter decidere se il numero degli stessi coinvolto sia abbastanza rilevante da poterli considerare come un pubblico. Una tale comunicazione per integrare l'ipotesi prevista all'art. 11 bis, n. 1, lett. ii) della Convenzione di Berna deve essere inoltre eseguita da un ente di trasmissione diverso da quello originario e, dunque, effettuata ad un pubblico nuovo e diverso da quello cui è diretto l'atto di comunicazione originario dell'opera: se si tratta di un atto indipendente con il quale l'opera viene trasmessa ad un nuovo pubblico, necessita della specifica autorizzazione riservata all'autore. Infine, prosegue la Corte, anche se il perseguimento di uno scopo di lucro non rappresenti una condizione necessaria per l'esistenza di una comunicazione al pubblico, è comunque incontestabile che il carattere lucrativo della comunicazione non sia irrilevante.

I principi affermati in *Sgae* relativamente alla comunicazione nelle camere d'albergo sono stati confermati ed applicati ai locali di ristorazione dalla decisione *Football association premier league*, laddove i giudici hanno altresì precisato che la Direttiva 2001/29/CE va interpretata nel senso che essa riguarda unicamente la comunicazione ad un pubblico che non è presente nel luogo di provenienza della comunicazione, con esclusione di qualsiasi comunicazione di un'opera realizzata direttamente, in un luogo aperto al pubblico, con qualsiasi forma pubblica di esecuzione o di presentazione diretta dell'opera³⁶.

35. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 7 dicembre 2006, causa C-306/05.

36. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 4 ottobre 2011, cause riunite C-403/08 e C-429/08, *Football Association Premier League e altri c. QC Leisure e altri*, e *Karen Murphy c. Me-*

Si segnalano, inoltre, le decisioni *Phonographic performance* e *Scf*, le quali consentono di sapere che, secondo i giudici comunitari, la nozione di comunicazione al pubblico di opere coperte dal diritto d'autore ai sensi dell'art. 3, n. 1, della Direttiva 2001/29/CE, non può essere trasposta nella nozione di comunicazione al pubblico di cui all'art. 8, n. 2, della Direttiva 2006/115/CE con riferimento ai diritti connessi degli artisti interpreti o esecutori e dei produttori di fonogrammi, in quanto la suddetta nozione è utilizzata in contesti che non sono identici e perseguono finalità in parte divergenti³⁷: mentre gli autori sono dotati, in forza dell'art. 3, n. 1, di un diritto di natura precauzionale, gli artisti interpreti o esecutori e i produttori di fonogrammi godono, ai sensi dell'articolo 8, n. 2, di un diritto di natura compensativa, inidoneo ad essere fatto valere prima che un fonogramma pubblicato a fini commerciali sia o sia già stato utilizzato per una comunicazione al pubblico da parte di un utente. Quanto basta per ritenere necessaria una valutazione individualizzata della nozione di comunicazione al pubblico ai sensi dell'art. 8, n. 2.

Per quanto concerne la nozione di pubblico, la Corte, in particolare, ricorda che il pubblico deve essere costituito di un numero indeterminato di destinatari potenziali e di un numero di persone piuttosto considerevole: riguardo al carattere « indeterminato » del pubblico, i giudici segnalano come, dalla definizione della nozione di comunicazione al pubblico data dal glossario Wipo, si faccia riferimento ad un'opera percepibile in modo adeguato dalla gente in generale, senza limitazioni ad individui specifici appartenenti ad un gruppo privato; relativamente, invece, al criterio del « numero di persone piuttosto considerevole », si afferma che esso mira a porre in evidenza come la nozione di pubblico comporti una certa soglia *de minimis*, il che esclude da detta nozione una pluralità di interessati troppo esigua, se non addirittura insignificante, sempre comunque tenendo conto degli effetti cumulativi che derivano dal fatto di mettere a disposizione opere presso destinatari potenziali già evidenziati dalla pronuncia *Sgae*.

dia Protection Services. Sul punto, ulteriore conferma dell'orientamento giurisprudenziale comunitario giunge dalla decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 24 novembre 2011, causa C-283/10, *Circul Globus București c. Uniunea Compozitorilor și Muzicologilor din România — Asociația pentru Drepturi de Autor*.

37. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 15 marzo 2012, causa C-162/10, *Phonographic Performance c. Irlanda*, e causa C-135/10, *Società consortile fonografici c. Marco del Corso*.

Infine, la Corte sottolinea come, se il carattere lucrativo di una comunicazione ai sensi dell'art. 3, n. 1, della Direttiva 2001/29/CE non è privo di rilevanza, siffatta conclusione vale a maggior ragione in presenza del diritto ad un'equa remunerazione (la cui natura è essenzialmente economica in quanto esplica i suoi effetti quando l'opera è utilizzata) attribuito ad artisti interpreti o esecutori e produttori di fonogrammi, ai sensi dell'art. 8, n. 2, della Direttiva 2006/115/CE.

È alla luce dei suddetti criteri che, nel contesto di una valutazione individualizzata, la Corte ritiene che, nel caso *Phonographic performance*, il gestore di un albergo, il quale mette a disposizione nelle camere dei clienti apparecchi televisivi e/o radio, cui invia un segnale di trasmissione, è un « utente » che effettua un atto di « comunicazione al pubblico » di un fonogramma radiodiffuso ai sensi dell'art. 8, n. 2, della Direttiva 2006/115/CE, laddove invece in *Scf* afferma che un dentista che diffonde gratuitamente fonogrammi nel suo studio a favore dei suoi clienti, i quali ne fruiscono indipendentemente dalla loro volontà, non effettua una comunicazione al pubblico. Uno degli aspetti più rilevanti della diversa valutazione cui giunge la Corte rispetto ai contesti ambientali considerati è data proprio dalla consistenza del pubblico: i clienti di un dentista formano un complesso di persone la cui composizione è in larga misura stabile, costituiscono un insieme di destinatari potenziali determinato (giacché le altre persone non hanno, in via di principio, accesso alle cure prestate dal professionista in questione) e, di conseguenza, non si è in presenza di « gente in generale »; per giunta, insistono i giudici, tale pluralità di persone è scarsamente consistente, se non persino insignificante, dal momento che l'insieme di persone simultaneamente presenti nel suo studio è alquanto ristretto e, benché i clienti si succedano, ciò non toglie che, avvicinandosi, essi non sono destinatari dei medesimi fonogrammi radiodiffusi.

Sul tema si segnala, inoltre, la pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in *ITV Broadcasting e altri c. TVCatchup*, nell'ambito di una controversia relativa alla diffusione da parte di un terzo via Internet, pressoché in tempo reale (*live streaming*), di programmi televisivi diffusi da alcune emittenti televisive³⁸. I giudici rilevano come, dal considerando 23 della direttiva 2001/29/CE, discenda che il

38. Corte di giustizia, 7 marzo 2013, causa C-607/11.

diritto d'autore applicabile alla comunicazione di opere al pubblico comprende qualsiasi trasmissione o ritrasmissione di un'opera al pubblico non presente nel luogo in cui esse hanno origine: dato che una messa a disposizione delle opere tramite la ritrasmissione su Internet di una radiodiffusione televisiva terrestre è effettuata mediante uno specifico mezzo tecnico, diverso da quello della comunicazione originale, essa va considerata una comunicazione ai sensi dell'art. 3.1 della direttiva 2001/29/CE, e dunque soggetta all'autorizzazione degli autori delle opere ritrasmesse quando queste ultime sono comunicate al pubblico. A tal riguardo, prosegue la Corte, si aggiunga che detta ritrasmissione concerne un numero indeterminato di destinatari potenziali e comprende un numero di persone piuttosto considerevole. La Corte rammenta inoltre che, sebbene il carattere lucrativo di una comunicazione non sia privo di pertinenza, in ogni caso un simile carattere non è necessariamente una condizione indispensabile per l'esistenza stessa di una comunicazione al pubblico, e segnala come né dalla direttiva 2001/29/CE né dalla giurisprudenza risulta che un rapporto concorrenziale tra gli organismi che effettuano trasmissioni contestuali di opere protette dal diritto d'autore o ritrasmissioni successive di queste ultime sia rilevante ai fini della qualificazione di una trasmissione come comunicazione al pubblico.

In conclusione, la Corte afferma che la nozione di « comunicazione al pubblico » deve essere interpretata nel senso che essa riguarda una ritrasmissione delle opere incluse in una radiodiffusione televisiva terrestre che sia effettuata da un organismo diverso dall'emittente originale, mediante un flusso Internet messo a disposizione degli abbonati di tale organismo che possono ricevere detta ritrasmissione connettendosi al server di quest'ultimo, sebbene tali abbonati si trovino nell'area di ricezione di detta radiodiffusione televisiva terrestre e la possano ricevere legalmente su un apparecchio televisivo: non assume rilevanza il fatto che una ritrasmissione come quella in esame sia finanziata dalla pubblicità e abbia così carattere lucrativo, né che la ritrasmissione sia effettuata da un organismo che si trova in concorrenza diretta con l'emittente originale.

La casistica comunitaria si arricchisce anche della pronuncia *Osa*, relativa alla diffusione di trasmissioni televisive e radiofoniche nelle

stanze di uno stabilimento termale³⁹. Nell'affermare che la comunicazione, da parte di un istituto termale di opere protette, mediante la distribuzione deliberata di un segnale a mezzo di ricevitori televisivi o radiofonici, nelle stanze dei pazienti di tale istituto costituisce una comunicazione al pubblico, la Corte sottolinea come tale conclusione non sia inficiata dalla precedente pronuncia *Scf*.

L'incertezza giuridica generata dalla pronuncia *Scf* ha, tuttavia, spinto la Corte a pronunciarsi in *Reha training* nella composizione della Grande sezione al fine di chiarire se la trasmissione di programmi televisivi nelle sale d'aspetto e nella palestra di un centro di riabilitazione rientrano nella fattispecie della comunicazione al pubblico⁴⁰. A valle di *Scf* è, infatti, legittimo dubitare che i pazienti di un centro di riabilitazione possano essere qualificati come « gente in generale », anziché costituire un « gruppo privato ».

Ne scaturisce una decisione che di fatto ridimensiona *Scf*. I giudici rilevano innanzitutto come nulla consenta di affermare che il legislatore dell'Unione abbia inteso conferire alla nozione « comunicazione al pubblico » un significato diverso nel rispettivo contesto delle direttive 2001/29/CE e 2006/115/CE: la diversa natura dei diritti tutelati nel contesto di tali direttive non può nascondere il fatto che tali diritti traggono origine dal medesimo fattore causale, vale a dire la comunicazione al pubblico di opere protette. Nel caso di specie, la Corte sottolinea come i) le fattispecie relative ai gestori di un bar-ristorante, di un albergo o di uno stabilimento termale risultano del tutto equiparabili a quella in questione, in cui il gestore di un centro di riabilitazione trasmette deliberatamente opere protette ai suoi pazienti, mediante apparecchi televisivi installati in diversi punti di tale centro; ii) l'insieme di persone costituito da tali pazienti non rappresenta un numero « troppo esiguo, se non addirittura insignificante », fermo restando che detti pazienti possono usufruire di opere diffuse simultaneamente in diversi punti dello stabilimento; iii) i pazienti di un centro di riabilitazione costituiscono un « pubblico nuovo » in quanto non potrebbero, in linea di principio, usufruire delle opere diffuse senza l'intervento

39. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 27 febbraio 2014, causa C-351/12, *Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním (OSA) c. Léčebné lázně Mariánské Lázně*.

40. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 31 maggio 2016, causa C-117/15, *Reha Training Gesellschaft für Sport — und Unfallrehabilitation v. Gesellschaft für musikalische Aufführungs — und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA)*.

mirato del gestore di detto centro; iv) riguardo al carattere lucrativo, la diffusione di programmi televisivi per mezzo di televisori, allo scopo di offrire, ai pazienti di un centro di riabilitazione come quello di cui al procedimento principale, una distrazione durante il periodo di cura o il precedente periodo di attesa, costituisce una prestazione di servizi supplementare che, pur se priva di qualsiasi rilevanza medica, ha un impatto positivo sulla reputazione e sull'attrattiva del centro, conferendogli quindi un vantaggio concorrenziale.

Di recente, i giudici comunitari sono stati chiamati a pronunciarsi altresì sulla possibilità di configurare come atto di comunicazione al pubblico l'inserimento su un sito Internet di collegamenti ipertestuali (*hyperlinks*) verso opere liberamente disponibili su un altro sito Internet.

La risposta negativa fornita dalla Corte in *Svensson* è motivata dall'assenza, nel caso di specie, del requisito del pubblico nuovo⁴¹. Per i giudici comunitari, infatti, è configurabile un atto di comunicazione, elemento rispetto al quale è sufficiente che l'opera sia messa a disposizione del pubblico in modo che coloro che compongono tale pubblico possano avervi accesso: il fatto di mettere a disposizione su un sito Internet *hyperlinks* verso opere protette, pubblicate senza alcun limite di accesso, su un altro sito, offre agli utilizzatori del primo sito un accesso diretto a tali opere e perciò sussiste una messa a disposizione del pubblico. Nella fattispecie in questione, per i giudici è riscontrabile anche l'ulteriore requisito rappresentato dal pubblico, inteso come numero indeterminato di destinatari potenziali: un atto di comunicazione, come quello compiuto dal gestore di un sito Internet tramite i collegamenti cliccabili, è diretto a tutti gli utilizzatori potenziali del sito gestito da tale soggetto, vale a dire un numero indeterminato e piuttosto considerevole di destinatari. A mancare, come detto, è il requisito del pubblico nuovo: nel caso di specie, infatti, il pubblico cui la comunicazione iniziale è diretta è costituito dal complesso dei potenziali visitatori del sito considerato, poiché, essendo a conoscenza del fatto che l'accesso alle opere su tale sito non è assoggettato ad alcuna misura restrittiva, tutti gli internauti potevano avere liberamente accesso ad esse.

41. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 13 febbraio 2014, causa C-466/12, *Svensson, Sjögren, Sahlman e Gadd c. Retriever Sverige*.

Secondo la Corte, dunque, qualora il complesso degli utilizzatori di un altro sito, ai quali siano state comunicate le opere in questione tramite *hyperlink*, potesse direttamente accedere a tali opere sul sito sul quale siano state inizialmente comunicate, senza intervento del gestore dell'altro sito, gli utilizzatori del sito gestito da quest'ultimo devono essere considerati potenziali destinatari della comunicazione iniziale e, quindi, ricompresi nel pubblico previsto dai titolari del diritto d'autore al momento in cui hanno autorizzato la comunicazione iniziale. Viceversa, nell'ipotesi in cui un *hyperlink* consenta agli utilizzatori del sito in cui si trova tale collegamento di eludere misure restrittive adottate dal sito in cui l'opera protetta si trova per limitare l'accesso del pubblico ai soli abbonati e, in tal modo, costituisca un intervento senza il quale tali utilizzatori non potrebbero beneficiare delle opere diffuse, il complesso di tali utilizzatori dovrà essere considerato pubblico nuovo, non preso in considerazione dai titolari del diritto d'autore al momento in cui hanno autorizzato la comunicazione iniziale, ragion per cui per tale comunicazione al pubblico si impone l'autorizzazione dei titolari: in particolare — precisa la Corte — ciò avviene allorché l'opera non sia più a disposizione del pubblico sul sito in cui sia stata comunicata inizialmente o sia ormai disponibile su tale sito esclusivamente per un pubblico ristretto, mentre sia accessibile su un altro sito Internet senza autorizzazione degli aventi diritto.

I principi affermati in *Svensson* sono stati ribaditi nella successiva pronuncia *BestWater* con riferimento a collegamenti ipertestuali che utilizzano la tecnica del *framing*⁴².

Il caso *Gs media*, invece, arricchisce e complica non di poco il quadro⁴³. Secondo i giudici comunitari, infatti, per stabilire se il fatto di collocare su un sito Internet collegamenti ipertestuali verso opere protette, liberamente disponibili su un altro sito Internet senza l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore, costituisca una « comunicazione al pubblico », occorre determinare se tali collegamenti siano forniti senza fini di lucro da una persona che non fosse a conoscenza, o non

42. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 21 ottobre 2014, causa C-348/13, *BestWater International v. Mebes and Potsch*.

43. Corte di Giustizia UE, 8 settembre 2016, causa C-160/15, *GS Media v. Playboy Enterprises International*.

potesse ragionevolmente esserlo, dell'illegittimità della pubblicazione di tali opere su detto altro sito Internet, oppure se, al contrario, detti collegamenti siano forniti a fini di lucro, ipotesi nella quale si deve presumere tale conoscenza.

La Corte, dunque, rispetto ai collegamenti ipertestuali verso opere che sono state rese liberamente disponibili su un altro sito Internet traccia una distinzione a seconda che sussista o meno il consenso del titolare, introduce un nuovo criterio di analisi (l'elemento soggettivo dell'*hyperlinker*) ed eleva il carattere lucrativo a requisito della fattispecie.

I giudici, infatti, innanzitutto sottolineano come la Corte in *Svensson* e *BestWater* abbia inteso pronunciarsi unicamente sul collocamento di collegamenti ipertestuali verso opere che sono state rese liberamente disponibili su un altro sito Internet con il consenso del titolare. Pertanto, da tali pronunce non può desumersi che il collocamento su un sito Internet di collegamenti ipertestuali verso opere protette che sono state rese liberamente disponibili su un altro sito, ma senza l'autorizzazione dei titolari del diritto d'autore di tali opere, sia escluso in via di principio dalla nozione di « comunicazione al pubblico »: al contrario, dette decisioni confermano l'importanza di siffatta autorizzazione poiché quest'ultima prevede proprio che ogni atto di comunicazione di un'opera al pubblico debba essere autorizzato dal titolare del diritto d'autore.

Inoltre, proseguono i giudici, ai fini della valutazione individualizzata dell'esistenza di una « comunicazione al pubblico », qualora il collocamento di un collegamento ipertestuale sia effettuato da una persona senza perseguire fini di lucro, occorre tener conto della circostanza che tale persona non sia a conoscenza, e non possa ragionevolmente esserlo, del fatto che detta opera era stata pubblicata su Internet senza l'autorizzazione del titolare dei diritti d'autore. Per contro, qualora sia accertato che tale persona era al corrente, od era tenuta ad esserlo, del fatto che il collegamento ipertestuale da essa collocato forniva accesso a un'opera illegittimamente pubblicata su Internet, occorre rilevare che la messa a disposizione di detto collegamento costituisce una « comunicazione al pubblico ».

Infine, qualora il collocamento di collegamenti ipertestuali sia effettuato a fini lucrativi, è legittimo aspettarsi, secondo i giudici, che l'autore di tale collocamento realizzi le verifiche necessarie per garanti-

re che l'opera di cui trattasi non sia pubblicata illegittimamente sul sito cui rimandano detti collegamenti ipertestuali, cosicché deve presumersi che tale collocamento sia intervenuto con piena cognizione del fatto che l'opera è protetta e che il titolare del diritto d'autore potrebbe non aver autorizzato la pubblicazione su Internet. In siffatte circostanze, e a condizione che tale presunzione relativa non sia confutata, l'atto di collocare un collegamento ipertestuale verso un'opera illegittimamente pubblicata su Internet costituisce una « comunicazione al pubblico ».

La decisione solleva non poche perplessità. Da una parte si può dubitare della legittimazione della Corte ad introdurre un requisito, quale quello dell'elemento soggettivo, non contemplato dalle direttive di riferimento e tradizionalmente rilevante solo per le violazioni primarie (e non anche per quelle secondarie). Dall'altra, è legittimo altresì domandarsi se tale requisito sia rilevante solo per i casi relativi ad *hyperlinks*. Infine, viene attribuito al carattere lucrativo una rilevanza diversa e decisamente maggiore rispetto a quanto stabilito da sempre dalla Corte e confermato dalla stessa pochi mesi fa in *Reha training*, per giunta nella composizione della Grande sezione.

Peraltro la vicenda europea degli *hyperlinks* si è ulteriormente arricchita della pronuncia *Filmspeler*⁴⁴. La Corte ha dato rilievo al ruolo sia indispensabile (*indispensable*) sia imprescindibile (*essential*) dell'utente ed al carattere intenzionale del suo intervento. Se la mera fornitura di attrezzature fisiche atte a rendere possibile o ad effettuare una comunicazione non costituisce un atto di comunicazione ai sensi della direttiva 2001/29 (considerando 27), lo stesso non può dirsi per l'installazione delle stesse laddove esse consentano agli acquirenti di accedere alle opere. Su queste basi, in *Filmspeler* si è affermato che la nozione di comunicazione al pubblico ricomprende la vendita di un lettore multimediale nel quale sono preinstallate estensioni (*add-ons*), disponibili su Internet, contenenti collegamenti ipertestuali (*hyperlinks*) a siti web liberamente accessibili al pubblico sui quali sono state messe a disposizione del pubblico opere tutelate dal diritto d'autore senza l'autorizzazione dei rispettivi titolari.

È opportuno segnalare come la distinzione tra carattere indispensabile (*indispensable*) o imprescindibile (*essential*) dell'intervento dell'u-

44. Corte di Giustizia, 26 aprile 2017, causa C-527/15, Stichting Brein c. Jack Frederik Willems.

tente non sia trascurabile. Rispetto all'impostazione giurisprudenziale tradizionale ancorata alla indispensabilità, la recente interpretazione volta a considerare anche l'imprescindibilità dell'intervento comporta un ampliamento delle ipotesi nelle quali si può ritenere che un *hosting provider* realizzi una comunicazione al pubblico: si realizzerà, infatti, un atto di comunicazione quando l'utente interviene, con piena cognizione delle conseguenze del suo comportamento, per dare ai suoi clienti accesso a un'opera protetta, sia nell'ipotesi in cui, in mancanza di questo intervento, tali clienti non potrebbero fruire dell'opera diffusa sia quando l'accesso sarebbe semplicemente più difficile.

In un'ottica comparatistica si segnala come il *Copyright act* statunitense definisca il concetto di « esecuzione in pubblico » attraverso due ipotesi (§ 101): i) esecuzione o esposizione di un'opera in un luogo aperto al pubblico o in un luogo dove è presente un numero significativo di persone estranee alla cerchia ordinaria della famiglia e alla *social acquaintance*; ii) trasmissione o qualsiasi forma di comunicazione che avvenga in un luogo di cui al punto precedente o al pubblico, attraverso qualsiasi mezzo, se i soggetti possono ricevere l'esecuzione o l'esposizione dell'opera nello stesso luogo o in luoghi diversi e nello stesso momento o in momenti diversi. La normativa statunitense presenta la peculiarità di distinguere tra *performance right* e *display right*, riconoscendo separatamente sia il diritto di rappresentare o eseguire in pubblico opere in una modalità dinamica sicché, in quanto percepibili alla vista o all'udito, realizzano una *performance* sia il diritto di esporre al pubblico opere in una modalità statica.

Da un punto di vista interpretativo, non pochi problemi si rilevano in relazione alla scelta del legislatore statunitense di affiancare al concetto di « cerchia ordinaria della famiglia » quello di *social acquaintance*, ed al concetto di « comunicazione al pubblico » quello di « luogo aperto al pubblico », nozione diversa da quella relativa all'effettiva presenza di un numero significativo di persone. Riguardo a quest'ultimo aspetto la § 101 indica due categorie di luoghi che possono soddisfare la definizione di « esecuzione in pubblico »: la prima categoria (« luogo aperto al pubblico ») è *self-evident* e, trattandosi di un luogo pubblico, la dimensione dell'audience è irrilevante; la seconda categoria, solitamente definita come luogo semi-pubblico, è invece determinata dalla consistenza della platea (« *a substantial number of persons outside of a normal circle of a family and its social acquaintances* »).

Nel ritenere che nella nozione di « luogo aperto al pubblico » vi rientrino anche le stanze predisposte per i clienti dai negozi di video noleggio, la Corte d'appello del Terzo circuito in *Columbia pictures industries v. Redd Horne*, 749 F.2d 154 (3rd Cir. 1984) segnala come, alla luce della § 101, i servizi offerti dal titolare del negozio di video noleggio sono essenzialmente gli stessi di quelli offerti da un cinema, con l'aggiunta di una maggiore riservatezza (« *The relevant "place" within the meaning of section 101 is each of Maxwell's two stores, not each individual booth within each store. Simply because the cassettes can be viewed in private does not mitigate the essential fact that Maxwell's is unquestionably open to the public* »). La Corte, in linea con quanto affermato anche in Europa, prosegue sottolineando come « *the transmission of a performance to members of the public, even in private settings such as hotel rooms or Maxwell's viewing rooms, constitutes a public performance. As the statutory language and legislative history clearly indicate, the fact that members of the public view the performance at different times does not alter this legal consequence* ».

Particolarmente interessante ai fini della nostra riflessione è l'ulteriore precisazione effettuata dai giudici di appello laddove, al fine della configurazione di una *public performance*, l'accento viene posto sul fatto che, ad essere ripetutamente eseguita, è la medesima copia di una determinata opera. Nell'estendere questo concetto, i giudici della Corte d'appello per il Secondo circuito, in *Cartoon network v. Csc holdings*⁴⁵, hanno individuato nell'uso di copie distinte di programmi televisivi per ciascun utente l'elemento essenziale per respingere l'accusa di esecuzione non autorizzata in pubblico mossa a *Cablevision* per aver commercializzato un sistema di videoregistrazione digitale che consenta agli utenti di conservare su un server i programmi televisivi che la stessa trasmette in tempo reale in *streaming*.

Per una recente applicazione dei principi espressi in *Cablevision*, si segnala il caso *Aereo*, relativo a un complesso servizio tecnologico che consente ai sottoscrittori di visualizzare su Internet programmi televisivi quasi in contemporanea con la loro trasmissione⁴⁶: ogni sottoscrittore riceve i segnali da un'antenna a lui dedicata e il sistema realizza una copia personale del programma selezionato dal sottoscrittore.

45. 536 F.3d 121 (2nd Cir. 2008).

46. *American Broadcasting Companies v. Aereo*, 573 U.S. (2014).

tore cosicché solo quel determinato sottoscrittore possa visualizzare in *streaming* il programma televisivo selezionato.

Per il Secondo Circuito, esattamente come in *Cablevision*, non sussiste una trasmissione al pubblico in quanto, ogni volta che Aereo consente a un sottoscrittore di visualizzare in *streaming* un programma televisivo, si verifica una trasmissione privata disponibile solamente per quello specifico sottoscrittore. La maggioranza della Corte suprema, invece, ha respinto tale argomentazione sulla base di due considerazioni, ossia la sostanziale somiglianza del sistema in questione con quello della televisione via cavo (c.d. *looks-like-cable-TV*) e l'interpretazione del testo della *Transmit Clause* nella parte in cui fa riferimento a *to transmit [...] a performance*, laddove lo stesso debba intendersi non come relativo a un singolo atto di comunicazione, bensì comprensivo anche della possibilità che un soggetto trasmetta uno spettacolo attraverso molteplici atti di trasmissione. La molteplicità degli utenti di diverse sequenze della medesima opera fa sì, dunque, che la comunicazione della stessa sia da considerarsi pubblica e non privata. Per quanto riguarda possibilità che i contenuti caricati sulla piattaforma *cloud* integrino una comunicazione al pubblico, è necessario tenere in considerazione sia lo specifico servizio *cloud* interessato sia il soggetto (utente o gestore) che sta effettuando la comunicazione⁴⁷. Non vi è dubbio che nel contesto statunitense l'appena richiamata sentenza *Aereo* riduca i margini per configurare una trasmissione privata disponibile per il solo utente che accede al servizio e, dunque, aumenti le probabilità di configurare una comunicazione al pubblico. Nella stessa direzione punta la sentenza europea *Itv broadcasting*.

47. Per quanto concerne *i music lockers* e la difficile compatibilità con l'attuale quadro normativo dei diversi servizi dagli stessi offerti, si segnala TROUT B.J., *Infringers or Innovators? Examining Copyright Liability for Cloud-Based Music Locker Services*, 14 Vand. J. Ent. & Tech. L. 729 (2012). Sui problemi giuridici legati alla gestione dei vari dati presenti nel *cloud* in quanto generati all'interno o all'estero dello stesso, REED C., *Information « Ownership » in the Cloud*, Queen Mary University of London, School of Law, Research Paper n. 45/2010, disponibile online all'indirizzo internet <<http://ssrn.com/abstract=1562461>>.

Conclusioni

Sin dal caso *Sony Betamax*, la storia ha dimostrato che la tensione tra evoluzione tecnologica e tutela del diritto d'autore non sia gestibile esclusivamente attraverso la previsione di nuovi paletti normativi, ai quali sistematicamente il mercato si adegua contrapponendo nuovi modelli di sfruttamento.

Per queste ragioni l'avvento del *cloud computing* avrebbe dovuto rappresentare l'occasione per un ripensamento delle logiche di controllo dell'accesso ai contenuti online e per una revisione dell'attuale impianto normativo, le cui regole di immunità e responsabilità, pensate nel contesto temporale dei siti statici, arrancano dinanzi alla trasformazione di Internet e all'avvento dei siti interattivi, delle reti sociali e dello *user generated web*. Rimane invece in sottofondo la sensazione da cui siamo partiti. Ne rappresenta una conferma emblematica il dibattito in corso in Europa sulla tutela del *copyright* digitale, laddove la proposta di Direttiva europea va nella direzione opposta a quella di un ripensamento delle logiche di controllo dell'accesso ai contenuti, prevedendo ulteriori obblighi per gli intermediari e addirittura la creazione di un diritto connesso sulle news online (*snippets* inclusi). All'avvento delle nuove tecnologie segue, dunque, una risposta tesa a creare nuovi diritti esclusivi e ad imporre agli operatori nuovi obblighi e nuove responsabilità. In attesa del prossimo modello di business che aggirerà per l'ennesima volta i paletti nel frattempo eretti a tutela del diritto d'autore.

Ulteriori riflessioni sui servizi *cloud*

PAOLO AUTERI*

SOMMARIO: 1. I servizi *cloud*, 171 – 2. L'impatto del *cloud* sui contenuti protetti, 173 – 3. Le normative applicabili, 174 – 4. Qualificazione giuridica della condivisione via *cloud*, 175 – 5. I modelli di distribuzione delle opere in *cloud*, 177.

1. I servizi *cloud*

Il prof. Colangelo ha descritto assai bene le caratteristiche dei servizi di *cloud computing* e le ripercussioni di tali servizi sulla tutela dei diritti d'autore sulle opere che vengono caricate nelle nuvole¹. Mi limiterò quindi a dare per conosciute le caratteristiche essenziali del *cloud computing*.

Semplificando al massimo credo però di poter dire che i servizi che vengono prestati dal gestore del sito della piattaforma (che chiamerò *cloud provider*) che abbia le caratteristiche della nuvola a favore dei clienti o utenti possono consistere in primo luogo nel caricare, e cioè riprodurre, nel sito i materiali affidatigli dal cliente (o utente) (dati personali o professionali più o meno riservati che possono avere i requisiti

* Già professore ordinario dell'Università degli Studi di Pavia.

1. Ma si veda in termini estremamente chiari e semplici la Comunicazione della Commissione UE del 27.9.2012 n. 529 seguita da altre comunicazioni. Si vedano inoltre le relazioni tenute al Congresso tenuta da ALAI a Kyoto dal 16 al 18 ottobre 2012, *Copyright and Related Rights in the "Cloud" Environment*, Dai Nippon Printing, 2014; PROSPERETTI E., *L'opera digitale tra regole e mercato*, Giappichelli, Torino 2013, p. 262 ss.; MONTAGNANI M.L., *Primi orientamenti in materia di responsabilità dei fornitori di servizi cloud per violazione del diritto d'autore in rete*, in *Riv. dir. ind.* 2014, I, p. 177 ss.; e da ultimo l'ampio saggio di NOTO LA DIEGA G., *Il cloud computing. Alla ricerca del diritto perduto nel Web 3.0*, in *Europa e diritto privato*, 2014, p. 577 ss., che, oltre a informare ampiamente sulle applicazioni attuali o future del *cloud computing* e ad affrontare specificamente le sue ripercussioni sulla tutela del diritto d'autore, descrive e definisce, specie nei paragrafi iniziali, le caratteristiche tecnologiche del *cloud* e le funzioni che assolve ed è in grado di assolvere.

per essere protetti dal diritto d'autore) e nel conservare (archiviare), classificare ed eventualmente elaborare e tenere a disposizione del cliente tali materiali, assicurandogli la possibilità di accedervi e di recuperarli autonomamente in qualsiasi momento, da qualsiasi luogo e da qualunque terminale. A questi servizi che vengono prestati dal *cloud provider* al singolo cliente se ne possono aggiungere e normalmente se ne aggiungono altri che vengono prestati a favore di una pluralità di altri utenti e che possono consistere nella messa a disposizione dei materiali forniti dal singolo o dai singoli clienti a favore di tutti o di una parte di altri utenti, anche non predeterminati. Come ha detto Colangelo, « il cloud è strutturalmente pensato per la condivisione delle risorse ».

È con riguardo a questi servizi, che peraltro vengono svolti con modalità assai varie e sofisticate, che si pone la questione suggerita dal titolo di questo incontro se il diritto d'autore resista o possa resistere a questo nuovo modo di utilizzare in rete opere protette dal diritto d'autore. Vale a dire se e in che misura l'utilizzazione delle opere resa possibile da questi servizi possa ledere i diritti d'autore e al limite sia compatibile con la relativa tutela e in caso affermativo se la tutela del diritto d'autore possa essere fatta valere efficacemente. Insomma, la questione che si pone riguarda la valutazione della liceità dell'utilizzazione delle opere mediante i servizi di *cloud computing* e la possibilità di un efficace *enforcement* della tutela.

Dico subito che non mi sembra che i problemi di valutazione e di *enforcement* che pongono i servizi di *cloud computing* siano molto diversi da quelli già posti dall'avvento e dallo sviluppo di *internet*, tanto da mettere in crisi il quadro normativo più di quanto non lo abbia fatto e lo faccia *internet*. Tanto è vero che le questioni prospettate e affrontate dal relatore e la giurisprudenza da lui ricordata riguardano per lo più fattispecie già note. Ma non manca chi ritiene che i servizi *cloud* abbiano carattere rivoluzionario anche rispetto agli altri modi di utilizzazione delle opere rese possibili da Internet².

2. Così in particolare NOTO LA DIEGA G., *Il cloud computing. Alla ricerca del diritto perduto nel Web 3.0*, cit., il quale specie alle pp. 624 ss. e 650 ss. sostiene che il *cloud computing* imporrebbe un « ripensamento del paradigma proprietario » per « l'impossibilità logica, prim'ancora che giuridica, di concepire un vero e proprio possesso dei beni immateriali, privi di confini visibili e per natura soggetti a infiniti e continui "spossessamenti" », per il fatto di « non consentire alcun esercizio di poteri di fatto », anche perché « si ha bisogno

2. L'impatto del cloud sui contenuti protetti

Devo premettere che il diritto rispetto al quale la prova di resistenza deve essere effettuata è quello della nostra legge sul diritto d'autore come armonizzata a quelle degli altri Stati della UE dalle direttive comunitarie e soprattutto dalla direttiva n. 29 del 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione. E devo aggiungere che la tutela del diritto d'autore risultante dalle direttive comunitarie è, per quanto riguarda specificamente l'utilizzazione delle opere mediante la tecnologia digitale e internet, almeno in teoria, molto forte. Come è stato osservato, il diritto comunitario si è proposto di assicurare agli autori e ai titolari dei diritti d'autore il controllo delle utilizzazioni delle loro opere mediante la rete come avveniva e avviene nella realtà analogica, nonostante che le possibilità di utilizzazione delle opere offerte dalla tecnologia digitale e da internet siano molto diverse e più ricche di quelle offerte dalla tutela tradizionale nella realtà analogica. Questa scelta è stata e viene criticata da molte parti³, ma realisticamente da essa non si può prescindere.

della mediazione di un terzo — l'ISP — per potere godere e disporre dell'oggetto del proprio diritto», e per il fatto che «anche quando ci si accorga dell'uso non autorizzato dei propri beni immateriali, risulterebbe nei fatti impossibile reagire alle violazioni», per concludere che «la nuvola informatica concorre efficacemente a disvelare l'insostenibile leggerezza del paradigma proprietario applicato agli IPRs che per troppo tempo ha consentito un'appropriazione dei beni immateriali irrispettosa, fra l'altro, dei numerosi interessi anche collettivi contrapposti» (p. 658).

3. La letteratura sul punto è, direi, quasi sconfinata. Mi limito a richiamare per tutti MONTAGNANI M.L., *Il diritto d'autore nell'era digitale. La distribuzione online delle opere dell'ingegno*, Giuffrè, Milano 2012; GHIDINI G., *Profili evolutivi del diritto industriale*, III ed., Giuffrè, Milano 2015, specie a p. 235 ss.; e, già prima, SPADA P., *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, p. 635 ss. Il tema delle ragioni che impongono una profonda revisione della tutela del diritto d'autore a seguito della rivoluzione digitale e di Internet è trattato approfonditamente dal punto di vista teorico proponendo alcune soluzioni *de jure condendo* da RICOLFI M. nell'ampio saggio *The new paradigm of creativity and innovation and its corollaries for the law of obligations*, in (a cura di Drahos P., Ghidini G. e Ullrich H.), *Kritika: essays on intellectual property*, vol. I, Elgar, Cheltenham 2015, p. 134 ss. Alcune delle idee erano state anticipate dallo stesso autore nell'articolo *Making copyright fit for the digital agenda*, in *IDA* 2011, p. 359 ss.

3. Le normative applicabili

Vediamo allora qual è la valutazione dei servizi di *cloud computing* alla luce del diritto comunitario e nazionale. Partendo dall'ipotesi base in cui il *cloud provider* si limita ad ospitare nella nuvola i materiali provenienti dal cliente senza metterli a disposizione di terzi. Naturalmente nei rapporti col cliente il *cloud provider* può fare dei materiali che gli vengono affidati solo l'uso autorizzato dal cliente che in questa ipotesi base consiste nella riproduzione nella nuvola, nella classificazione ed elaborazione e nella facoltà riservata al cliente stesso di accedervi e di disporne. Ciò non solo in forza delle obbligazioni derivanti dal contratto che intercorre fra cliente e *cloud provider*, sia che lo si qualifichi come deposito o come appalto di servizi⁴, ma prima ancora in forza dei diritti che spettano al cliente per legge sui materiali inseriti nella nuvola vuoi in forza della tutela della *privacy* vuoi in forza dei diritti di proprietà intellettuale e in particolare del diritto d'autore. E questo naturalmente non viene contraddetto dalla preoccupazione largamente diffusa secondo cui il *cloud computing* allo stato non assicurerebbe al cliente un controllo sufficiente sull'integrità e sull'utilizzazione dei dati, e ciò per le sue caratteristiche strutturali e in particolare in quanto la nuvola, anche perché gestita con la massima libertà da imprese operanti in Paesi non appartenenti all'Unione europea, si serve di *computer* e di *software* non aventi una determinata localizzazione. Questa preoccupazione, infatti, è riconducibile più alla carenza attuale di una adeguata tutela dei dati nei confronti dell'attività di *cloud computing* sul piano dell'*enforcement* che non ad inconvenienti insiti inevitabilmente nelle caratteristiche e nelle modalità di tale attività; inconvenienti che non mi sembra peraltro si differenzino sensibilmente da quelli che caratterizzano in generale la circolazione di materiali su *internet*.

Se però i materiali sono opere appartenenti a terzi, la riproduzione e ogni ulteriore utilizzazione, anche se voluta dal cliente, può costituire violazione del diritto esclusivo di riproduzione spettante al terzo titolare del diritto d'autore. Colangelo si chiede se in questo caso la riproduzione rientri nell'eccezione al diritto di riproduzione riguardante la riproduzione privata a scopo personale prevista dall'art. 5.2 lett. b) della direttiva n. 29 del 2001 e dagli art. 71–*sexies* ss. l.a. Se non che,

4. V. al riguardo PROSPERETTI E., *op. e loco citt.* e NOTO LA DIEGA G., *op. cit.*, p. 646 ss.

l'art. 5.2. lett. b) della direttiva subordina la facoltà degli Stati membri di prevedere tale eccezione alla condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso, e, come ha osservato Colangelo, non si sa come il compenso possa essere determinato in questo caso. In effetti, l'art. 71–septies l.d.a. prevede che l'equo compenso venga determinato con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali sul prezzo degli apparecchi che consentono la riproduzione ad uso personale o sulla capacità di registrazione dei supporti di registrazione e solo con una disposizione apposita la legge potrebbe determinare l'equo compenso in modo diverso⁵. Ora, la nostra legge, oltre a non prevedere neppure col decreto ministeriale previsto dall'art. 71–septies l.a. in che modo il compenso possa (altrimenti) essere determinato, consente la riproduzione delle opere e dei materiali protetti solo se effettuata da privati ad uso personale (da « una persona fisica ad uso privato » precisa la direttiva) ed esclude anche che la riproduzione possa essere effettuata da terzi, e qui, anche quando la riproduzione delle opere e di altri materiali protetti venisse disposta dal privato ad uso personale, si tratterebbe di sapere se la riproduzione venga effettuata dal privato o dal *cloud provider*. Insomma, la valutazione della riproduzione sul *cloud* appare a prima vista assai problematica.

4. Qualificazione giuridica della condivisione via *cloud*

Ma, come si è visto, « il *cloud* è strutturalmente pensato per la condivisione delle risorse », e in effetti i servizi di *cloud computing* generalmente prevedono la messa a disposizione di terzi dei materiali riprodotti

5. Come in effetti aveva fatto l'art. 5 della legge 28.2.2008, n. 31, inserendo nel comma 1 dell'art. 71–septies il periodo che prevede il pagamento dell'equo compenso anche in caso di « sistemi di videoregistrazione da remoto » commisurandolo « alla remunerazione ottenuta per la prestazione del servizio stesso ». Se non che, questa disposizione è stata ritenuta in contrasto con l'art. 5.2 lett. b) della direttiva 2001/29/CE e il decreto ministeriale ha omesso di determinare la misura del compenso dovuto in tale ipotesi. Si veda QUATTRONE M.F. e TOZZI F., in *Codice commentato della Proprietà industriale e intellettuale* a cura di Galli C. e Gambino A.M., Utet, Torino 2011, sub art. 71–septies della legge sul diritto d'autore, p. 3170 ss. Si veda ora Trib. Torino (ord.) 4.5.2016, inedita, che ha sottoposto alla Corte di Giustizia UE in via pregiudiziale la questione della compatibilità con il diritto comunitario e in particolare con l'art. 5, co. 2 della direttiva 2001/29/CE di una norma nazionale come quella di cui all'ultima frase del 1° comma dell'art. 71–septies della legge sul diritto d'autore riguardante appunto i sistemi di videoregistrazione da remoto.

nella nuvola, con la possibilità per i terzi di accedervi, di fruirne (anche con modalità *streaming*) ed eventualmente di scaricarli. Ora, se i materiali sono costituiti da opere protette dal diritto d'autore, la messa a disposizione di un numero di persone non determinato *ex ante* e "considerevole" (o meglio non irrilevante) costituisce comunicazione al pubblico che rientra nel diritto esclusivo di comunicazione al pubblico, a meno che la comunicazione sia rivolta a persone determinate legate da stretti rapporti personali col titolare del diritto⁶. In questo senso è la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, a prescindere da alcune incertezze che però non infirmano il principio. Se quindi i diritti d'autore sulle opere caricate sulla nuvola appartengono a terzi, la loro messa a disposizione del pubblico può avvenire solo col consenso dei titolari dei diritti e in caso contrario costituisce violazione del diritto d'autore.

Quanto detto non è smentito dalle disposizioni della direttiva 2000/31/CE e dagli art. 16 e 17 del d.lgs. 9.4.2003 n. 70 sul commercio elettronico che limitano la responsabilità dei *service provider* che prestano un servizio di *hosting*, vale a dire che memorizzano e ospitano informazioni fornite dai clienti destinatari di tale servizio. Infatti, tali disposizioni non incidono sulla tutela sostanziale del diritto d'autore e sulla determinazione dei comportamenti che costituiscono violazione di tali diritti e neppure sulla tutela giurisdizionale nei confronti dei clienti del *service provider* destinatari del servizio; limitano solo la responsabilità per i danni del *service provider* che non sia effettivamente a conoscenza degli illeciti commessi dai suoi clienti avvalendosi del servizio di *hosting* o « di fatti o circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione », ma non li sottraggono all'azione inibitoria e neppure alla responsabilità per i danni se non rimuovono le informazioni o disabilitano l'accesso alle stesse non appena a conoscenza degli illeciti⁷. Certo, l'immunità accordata ai

6. Rinvio al mio *Diritto d'autore*, in Aa.Vv., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, V ed. Giappichelli, Torino 2016, p. 643 ss.

7. Della vasta letteratura sulla responsabilità indiretta dei *service provider* per i danni derivanti dagli illeciti commessi dagli utenti che si avvalgono dei loro servizi e in particolare sull'immunità da tale responsabilità loro accordata dalla direttiva 2000/31/CE e dal d.lgs. 9.4.2003 n. 70 sul commercio elettronico mi basti richiamare per tutti il brillante e approfondito saggio di BERTONI A. e MONTAGNANI M.L., *Il ruolo degli intermediari Internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete*, in *Giur. comm.* 2013, I, p. 537 ss.,

service provider indebolisce l'*enforcement* della tutela del diritto d'autore, poiché essa per lo più può essere fatta valere efficacemente solo nei confronti dei *service provider*, ma la nostra giurisprudenza⁸ e quella della Corte di Giustizia UE⁹ hanno limitato l'applicazione dell'immunità, escludendola nei casi in cui il *service provider* non si limiti a memorizzare e ospitare i materiali, ma li organizza e li seleziona facilitandone l'accesso ai terzi (c.d. *hosting attivo*). Ora, si può convenire in linea di principio che anche il *cloud provider* goda dell'immunità prevista dall'art. 16 del d.lgs. sul commercio elettronico, ma alla condizione che egli non svolga tale servizio in modo attivo. E a questo fine bisogna esaminare e distinguere i vari modelli di *cloud computing*¹⁰.

5. I modelli di distribuzione delle opere in cloud

Come ho accennato, il regime vigente del diritto d'autore quale risulta dalle direttive comunitarie e in particolare dalla direttiva n. 29 del 2001 è stata da più parti criticata in quanto si propone di assicurare ai titolari dei diritti d'autore il controllo più completo delle utilizzazioni delle opere anche nell'ambiente digitale e in rete così come era ed è nell'ambiente analogico. A parte le difficoltà di prevedere mezzi che consentano di assicurare effettivamente tale controllo sul piano dell'*enforcement* si sostiene che tale regime privilegierebbe gli interessi dei titolari dei diritti (principalmente imprese aventi causa degli au-

pur avvertendo che la posizione delle autrici è di accentuato favore per il ruolo svolto dagli intermediari Internet ritenendo che si dovrebbe « riconoscere loro la possibilità di operare come "propulsori" (*nurter*) della rete, e non soltanto sotto il profilo della valorizzazione dell'imprenditoria sul *web*, quanto, piuttosto, della creatività in generale ».

8. In questo senso in particolare Trib. Milano 7.6.2011, in *IDA* 2011, 373 e (con data diversa), in *IDI* 2012, 243 con nota di Bellan A.; Trib. Milano 9.9.2011, in *Riv. dir. ind.* 2011, II, 364 con nota di Saraceno A.; Trib. Torino 23.6.2014 (ord.), in *AIDA* 2015, 785 (n. 1685), con nota di Micacchi, che ha riformato Trib. Torino 6.5.2014, *ivi*, 773 (n. 1684), con nota di Anselmi. In senso contrario v. però App. Milano 7.1.2015, in *AIDA* 2015, 934 (n. 1701), con nota di Anselmi.

9. Corte di Giustizia del 23 marzo 2010, nelle cause riunite da C-236/08 a C-238/08, in *Giur. ann. dir. ind.* 2010, 1156 (n. 5608) e del 12 luglio 2011, nella causa C-324/09, in *AIDA* 2011, 480 (n. 1387).

10. Come ha fatto assai bene MONTAGNANI M.L. nel saggio *Primi orientamenti in materia di responsabilità dei fornitori di servizi cloud per violazione del diritto d'autore in rete*, in *Riv. dir. ind.* 2014, I, p. 177 ss.

tori) sacrificando quelli del pubblico all'informazione, che richiede l'accesso alle opere e la loro circolazione, nonché l'interesse alla condivisione delle risorse e all'attività creativa basata sull'elaborazione delle opere preesistenti (in particolare i c.d. *user generated content*¹¹), come la tecnologia digitale e telematica oggi consentirebbe in misura impensabile in passato. Della letteratura assai vasta merita di essere segnalata la monografia di Montagnani M.L., *Il diritto d'autore nell'era digitale. La distribuzione online delle opere dell'ingegno*¹². La monografia si conclude con un capitolo nel quale l'autrice indica, fra gli obiettivi di una riforma del diritto d'autore nell'ambito dell'iniziativa della Commissione *A single market for intellectual property rights*, quello di favorire l'accesso all'informazione, la circolazione e la condivisione delle opere e la protezione degli *user generated content*. A suo avviso questi obiettivi dovrebbero essere perseguiti soprattutto rivedendo la disciplina delle eccezioni ai diritti esclusivi di utilizzazione¹³.

Non credo che tali proposte abbiano delle *chances* di essere prese in considerazione dal legislatore comunitario. Al contrario nella recente *Proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*¹⁴ la Commissione intende subordinare la possibilità per i *service provider* che svolgano un ruolo attivo di mettere a disposizione del pubblico le opere loro affidate alla conclusione di licenze con i titolari dei diritti¹⁵. Soluzione questa che, come ho detto, corrisponde sostanzialmente al diritto vigente.

Piuttosto la monografia della Montagnani contiene anche un'indagine sperimentale sui modelli di distribuzione delle opere adottati nella

11. Sul quale fenomeno si veda MANSANI L., *Contenuti generati dagli utenti*, in *AIDA* 2010, p. 244 ss.

12. *Ibidem*.

13. In questo senso si era espresso in precedenza, sia pure in termini, mi sembra, più cauti anche RICOLFI, *Le utilizzazioni libere dell'IP nei social network*, in *AIDA* 2011, p. 295 ss.

14. Pubblicata il 14 settembre 2016, COM (2016) 593 final.

15. Questo obbligo è previsto espressamente nel considerando 38 ed è presupposto nell'art. 13 che prevede l'obbligo dei « prestatori di servizi della società dell'informazione che memorizzano e danno pubblico accesso a grandi quantità di opere o altro materiale caricati dagli utenti » di adottare « in collaborazione con i titolari dei diritti, misure miranti a garantire il funzionamento degli accordi con essi conclusi per l'uso delle loro opere o altro materiale ovvero volte ad impedire che talune opere o altro materiale identificati dai titolari dei diritti mediante la collaborazione con gli stessi prestatori siano messi a disposizione sui loro servizi ».

rete¹⁶. Da tale indagine risulta che accanto ai modelli più tradizionali di distribuzione sono stati sviluppati e si sono affermati altri modelli che si avvicinano a quelli, auspicati dall'autrice, che consentono e favoriscono la circolazione e la condivisione delle opere e anche degli *user generated content*. Il che è stato possibile mediante la conclusione di accordi fra gli operatori e i titolari dei diritti¹⁷. Inoltre nel saggio citato sulla responsabilità dei *cloud provider*¹⁸ la stessa Montagnani segnala come « almeno per quanto riguarda i big player » il mercato dell'offerta di servizi *cloud* destinati al settore dell'intrattenimento pare essersi già avviato verso la stipulazione di accordi tra i *cloud provider* e i titolari dei diritti d'autore che consentono e favoriscono la circolazione delle opere. Per le ragioni accennate questa mi sembra essere una strada più facilmente ed efficacemente percorribile di quella di una riforma del regime delle libere utilizzazioni che consenta entro certi limiti la comunicazione al pubblico delle opere anche senza il consenso dei titolari dei diritti d'autore. E, contrariamente a quanto sembra ritenere questa autrice¹⁹, simili soluzioni, anche quando vengano perseguite mediante la gestione collettiva dei diritti d'autore, lungi dal richiedere un ripensamento del « concetto stesso di *autorizzazione* alla circolazione », presuppongono la tutela del diritto d'autore mediante diritti di esclusiva²⁰.

16. Cap. IV, p. 105 ss.

17. Risultato questo confermato anche dagli autori che in occasione di un convegno di AIDA tenuto nel 2011 hanno studiato i contratti in uso nei *social networks*. Così in particolare COGO A., *Le regole del contratto tra social network e utente sull'uso della proprietà intellettuale del gestore, dell'utente e degli altri utenti — riflessioni a partire dall'individuazione del fenomeno, dei suoi soggetti e della funzione del contratto*, in AIDA 2011, p. 305 ss.

18. *Primi orientamenti in materia di responsabilità dei fornitori di servizi cloud*, cit., p. 203 ss.

19. Che scrive a p. 212 s.: « Il fenomeno della circolazione non autorizzata deve dunque essere riconsiderato, o meglio ancora, si dovrebbe ripensare al concetto stesso di *autorizzazione* alla circolazione. È infatti ipotizzabile che l'autorizzazione non sia un concetto giuridico al passo con lo sviluppo tecnologico — e che dunque non incentivi la creazione di nuovi prodotti e servizi in ambiente digitale e sulla nuvola. Paiono invece maggiormente adatti all'ambiente digitale — e alla nuvola — concetti quale *revenue sharing* — tipico degli accordi tra gli intermediari e i titolari dei diritti — licenze collettive estese, copyright 2.0, concetti tutti che, contribuendo — seppure a livello di private ordering — alla modernizzazione del diritto d'autore, permettono il dispiegarsi di dinamiche virtuose nel settore dell'intrattenimento online ».

20. Come osservavo nello scritto *Il paradigma tradizionale del diritto d'autore e le nuove tecnologie* nel volume *Proprietà digitale. Diritti d'autore, nuove tecnologie e digital rights management* a cura di MONTAGNANI M.L. e BORGHINI M., Egea, Milano 2006, p. 23 ss. a p. 36 ss. riferendomi alle critiche rivolte al mantenimento e rafforzamento nelle reti telematiche del diritto d'autore nella sua configurazione tradizionale.

Conclusioni

GUSTAVO GHIDINI*

Credo che a Mario Fabiani questo incontro avrebbe fatto doppiamente piacere — uso il condizionale, ma perché escludere, chi sa, l'indicativo — per l'affetto, sincero e generale, della comunità degli studiosi, e per la valorizzazione dei giovani, in prima fila come relatori, nonché per la modernità dei temi. Studioso « nato » nel diritto d'autore classico, Mario fu sempre attento ad ascoltare ed incoraggiare l'esplorazione delle nuove frontiere, a cominciare da quelle tecnologiche, in particolare dell'informazione e della comunicazione, costantemente valorizzate dalla sua Rivista. E allora, su queste nuove frontiere, a vario titolo esplorate alle pregevoli relazioni e discussioni di quest'oggi, voglio contribuire all'omaggio a Mario aggiungendo qualche notazione personale sulla Proposta definitiva di « Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio *on copyright in the Digital Single Market* », — che la Commissione ha pubblicato il 14 settembre 2016 (COM (2016) 593 *final*) — Direttiva che si profila soprattutto come una novella alla InfoSoc del 2001.

1. Come noto, mentre una sempre più ampia ed autorevole cerchia di studiosi valorizza come modello di riferimento quello dell'accesso libero pagante — il modello, *en passant*, delineato dal nostro art. 99 l.d.a. per i disegni e progetti di ingegneria e altri lavori analoghi (tra i quali dovrebbero stare i programmi per computer, ben più « analoghi » a questi « lavori » che ad opere letterarie!) — il legislatore, comunitario e nazionale, sembra poco ricettivo in questa direzione.

I modelli aperti di circolazione restano affidati alla libera scelta contrattuale, non sono normativamente valorizzati.

* Professore ordinario presso l'Università degli Studi di Milano.

La direttiva 2001/29/CE su Diritto d'Autore e Diritti connessi nella Società dell'Informazione, più volte citata dai relatori e nota per brevità come "InfoSoc" non lo fa, e neppure la proposta di cui dicevo or ora (sul punto tornerò fra breve). Ed anche sull'accesso per usi ammessi a titolo di « eccezione » — non come libertà (significativo scarto semantico, espressivo di una distorta visione sistematica [le eccezioni primarie sono i diritti di proprietà intellettuale, non gli spazi di libertà di espressione e/o di intrapresa fondati su diritti di rango costituzionale] — scarto peraltro per nulla privo di rilievo normativo, come subito ricorderò).

Anche su tali « usi » non solo la normativa vigente, InfoSoc in particolare, bensì anche quella annunciata dalla Proposta, ha il braccino ben corto.

Per quel buono che la proposta offre (v. §§ 2, 3 e 6), ben di più si prende in termini « protezionistici ».

2. Partiamo dal buono. Esso è soprattutto rappresentato da una « eccezione » a favore di istituzioni preposte alla tutela del patrimonio culturale, eccezione che consente di fare copia di materiali per conservarli, non (e questo è pure giusto) per farne *merchandsing* (art. 5).

E poi, soprattutto dalla previsione, nel Capitolo 3, del titolo IV, art. 14-16 dedicato alla « fair remuneration in contracts of authors and performers » — di un meccanismo di « aggiustamento contrattuale » (art. 15) in favore dell'autore o esecutore che ravvisi una grave sproporzione fra il compenso originario rispetto ai proventi e altri benefici successivamente tratti dalla controparte — tipicamente, l'impresa editoriale *lato sensu*. Costoro, dunque, potranno chiedere una revisione del compenso — richiesta che verrà vagliata attraverso una procedura di *Alternative Dispute Resolution* (art. 16).

Innovazione meritoria — vogliamo definirla o chiamarla un lucido intervallo di equità in una normativa ispirata al *favor* delle parti più forti? — e boccone succoso per i civilisti, come quella che configura una *reductio ad aequitatem* certamente non riconducibile all'ipotesi dell'art. 1467 cod. civ. Soprattutto in quanto, al di là delle differenze morfologiche, essa è ispirata ad un concetto di diritto al riequilibrio che prescinde del tutto dalla straordinarietà ed imprevedibilità della causa della grave sproporzione.

3. Buona, ma solo in parte, è la proposta di rendere *mandatory*, non più discrezionale (« Member States shall », non più « may » come in InfoSoc) il riconoscimento dell'eccezione di *text* e *data mining* e di uso di materiali protetti per scopi di ricerca e insegnamento. Si deve intendere, mi domando, di ricerca e insegnamento purchè totalmente gratuiti (come precisa il nostro legislatore all'art. 70.1 in fine).

Il dubbio, in altre parole, è se il diritto all'eccezione si perda se la ricerca o l'insegnamento prevedano anche un momento “commerciale”, come fa un istituto professionale o un *think-tank* privato? Se così fosse, non sarebbe “proporzionato”, e coerente con l'interesse pubblico, prevedere, qui, almeno una limitazione, cioè un accesso aperto pagante?

E lo stesso si dovrebbe prevedere, per identità di *ratio*, rispetto ad usi sì anche lucrativi, come quello del giornalismo e dell'editoria, e tuttavia di manifesto interesse generale (sul punto specifico tornerò fra brevissimo).

Ma poi, soprattutto: si garantisce l'eccezione, ma non la si affranca affatto da quel fam — oso — igerato *three-step test* che la direttiva InfoSoc pone come ulteriore barriera d'accesso sul piano giudiziario, laddove la Convenzione di Berna pone il rispetto del test solo ai legislatori degli Stati membri nel prevedere « *limited freedoms for uses of the works* » (come recita il titolo dell'art. 9)¹.

Ed ecco emergere il rilievo, doppiamente rivelatore, dello scarto semantico: giacché, se è una libertà, essa non può essere soggetta, in sede giudiziaria all'ulteriore casello daziario dell'infausto test. E qui, viva la tradizione giurisprudenziale italiana in tema di parodia e altri usi trasformativi (da D'Annunzio/Scarpetta a Tamaro/Luttazzi a Giacometti/Prada): la quale, rispetto ad opere derivate di netta discontinuità espressiva rispetto all'originale, ne afferma — in contrasto con la prospettiva dell'eccezione di cui all'art 5.2, k) della direttiva — la libertà *tout court* di circolazione: senza dazio alcuno, appunto, da pagare al titolare dell'opera originale.

4. Su altro versante — la parte « non buona », almeno rispetto all'interesse generale alla diffusione dell'informazione si introduce (art. 11)

1. Titolo, come si sa, per questo e gli altri articoli, aggiunto dal WIPO: ma dal WIPO di Arpad Bogsch... e se non è interpretazione “autentica” questa...

un nuovo c.d. *ancillary right* (nuovo normativamente, ma già annunciato, in più cauti termini, dalla decisione della Corte di Giustizia UE nel caso *Infopaq*, quello — ricordate? — del brano di 11 parole), un diritto *sui generis* d'autore — d'autore, non « connesso » — della durata di vent'anni dalla pubblicazione dell'articolo originario, a favore di editori di giornali e periodici rispetto all'utilizzazione in formato digitale da parte di terzi (esclusi gli autori dei pezzi) di estratti, anche brevissimi estratti dagli articoli originari, c.d. *snippets* (che la dottrina antica definiva *larcins imperceptibles*, sottratti al divieto legale).

La *ratio* sembra manifesta: se ti vai a rivendere l'estratto, o attraverso di esso raccogli e vendi pubblicità, mi devi compensare. Soluzione ragionevole, sul piano del bilanciamento interindividuale, e testualmente avvalorata, *a contrariis*, dall'esenzione rispetto agli *snippets* a scopi di ricerca e insegnamento.

Ragionevole, poi, sia rispetto alla generale disciplina delle opere derivate — l'estratto è una "riduzione", quindi "dipendente" (a meno che sia parodistica o comunque radicalmente trasformativa dell'impronta espressiva dell'originale) — sia rispetto a quella del diritto *sui generis* sulle banche dati (ove la si volesse arditamente applicare analogicamente alla titolarità di articoli giornalistici), disciplina in cui il limite della estrazione « sostanziale » si applica a beneficio solo di estrazioni a scopo non lucrativo.

E poi, sul piano fattuale (ma con rilievo giuridico) nella frenetica velocità e sintesi della comunicazione elettronica di oggi, in cui i giornali si leggono per titoli al telefonino e ci si scambiano effusioni attraverso grugniti digitali, lo *snippet* è oggi, spesso, un pezzo giornalistico in concorrenza (70 l.d.a.) con l'articolo originario.

Già, ma perché istituire un divieto, anziché un accesso aperto pagante, attesa la funzione di pubblico interesse della diffusione di notizie? Da questo punto di vista, l'istituzione di siffatto *ancillary right sub specie* di divieto *tout court* merita la critica avanzata anche dall'Accademia Italiana del codice di Internet: costituire un ostacolo ulteriore alla circolazione dell'informazione.

4. Infine, è il caso di sottolineare la continuata disattenzione per le forme di circolazione « aperte » (rispetto alle quali, peraltro, il titolo autoriale rappresenta pur sempre lo strumento più efficace di garanzia

del rispetto delle regole delle licenze, « CC » ad esempio, da parte dei licenziatari protagonisti della catena distributiva). Qui, in particolare, si sarebbe dovuto prevedere l'illiceità dell'apposizione di Misure tecnologiche di protezione ai contenuti diffusi mediante tali diversi modelli diffusivi. Ma anche qui la Proposta, come la precedente direttiva InfoSoc, tace. Silenzio eloquente.

5. Noi tutti — o quasi tutti — specie i giovani, ci entusiasmiamo per la nuova frontiera dell'*open* (pur pagante, ove l'accesso sia chiesto « per sfruttare » e non solo « per conoscere »), la nuova frontiera dello *sharing*².

Ma, dicevo, quel caldo entusiasmo (su quale hanno gettato un secchio di acqua fredda Michal Gal e Daniel Rubinfeld in un bel saggio sugli *hidden costs* delle offerte c.d. *free*), quel fermento di apertura e condivisione, dicevo, sembra trovare ben poco riscontro nel complesso della realtà normativa, tuttora attestata su modelli proprietari chiusi con i lucchetti elettronici — il modello InfoSoc —, legittimo orgoglio delle lobbies che, notoriamente, ne vollero fortissimamente l'affermazione.

Ora, avviandomi a concludere, mi pare singolare che ben diversa evoluzione sembri caratterizzare, per giurisprudenza ormai dominante, la legge di circolazione delle innovazioni tecnologiche più avanzate, consacrate dalla elezione a standard o parte essenziale di standards. Per queste ultime, come noto, si va affermando il principio che ai *willing licensees* debba darsi — anzi offrirsi, nel galateo profilato dalla Corte di giustizia in *Huawei* — accesso a condizioni *Frاند*, onde impedire ostruzioni alla concorrenza.

Per orecchie *vieux stil* — ce ne sono ancora molte, alcune tra le più raffinate — si tratta di un paradosso che desta stupore. Ma come: nel momento in cui il titolare del brevetto porta sul mercato l'innovazione più avanzata — come tale riconosciuta dall'Oscar dell'elezione a standard — lo si spoglia del diritto « istituzionale » di escludere i terzi non autorizzati?

2. Peraltro, diversi giovani — anche di mia conoscenza — alla pubblica professione di fede nella condivisione uniscono una singolare ritrosia privata per condividere con i loro colleghi, idee e spunti prima del 'timbro' editoriale di anteriorità autoriale. . .

Stupore ingiustificato, posto che quella soggezione alla trasformazione del diritto da *property* a *liability* garantisce un potenzialmente illimitato flusso di proventi da *royalties* al titolare. Rileggiamo qui — non sul telefonino, però — i saggi di W. Baumol; ma anche più semplicemente chiediamoci come mai i titolari autori delle tecnologie avanzate sgomitino per quella *nomination* allo standard che li “espone” a dover dar licenza — anche facendo carte false (v. il caso *Rambus*) — per farsi assegnare la dorata statuetta.

6. Sembrerebbe dunque che, ben più rapidamente del *copyright*, il diritto dei brevetti, grazie alla decisa « interferenza » dell’antitrust, si stia mettendo al passo dell’evolversi dei modi di produzione sollecitati dalla rivoluzione digitale. Modi di produzione basati su tecnologie che vivono e si nutrono di interconnessioni, e quindi privilegiano modelli aperti di condivisione, pur pagante, dell’innovazione — una tendenza che dallo specifico campo delle Ict si va rapidamente estendendo, nella prospettiva dell’*Internet of Things*, alle industrie *tout court*, i cui processi produttivi e distributivi vieppiù dipenderanno dalle tecnologie digitali.

Ma non solo per questo: anche le industrie « hardware » hanno da decenni sviluppato una esperienza, e quindi una “cultura” di collaborazione tra produttori di parti diverse di beni complessi — le auto, ad esempio, e gli elettrodomestici sono ben oltre il 50% frutto di assemblaggio di parti sviluppate in comune ovvero scambiate — con i relativi diritti di proprietà intellettuale (*pools* di brevetti, licenze incrociate ecc.).

La collaborazione tra concorrenti — *coopetition* — è da decenni un modo di produzione consolidato. Mi appare comunque singolare, dicevo, che sul fronte del *copyright* sembri ritardare la presa di coscienza da parte dei legislatori, delle necessità che anche nella produzione e circolazione dei « contenuti » la rivoluzione digitale si manifestano e da più parti vengono riconosciute sia per facilitare più rapidamente la stessa innovazione (v. l’adesione di grandi industrie delle Itc a modelli *Open source*), sia per moltiplicare il volume complessivo, e la varietà di « contenuti » da immettere in reti di sempre più estese capacità trasmissiva.

Già nel 2003 un prestigioso settimanale britannico, non sospettabile di orientamenti antindustriali, *The Economist*, chiedeva un vigoroso

« rethink » del modello escludente di *copyright*, e ciò proprio al fine di « *foster creativity in the digital age* ».

Un implicito richiamo, aggiornato all'età contemporanea, alla celebre indicazione della Costituzione USA, art. 1.8.8 nella quale, come noto, il riconoscimento della proprietà intellettuale è funzionale — mezzo a fine, non fine in sé — alla promozione del « *progress of science and the useful arts* ».

Da qui un'ultima chiosa, o meglio una esplicitazione. Il contrasto tra modelli normativi — quelli « aperti » e quelli « chiusi » — non nasce da ideologie o da battaglie culturali, come molti fautori dei medesimi si illudono. Riflettono, semplicemente ed obbiettivamente, diversi modi di produzione caratteristici di fasi e momenti diversi dello sviluppo delle economie di mercato.

Modi di produzione diversi, che si succedono, facendo emergere il modello trainante, caratteristico, *trend-setter*, in diversi periodi storici. Modelli che ben possono convivere, e convivono, nella concreta realtà economica e sociale: sia all'interno delle economie sviluppate sia nelle relazioni fra queste ed i paesi di minore sviluppo.

Le battaglie ideologiche, gli entusiasmi profetici, per quanto di nobile intenzione, e di indubbio interesse intellettuale e sociologico, sono insomma espressioni, si sarebbe (ben) detto una volta, essenzialmente sovrastrutturali.

Analizziamo dunque, e valutiamo, le indicazioni normative non con le lenti affumicate (proprio: dal « fumo ») dei pregiudizi ideologici, bensì partendo dalla ricognizione dei concreti interessi in gioco, e dei loro conflitti — i conflitti di interesse — e degli effetti delle loro risoluzioni — chi guadagna, chi perde. Secondo la lezione, elaborata sulle orme di Levin Goldschmit, che ci ha trasmesso il più grande commercialista italiano del Novecento (e oltre...), Cesare Vivante.

Riflessioni conclusive

PAOLO SPADA*

Mario Fabiani, un gentiluomo che per quasi cinquant'anni ha riflettuto sulla proprietà intellettuale, scrutinando le novità che la legislazione, la giurisprudenza e la tecnica andavano proponendo. Un lascito di scritti preziosi, tematicamente mirati ma sempre sensibili alle ragioni del sistema; un lascito che ALAI Italia e soprattutto SIAE è auspicabile vogliano darsi il compito virtuoso di raccogliere in uno o più volumi; così, mettendo a disposizione della comunità scientifica un patrimonio prezioso di dati e di pensiero.

SIAE assolverebbe, tra l'altro, un dovere morale verso colui del cui prestigio internazionale ha beneficiato. In una lunga stagione, sono stato testimone "oculare" della identificazione che tra la *collecting* italiana e il suo Consigliere giuridico era attestata in ambito internazionale, l'autorevolezza del primo fungendo quasi da metonimia del credito concesso alla seconda.

Personalmente, tra i tanti ricordi di comune lavoro con Mario, mi piace qui citare la felice conclusione di un'impresa che insieme progettammo e realizzammo: quella di rendere integralmente accessibile l'opera di un grande giurista, Tito Ravà, opera della quale la morte del Maestro avrebbe privato studenti, studiosi e pratici della proprietà intellettuale.

Insieme, Mario ed io, anche attingendo ai tanti appunti lasciati da Ravà, facemmo seguire, nel 1988, al primo volume del suo Diritto industriale, il secondo volume dedicato a invenzioni e modelli industriali. E ai modelli Mario dedicò pagine di una straordinaria profondità ed attualità, talora quasi profetiche, in punto di rapporti tra modelli in-

* Professore emerito della Sapienza – Università di Roma.

dustriali e diritto d'autore. Grazie Mario di aver voluto vivere con me quella bella avventura.

Il diritto d'autore è — secondo l'opinione corrente — pensato come un diritto di proprietà su un bene (immateriale). Con la conseguenza che lo si identifica con un diritto soggettivo assoluto (azionabile contro chiunque lo leda) e reale (nel senso che dà accesso a rimedi che ripristinano la situazione anteriore alla violazione — come l'azione di rivendicazione ripristina il possesso del proprietario spogliato: si pensi, in contrappunto, all'assegnazione in proprietà degli esemplari contraffatti) di godimento e di disposizione.

In questa prospettiva, si presenta come eccezione al diritto d'autore ogni previsione che consente la fruizione del bene da parte di terzi.

Questa concezione è storicamente falsa: l'identificazione tra diritto d'autore e proprietà non è d'ordine concettuale. Si tratta di un'assimilazione che storicamente ha svolto funzioni diverse:

- a) una funzione nomogenetica (propiziare la tutela degli interessi mobilitati dall'innovazione, attraverso il ricorso all'immagine giusnaturalistica della *propriété spirituelle*);
- b) una funzione sistematica (integrare la giovane legislazione in tema di brevetti e di opere letterarie ed artistiche — fine del secolo XVIII — nel paradigma proprietario presentando una riserva d'attività intermediaria tra opera e fruizione dell'opera come proprietà d'un bene immateriale (Joseph Kohler);
- c) oggi, una funzione di compendio di tutte le provvidenze che si correlano agli interessi mobilitati dall'innovazione e dall'industria culturale (si pensi all'uso della nozione di bene immateriale nella legge sul diritto internazionale privato — art. 54 l. 218/1995 e della locuzione « proprietà intellettuale » nell'art. 17.2 nella Carta dei diritti fondamentali UE).

Storicamente e realisticamente, il diritto d'autore designa, per converso, un complesso di tecniche che proteggono gli interessi mobilitati dall'innovazione: il diritto esclusivo (la riserva d'attività d'intermediazione tra opera e fruizione dell'opera) concorre con altre tecniche, tutte funzionalmente omogenee, anche se strutturalmente eterogenee, come il dominio pubblico pagante (o equo compenso, che dir

si voglia), i prelievi sui dispositivi di riproduzione o di disseminazione, i mezzi digitali che contrastano l'accesso alla fruizione. Dunque, non ogni qual volta la tecnica è diversa dal diritto esclusivo c'è eccezione; con conseguente divieto di interpretazione analogica (come suggerisce la lettura corrente dell'art. 5 della Direttiva Infosoc) — il che produrrebbe assurdi come quello relativo alle variazioni musicali « costituenti opera originale » (arg. ex art. 4 l. 633/1941), che non sono menzionate dalla Direttiva accanto alla parodia ed alla citazione.

Se si tien conto che il diritto esclusivo è funzionale a riservare il negoziato dell'accesso all'opera — e, quindi, la fissazione delle condizioni economiche e normative della fruizione — l'eccezionalità si profila solo quando il diritto esclusivo è negato a tutela di interessi antagonistici con quelli mobilitati dall'innovazione; non già quando il diritto esclusivo è rimpiazzato da tecniche diverse (d'ordine personale, segnatamente) tenendo conto del contesto nel quale avviene la fruizione (copia privata o reprografia) o la disseminazione dell'opera. Sicché di fronte a qualsiasi sedicente eccezione, bisogna procedere ad uno scrutinio funzionale, scrutinio che neutralizza il divieto di applicazioni analogiche quando l'eccezione (o sedicente tale) è preordinata proprio alla tutela realistica degli interessi mobilitati dall'innovazione e dalla disseminazione di beni e servizi innovativi — stante l'impossibilità o la eccessiva onerosità del negoziato.

Così facendo il materiale legislativo continentale recupera una flessibilità non inferiore a quella garantita dalla clausola del *fair use*. Flessibilità irrinunciabile quando accesso e disseminazione avvengono in un ambiente nel quale non ci sono cose, non ci sono « atomi ma bit » [Negroponte].

Non condivido, quindi, l'idea — che ispira anche il titolo di questo incontro di studio — che (a) il diritto d'autore sia una figura unitaria (diritto assoluto su bene immateriale) e che (b) debba essere esposto a « prove di resistenza » in ambiente telematico. Un ambiente: (1) che rende eventuale l'intermediazione tra creazione e fruizione (oggetto di riserva in ambiente non telematico [*self publishing*]) e (2) che prescinde da cose che veicolino suoni, immagini e testi, cose (come gli esemplari dell'opera) rispetto alle quali possa prospettarsi un rimedio ripristinatorio (perché, nonostante l'invasione dell'aggettivo « immateriale », il diritto esclusivo si è — prima che sopravvenisse il mondo digitale — tradotto in apprensioni, assegnazioni e distruzioni di cose, dotate di massa).

Si tratta non già di sfidare un diritto d'autore (ontologicamente inteso) — per vagliarne la resistenza — ma di modulare le tecniche nelle quali in diritto d'autore si articola in modo funzionalmente adeguato alla protezione degli interessi mobilitati dall'innovazione. Insomma, di preservare, questo sì, un vantaggio competitivo ragionevole al creativo ed a quanti producono beni e servizi che incorporano creazione intellettuale: il che può comportare totale irrilevanza di talune attività (come la citazione, la parodia o le variazioni) che non sono in sé in grado di sottrarre proventi all'autore ovvero il ricorso a rimedi personali, come il prelievo sul costo dei dispositivi (c.d. equo compenso) per la copia privata.

In prospettiva, questo potrebbe anche significare — come suggerii fin dal 1995 — l'abbandono del diritto esclusivo e il ricorso ad una sorta di parafiscalità a carico di quanti professionalmente si interpongono tra « caricamento » e fruizione di testi, immagini e suoni in rete (« motori di ricerca », « aggregatori » e via variamente designando le tante figure intermediarie che affiorano « in rete »), il cui gettito sia devoluto — tramite enti di amministrazione collettiva — agli autori ed ad altri intermediari del mondo reale (non virtuale) tra autori e fruitori (editori, per antonomasia).

Ma, purché si evitino visioni mistiche del diritto d'autore, anche la conservazione della tecnica storicamente primaria (diritto soggettivo ed assoluto) non impedisce una modulazione dei rimedi; e di modulazioni funzionali della riserva ci hanno dato meditata testimonianza i relatori di questo incontro di studi.

Gli autori

Paolo Auteri, già professore ordinario dell'Università degli Studi di Pavia, è autore di numerose pubblicazioni in tema di proprietà intellettuale e concorrenza.

Maria Letizia Bixio è assegnista di ricerca in Diritto industriale presso l'Università Europea di Roma, dove è docente di Diritto dei beni culturali e culture della materia nella cattedra di Diritto commerciale.

Giuseppe Colangelo, Jean Monnet Professor of EU innovation policy e professore associato di Diritto dell'economia (Università degli Studi della Basilicata), è docente di Markets, Regulations and Law e Legal Issues in Marketing presso la LUISS Guido Carli di Roma, nonché Transatlantic Technology Law Forum Fellow presso la Stanford University e la University of Vienna.

Stefania Ercolani, autrice di numerosi contributi in materia di diritto d'autore in pubblicazioni italiane e straniere, già professoressa di Diritto dei mezzi di comunicazione presso la Sapienza – Università di Roma, insegna attualmente Comparative Cultural Property Law all'Istituto di studi politici di Parigi (SciencePo) ed è presidente di ALAI Italia.

Alberto Maria Gambino, professore ordinario e prorettore dell'Università Europea di Roma, presidente di IAIC, già presidente del Comitato Consultivo Permanente sul Diritto d'Autore, è autore di numerose pubblicazioni in tema di diritto civile e proprietà intellettuale.

Gustavo Ghidini è professore ordinario di Diritto industriale presso la Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Milano e direttore dell'Osservatorio di Proprietà intellettuale, Concorrenza e

Comunicazione della LUISS Guido Carli. È autore di monografie e numerose pubblicazioni in ambito nazionale ed internazionale.

Giovanna Rita Migliozi, laureata presso l'Università degli Studi di Roma Tre, ha conseguito il master di II livello in "Diritto della concorrenza e dell'innovazione" presso la LUISS Guido Carli a seguito del quale ha svolto un periodo di formazione professionale presso il settore multimediale della SIAE. È abilitata all'esercizio della professione forense presso la Corte d'Appello di Roma.

Francesco Graziadei, professore a contratto di Diritto industriale e delle comunicazioni presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma, Dipartimento di Giurisprudenza, è autore di pubblicazioni in tema di diritto d'autore, comunicazioni elettroniche e audiovisivo.

Giorgio Mondini è avvocato a Milano, specialista in diritti di proprietà intellettuale e autore di varie pubblicazioni in materia.

Davide Mula, docente di Informatica giuridica presso l'Università Europea di Roma, è autore di pubblicazioni in tema di privacy, cloud computing e proprietà intellettuale.

Alberto Musso, professore ordinario di Diritto commerciale, docente di Diritto industriale e Copyright Law, è autore di numerose pubblicazioni italiane ed estere su diritto societario, d'impresa e della proprietà intellettuale.

Paolo Spada, professore emerito della Sapienza – Università di Roma, *doctor honoris causa* dell'Université Paris II Panthéon-Assas, è autore di numerose pubblicazioni in tema di diritto dell'impresa, delle società, dei titoli di credito e di proprietà intellettuale.

Giorgio Spedicato è ricercatore in Diritto commerciale presso l'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna, dove insegna Diritto della proprietà intellettuale e Diritto industriale.

Luigi Carlo Ubertazzi, già professore ordinario di Diritto industriale al Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Pavia; ora incaricato della medesima materia alla medesima università; ha

fondato la Rivista AIDA ed il Commentario breve delle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza; autore di numerose pubblicazioni (elencate in parte alla pagina <http://www.ubertazzi.it/pubblicazioni/pubblicazioni-di-luigi-carlo-ubertazzi/>); avvocato in Milano.

QUADERNI DI ALAI ITALIA

- I. Stefania ERCOLANI, Giovanna Rita MIGLIOZZI (a cura di)
*Prove di resistenza del diritto d'autore. Modelli di distribuzione delle opere
sulle piattaforme digitali. Incontro in memoria di Mario Fabiani*

ISBN 978-88-255-1176-5, formato 17 × 24 cm, 200 pagine, 12 euro

Finito di stampare nel mese di giugno del 2018
dalla tipografia «System Graphic S.r.l.»
00134 Roma – via di Torre Sant’Anastasia, 61
per conto della «Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale» di Canterano (RM)