

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](http://www.aracneeditrice.it)  
[info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)

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

[www.giacchinoonoratieditore.it](http://www.giacchinoonoratieditore.it)  
[info@giacchinoonoratieditore.it](mailto: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"<sup>1</sup>. 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 digitali<sup>2</sup>.

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)<sup>3</sup>.

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](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-986_en.htm).

diovisivi<sup>4</sup>, al regolamento sulla portabilità transfrontaliera dei servizi<sup>5</sup> e, infine ma non meno importante, la proposta di nuovo Regolamento satellite-cavo<sup>6</sup>.

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/UE<sup>7</sup>, 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 2000<sup>8</sup>. 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 nazionale<sup>9</sup> 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 digitali<sup>10</sup>.

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/](http://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](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](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.