

Università degli Studi  
LUISS Guido Carli  
Dipartimento di Giurisprudenza

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE A CICLO UNICO  
in  
GIURISPRUDENZA

TESI DI LAUREA  
in  
INFORMATICA GIURIDICA

**IL DIRITTO DI DISTRIBUZIONE ONLINE DELLE OPERE  
DELL'INGEGNO NEL MERCATO UNICO DIGITALE**

Relatore  
Ch.mo Prof. Gianluigi Ciacci

Candidato  
Marco Schirripa Spagnolo

Correlatore  
Ch.mo Prof. Paolo Marzano

Anno Accademico 2016 – 2017

## Indice

<b>INTRODUZIONE</b> .....	6
<b>L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DI DISTRIBUZIONE NEL MERCATO UNICO DIGITALE</b> .....	8
<u>1)</u> Le opere dell'ingegno tecnologicamente protette .....	8
1.1) Le eccezioni e limitazioni in tema di opere tecnologicamente protette .....	15
1.2) Editoria elettronica .....	21
1.3) La musica digitale.....	24
1.4) Le opere delle arti figurative .....	28
1.5) Le opere audiovisive digitali ed i servizi di media audiovisivi .....	31
1.6) Il software .....	38
<u>2)</u> L'intervento armonizzatore dell'Unione europea: La direttiva 29/2001/CE.....	43
2.1) Le fonti internazionali.....	43
2.2) L'estensione dei diritti patrimoniali d'autore all'ambiente digitale nella direttiva 29/2001/CE.....	48
2.3) Il diritto di distribuzione e messa a disposizione del pubblico nell'ordinamento italiano.....	54
<u>3)</u> Il mercato unico digitale .....	56
3.1) Tra tutela della proprietà intellettuale e diritto all'informazione: Il ruolo chiave delle eccezioni e limitazioni .....	60
3.2) La crescita delle industrie culturali nella politica europea.....	67
3.3) Geoblocking e tutela dei consumatori nel mercato digitale .....	74
3.4) Quadro abilitante .....	80
<b>I POTERI DELL'AGCOM NELLA REGOLAZIONE DEL DIRITTO D'AUTORE SU INTERNET E IL RUOLO DELLE SOCIETÀ DI COLLECTING</b> .....	85
<u>1)</u> Dal quadro europeo all'esperienza italiana: il Regolamento AGCom 680/13/CONS .....	85
1.1) Iter legis .....	88
1.2) Le competenze dell'AGCom in materia di diritto d'autore.....	89

1.3)	I rapporti con la Direttiva Enforcement 2004/48/CE .....	91
<u>2)</u>	I poteri dell'Agcom in caso di violazioni del diritto d'autore online .....	92
2.1)	Notice and take down .....	93
2.2)	Fase procedimentale .....	95
2.3)	I provvedimenti dell'Autorità a tutela del diritto d'autore .....	98
2.4)	Il monitoraggio dell'attività dell'AGCom .....	100
<u>3)</u>	La gestione collettiva dei diritti .....	102
3.1)	Il nuovo IMAIE .....	103
3.2)	La SIAE .....	107
3.3)	La direttiva 2014/26/UE .....	109
3.3.1)	Il parere dell'Autorità garante per la Concorrenza ed il Mercato .....	106
3.3.2)	La direttiva Barnier e il servizio universale .....	110
3.3.3)	L'esperienza del Regno Unito nell'adozione della Direttiva Barnier ..	116
3.3.4)	Il recepimento della Direttiva in Italia e il fondamentale e ruolo dell'Impact Assessment .....	
<b>IL RUOLO DEGLI INTERMEDIARI INTERNET NELLA</b>		
<b>DIFFUSIONE DELLE ATTIVITÀ CREATIVE IN RETE .....</b>		
<b>131</b>		
<u>1)</u>	La direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE e le proposte di riforma .....	135
1.1)	La norma di recepimento: Il D.Lgs. 9 Aprile 2003, n.70 .....	139
1.2)	La proposta di legge Centemero e l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza .....	140
<u>2)</u>	Le attività dei prestatori di servizi in rete .....	144
2.1)	Trasporto di informazioni: Mere Conduit .....	145
2.2)	Raccolta temporanea di informazioni: Caching .....	147
2.3)	Memorizzazioni di informazioni: Hosting .....	149
2.4)	L'analisi giurisprudenziale: <i>Hosting</i> attivo e passivo .....	151
2.5)	La responsabilità degli ISP per le violazioni del diritto d'autore online .....	156
<u>3)</u>	La giurisprudenza della Corte Europea .....	157
3.1)	Scarlet VS SABAM .....	159
3.2)	UPC Telekabel vs Constantin Film e Wega .....	161
<b>CONCLUSIONI .....</b>		
<b>166</b>		

<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>171</b>
<b>SITOGRAFIA.....</b>	<b>178</b>

## INTRODUZIONE

Il presente lavoro si pone l'obiettivo di illustrare come lo sviluppo delle nuove tecnologie informatiche e telematiche nella cd. "Società dell'informazione" abbia influenzato l'evoluzione normativa in materia di diritto d'autore. Il progresso scientifico e tecnologico ed i nuovi strumenti di comunicazione messi a disposizione dall'avvento di Internet hanno dato origine a nuove forme di diffusione della creatività umana e portato ad alcuni significativi cambiamenti nella realtà giuridico-economica europea. In particolare è stato ridimensionato il ruolo fondamentale dell'impresa come propulsore della distribuzione delle opere dell'ingegno all'interno del mercato europeo dei beni e servizi, questo perché oggi, i consumatori, riescono ad accedere direttamente ai contenuti in via "disintermediata" tramite i servizi di accesso alla rete messi a disposizione dagli operatori del Web, che rappresentano l'unico tramite tra il contenuto protetto dal diritto d'autore e il fruitore dello stesso. Un tempo, invece, gli autori si trovavano nell'impossibilità di provvedere da soli alla diffusione delle proprie creazioni, dovendo ricorrere alle risorse, economiche e tecniche, messe a disposizione dalle imprese, che acquistavano il prodotto del loro intelletto alla stregua di una qualsiasi "materia prima" che veniva successivamente incorporata e distribuita in dei supporti fisici, oppure utilizzata per implementare specifiche soluzioni a problemi tecnici. Nell'ultimo decennio, il metodo di circolazione delle opere dell'ingegno è profondamente cambiato. All'incorporamento all'interno di un supporto fisico contenente l'opera protetta gli utenti hanno iniziato a preferire in misura sempre maggiore la digitalizzazione delle opere e la trasmissione *online* del *file* multimediale, a tal punto che questa oggi è divenuta il principale modo di diffusione della cultura.

Molto spesso però accade che, a causa delle moderne modalità di condivisione, vengano perpetuati abusi da parte degli utenti consumatori, che per la facilità di reperire e successivamente diffondere quello di cui hanno bisogno non considerano affatto l'ipotesi che la loro azione configuri un illecito. In questo scenario a farne maggiormente le spese sono gli autori, i diritti dei quali vengono quotidianamente danneggiati dal proliferare della pirateria online.

La risposta normativa più efficace consisterebbe nella creazione di norme in grado di agevolare l'incontro tra il consumatore e l'offerta legale di contenuti digitali, in modo tale da trasformare il ruolo del consumatore da problema a parte integrante della soluzione. Accanto alla tutela degli interessi degli autori e degli intermediari economici (principalmente società attive nel settore dell'intrattenimento) dovrebbero essere riconosciute anche le necessità dei consumatori, i diritti dei quali sono drasticamente ridotti quando si parla di fruizione online di contenuti digitali.

Alla luce di tutto questo, un intervento armonizzatore delle fonti in materia di distribuzione digitale non può che essere svolto dai trattati internazionali e dalle direttive e regolamenti comunitari.

Nel 2010 la Commissione Europea ha elaborato un'*Agenda Digitale* con lo scopo di realizzare un mercato digitale unico per promuovere lo sviluppo e la libera offerta di contenuti digitali oltre i confini nazionali nell'ambito della quale è stato divulgato un programma volto a creare un unico mercato digitale comprendente una proposta di riforma del diritto d'autore.

L'impossibilità di controllare le azioni di trasmissione compiute degli utenti del web è la principale causa delle violazioni del diritto di riproduzione e distribuzione online. L'utente che condivide illegalmente contenuti protetti, agisce spesso in completo anonimato, rendendo impossibile un pronto intervento dell'autorità.

Esistono dei soggetti in grado di controllare gli utenti? E possono questi soggetti essere chiamati a rispondere delle violazioni avvenute "sotto il proprio naso"?

Stiamo parlando di soggetti giuridici generalmente organizzati come imprese private ma che rivestono un'importanza tale all'interno web da poter essere considerati i veri protagonisti della rivoluzione digitale: i fornitori di connettività, coloro che materialmente sviluppano e gestiscono i portali di accesso alla rete, gli *Internet Service Provider*. La responsabilità di questi soggetti, molto discussa in quanto rappresenterebbe una categoria di responsabilità oggettiva non tipizzata dal legislatore e quindi illecita, è disciplinata dalla Direttiva 31/200/CE, cd. Direttiva eCommerce, che è stata recepita in Italia con il D.lgs. 73/2003.

Nel nostro paese, per svolgere un'attività di vigilanza su questi soggetti, è stato creato di un procedimento amministrativo ad hoc, attivabile dal titolare del diritto violato, che si svolge davanti all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, chiamata a vigilare anche sul rispetto del diritto d'autore online. Il ricorso all'autorità garantisce un intervento più rapido e specifico per la pronta rimozione del contenuto illecito.

L'evoluzione tecnologica ha comportato anche alcune rilevanti conseguenze in merito alla gestione collettiva dei diritti d'autore, su questo argomento il legislatore europeo è intervenuto con la Direttiva Europea *Barnier*, numero 26 del 2014, con cui la Commissione europea ha deciso di innovare il sistema di gestione collettiva del diritto d'autore in modo tale da uniformarsi ai principi di trasparenza e concorrenza all'interno del mercato europeo dei diritti d'autore. In fase di recepimento il Parlamento Italiano è stato scenario di un acceso dibattito riguardo il mantenimento del monopolio legale (stabilito dall'art. 180 della Legge sul diritto d'autore 633/41) della SIAE, un ente pubblico economico a base associativa che si occupa di protezione e intermediazione del diritto d'autore. La direttiva è ormai prossima ad essere recepita anche in Italia; infatti il 19 Dicembre 2016, il governo, sulla base dei criteri dettati dalla Legge di delegazione europea, ha adottato uno Schema di Decreto Legislativo di recepimento nel quale la scelta definitiva sembra essere stata per il mantenimento del monopolio legale della SIAE, alla disciplina della quale sono stati però apportati diversi elementi innovativi, soprattutto riguardo alla concessione di licenze multi territoriali nel settore della musica online e all'adozione di idonei requisiti di trasparenza efficienza e rappresentatività adeguati a fornire una puntuale rendicontazione dell'attività svolta.

## **L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DI DISTRIBUZIONE ED IL MERCATO UNICO DIGITALE**

### **1) Le opere dell'ingegno tecnologicamente protette**

Oggetto della tutela del diritto d'autore sono le opere dell'ingegno, potendosi definire come tali le opere di «carattere creativo»<sup>1</sup> che rientrano in una delle categorie elencate dalla legge.

L'art. 2 della legge 22 aprile 1941 n. 633 elenca le opere dell'ingegno tutelate dal diritto d'autore. Sono da ritenersi opere dell'ingegno: le opere letterarie, musicali, coreografiche e pantomimiche, della pittura, della scultura, del disegno e dell'architettura e le opere cinematografiche. A queste sono state aggiunte anche le opere fotografiche<sup>2</sup>, originariamente previste solo

---

<sup>1</sup>Art. 1 l. 633/41 ripreso anche nell'art. 2575 c.c. dispone che «Formano oggetto del diritto d'autore le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alle scienze, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione». CASS. CIV. Sez. I, 28 Novembre 2011, Sentenza n. 25173 ha sancito che il concetto giuridico di creatività non coincide con quello di creazione, originalità e novità assoluta, riferendosi alla personale e individuale espressione di un'oggettività appartenente alle categorie elencate. Un'opera dell'ingegno riceve protezione a patto che sia riscontrabile in essa un atto creativo, seppur minimo, suscettibile di manifestazione nel mondo esteriore. La creatività quindi non può essere esclusa soltanto perché l'opera consiste in idee e nozioni semplici, ricomprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia.

<sup>2</sup>Con il d.P.R. 8 gennaio 1979 è stato modificato l'art. 2 L.d.A. aggiungendo il punto 7 «Le opere fotografiche e quelle espresse con procedimento analogo a quello della fotografia sempre che non si tratti di semplice fotografia protetta ai sensi del capo V del titolo II». Questo punto è molto importante perché ci mette in condizione di confrontare la definizione normativa di opera fotografica con quella di semplice fotografia così come prevista nell'art. 87 L.d.A. «Immagini di persone, aspetti, elementi o fatti della vita naturale e sociale ottenute con il processo fotografico o procedimento analogo». Nel caso di un'opera fotografica viene menzionata la capacità espressiva dell'autore che sta ad indicare l'utilizzo di capacità artistiche proprie e determinate.

nell'ambito dei diritti connessi<sup>3</sup>, i programmi per elaboratore<sup>4</sup> e le banche dati<sup>5</sup>, e più recentemente anche le opere di industrial design<sup>6</sup>. Tale classificazione, nonostante sia molto specifica nella descrizione delle tipologie di opere protette, è da ritenersi non tassativa ma solo esemplificativa<sup>7</sup>. Questo elenco deve essere letto come una rappresentazione delle diverse categorie di opere dell'ingegno che possono essere ampliate tramite un'interpretazione evolutiva fino a ricomprendere qualsiasi nuova forma espressiva.

L'avvento della «società dell'informazione»<sup>8</sup> ha influenzato fortemente l'evoluzione normativa in materia di diritto d'autore. Il progresso scientifico e tecnologico ed i nuovi strumenti di comunicazione messi a disposizione da internet hanno dato origine a nuove forme di diffusione della creatività umana e portato ad alcuni significativi cambiamenti nella realtà giuridico economica europea e mondiale.

La caratteristica fondamentale della nuova organizzazione sociale è che le informazioni sono rappresentate in formato digitale e la loro circolazione avviene su scala globale attraverso la rete ed i servizi di comunicazione elettronica. All'incorporamento all'interno di un supporto fisico contenente l'opera protetta, gli utenti hanno iniziato a preferire in misura sempre maggiore la digitalizzazione delle opere e la trasmissione online del file multimediale, oppure la fruizione del contenuto tramite servizi di *streaming*, che consentono di fruire dei contenuti in tempo reale senza la memorizzazione permanente degli stessi. Il passaggio dalla copia materiale a

---

<sup>3</sup> Per una trattazione approfondita vedi: LAURA CHIMIENTI, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 2006, p 134

<sup>4</sup> D.lgs. 29 dicembre 1992 n.518 ha esteso la tutela ai programmi per elaboratore

<sup>5</sup> D.lgs. 6 maggio 1999 n.169 ha esteso la tutela alle banche dati

<sup>6</sup> D.lgs. febbraio 2001 n.95 ha esteso la tutela alle opere di disegno industriale. Per le quali oltre al carattere creativo la legge richiede uno specifico valore artistico.

<sup>7</sup> Vedi P. AUTERI, *Diritto d'autore*, in *AA.VV. Diritto industriale*, Torino, 2005, p. 491 «In ragione della sua formulazione letterale, la norma si apre infatti con le parole "In particolare sono comprese nella protezione" e da ciò si desume l'intenzione del legislatore di non limitare i metodi di espressione della creatività, avendo inteso semmai chiarire la portata di alcune nozioni generali.»

<sup>8</sup> Questa terminologia è stata utilizzata per la prima volta all'interno di un documento ufficiale dell'UE nel 1993. Si trattava del *Libro Bianco su crescita, competitività e occupazione: le sfide da percorrere per entrare nel XXI secolo* (pubblicato in COM(93)700 noto anche come *Rapporto Delors*).

quella digitale<sup>9</sup> non è tuttavia senza inconvenienti per i consumatori. La scelta tra l'una o l'altra inciderà infatti sull'utilizzo che questi possono fare dell'opera<sup>10</sup>. L'accesso all'opera in formato telematico da parte dell'utente avviene tramite riproduzione all'interno di un dispositivo elettronico (PC, Smartphone o Tablet) e comporta necessariamente la creazione di una o più copie all'interno del sistema informatico, così la condotta del fruitore dell'opera si sovrappone parzialmente a quella del *copyright owner* perché ogni atto di fruizione dell'opera implica fisiologicamente un'attività di riproduzione<sup>11</sup>. Quest'ultimo è tenuto quindi, per la tutela del proprio diritto

---

<sup>9</sup> Fenomeno di c.d. «smaterializzazione» dell'opera è uno dei tratti caratterizzanti della globalizzazione e della società dell'informazione. Consiste nella conversione di un'informazione analogicamente percepibile in un corrispettivo numerico che per essere espresso ha bisogno di essere prima elaborato e poi comunicato tramite strumenti informatici. Il fenomeno ha portato ad un notevole aumento dei possibili metodi di circolazione delle opere dell'ingegno e di conseguenza anche la forma espressiva delle opere stesse è andata evolvendosi con il passare degli anni.

<sup>10</sup> M.MONTAGNANI, *Esaurimento del diritto di distribuzione online: tempo di cambiare le regole?* Dalla Rivista Online *Medialaws*, Febbraio 2011, consultabile all'indirizzo: <http://www.medialaws.eu/esaurimento-dei-diritti-di-distribuzione-online-tempo-di-cambiare-le-regole/> (Consultato il 1 Ottobre 2015) Ad esempio l'art. 4 della direttiva 2001/29/CE infatti sancisce che «Il diritto esclusivo di distribuzione si esaurisce con la prima messa in commercio dell'opera o di una sua copia avvenuta con il consenso del titolare dei diritti». La portata applicativa della norma è ulteriormente specificata nei considerando 28 e 29 della direttiva, ove si afferma che «l'esaurimento del diritto esclusivo di distribuzione ha per oggetto il formato tangibile in cui è incorporata l'opera e che la questione dell'esaurimento del diritto non si pone nel caso di servizi, soprattutto servizi on-line». L'acquirente di un esemplare fisico è quindi libero di rimetterlo in circolazione. L'acquirente di una copia digitale non ha la stessa libertà. L'art. 3 comma 3 della direttiva prevede che « Il diritto di autorizzare o vietare la comunicazione al pubblico e la messa a disposizione del pubblico delle opere, in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, non si esaurisce con nessun atto di comunicazione o messa a disposizione del pubblico. Quindi per compiere un atto di trasmissione in formato digitale di un contenuto protetto è sempre necessario il consenso dell'autore. Così pure nel caso di digitalizzazione di un'opera già messa in commercio tramite un supporto fisico, poiché essa deve essere intesa quale prestazione di un servizio.

<sup>11</sup> La Direttiva 91/250/CE sulla protezione dei programmi per elaboratore da un lato espande la nozione di riproduzione anche alle copie computerizzate dall'altro limita l'applicabilità per l'uso del programma conforme alla sua destinazione.

Nella direttiva 2001/29/CE il diritto di riproduzione è disciplinato dall'art. 2: «Gli Stati membri riconoscono ad autori, artisti interpreti ed esecutori, produttori di fonogrammi e delle prime fissazioni di una pellicola e agli organismi di diffusione radiotelevisiva, il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte».

L'articolo 5 prevede invece alcune esenzioni: «Sono esentati dal diritto di riproduzione di cui all'art. 2 gli atti di riproduzione temporanea, privi di rilievo economico proprio, che sono transitori o accessori e 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».

in ambiente digitale, a svolgere una costante attività di vigilanza nei confronti degli utilizzatori, che però è contrastata dall'efficienza delle moderne modalità di condivisione<sup>12</sup>, tramite le quali l'utente riesce con estrema facilità ed in totale anonimato a reperire e successivamente diffondere i contenuti protetti a basso costo o addirittura a costo zero. Questo, anche a causa dell'immaterialità del "corpus" oggetto del reato, porta l'utente a sottovalutare le norme che gli impediscono di trasmettere in formato digitale un contenuto protetto senza il consenso dell'autore, dando così inizio ad una serie potenzialmente infinita di abusi. In questo scenario a farne maggiormente le spese sono gli autori, e le industrie culturali e creative<sup>13</sup>, i diritti dei quali vengono quotidianamente danneggiati dal proliferare della pirateria informatica<sup>14</sup> e del *free riding*<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Ad esempio la tecnologia di scambio peer-to-peer, che comporta lo scambio da parte degli utenti di file protetti da copyright all'interno di alcuni network online. E anche più recentemente la diffusione dei servizi di *streaming*.

<sup>13</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Verde: Le industrie culturali e creative, un potenziale da sfruttare* in COM(2010)183 Consultabile al seguente indirizzo:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1469102303634&uri=CELEX:52010DC0183> (Consultato in data Settembre 2016)

«Negli ultimi decenni recenti il ritmo di cambiamento del mondo è andato accelerandosi. Il rapido emergere di nuove tecnologie e la crescente globalizzazione hanno significato per l'Europa e altre parti del mondo una svolta profonda, caratterizzata dall'abbandono di forme tradizionali di produzione industriale e dalla preminenza assunta dal settore dei servizi e dall'innovazione. Le fabbriche sono progressivamente sostituite da comunità creative, la cui materia prima è la capacità di immaginare, creare e innovare[...]Questo nuovo ambiente modifica sostanzialmente i modelli tradizionali di produzione e di consumo, mettendo in questione il sistema per mezzo del quale la comunità creativa ha finora tratto valore dal contenuto. Gli effetti variano sensibilmente da un'impresa all'altra, e dipendono dalla posizione dell'impresa nella catena del valore. Il valore economico si sposta verso la fine della catena, il che in certi settori incide sulla remunerazione effettiva della creazione. Inoltre, una parte delle industrie dei contenuti, in particolare quella dei contenuti registrati, è stata fortemente colpita dalla pirateria e le perdite nella vendita dei supporti fisici (CD, DVD, ecc.), che ne hanno danneggiato lo sviluppo, hanno ridotto la loro base di reddito e di conseguenza limitato il loro potenziale di creazione di posti di lavoro e d'investimento. Per questo motivo l'industria deve anche sviluppare modelli nuovi e innovativi di attività.»

<sup>14</sup> Dall'Enciclopedia Treccani, alla voce «Pirateria Informatica», consultabile nella versione online al seguente indirizzo: [http://www.treccani.it/enciclopedia/pirateria-informatica\\_%28Lessico-del-XXI-Secolo%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/pirateria-informatica_%28Lessico-del-XXI-Secolo%29/) «Si definisce pirateria informatica l'attività di chi, ottenendo illegalmente accesso a reti di informazioni e archivi informatici, copia programmi o dati riservati, oppure inserisce delle modifiche nella documentazione, per ricavarne vantaggi illeciti. Nell'ambito dei *new media* e di tutta l'economia della comunicazione, il tema della pirateria informatica ha assunto un'importanza cruciale, a cominciare dall'azione illegittima dei *cracker* e dei pirati attivi e passivi, che cioè immettono o scaricano in/da rete opere, prestazioni o prodotti offline e online protetti dal copyright system.»

La principale reazione a questi problemi e alla sfida tecnologica in generale è stata rappresentata dallo sviluppo di sistemi tecnologici di protezione delle opere<sup>16</sup>, che fanno parte della più ampia categoria dei *Digital Rights Management*<sup>17</sup>. La previsione di misure tecnologiche di protezione efficaci e la tutela giuridica delle stesse sono stati considerati come i presupposti per una distribuzione online sicura, che favorisca lo sviluppo legale del commercio elettronico di prodotti musicali, audiovisivi ed editoriali. Questo tipo di approccio però non sempre ha portato ad una soluzione concreta del problema<sup>18</sup>. Infatti vengono a mancare proprio quei requisiti di efficacia ed operatività imprescindibili per l'attribuzione alle misure tecnologiche di una specifica tutela giuridica. Il continuo sviluppo di nuove tecnologie rende di fatto impossibile l'effettivo raggiungimento dello scopo finale: riuscire ad impedire l'appropriazione da parte dell'utilizzatore dell'opera

---

<sup>15</sup> Dall'Enciclopedia Treccani, alla voce «*Free Rider*», consultabile nella versione online al seguente indirizzo: [http://www.treccani.it/enciclopedia/free-rider\\_\(Dizionario-di-Economia-e-Finanza\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/free-rider_(Dizionario-di-Economia-e-Finanza)/) «Il *free rider* è un agente economico che attua un comportamento opportunistico, definito “parassitismo”, finalizzato a fruire pienamente di un bene ( o servizio) prodotto collettivamente, senza contribuire in maniera efficiente alla sua costituzione.»

Per gli effetti di questo fenomeno sull'industria culturale vedi P. MARZANO, *Dda online: verso la fine del free riding*, nella rivista online *Key4biz*, 8 ottobre 2015, consultabile al seguente indirizzo: <https://www.key4biz.it/ddaonline-verso-la-fine-del-free-riding-intervento-di-paolo-marzano-comitato-consultivo-diritto-dautore/136087/> (Consultato il 10 Dicembre 2015)

«Il sistema della *online liability* previsto dalla direttiva *eCommerce* ha creato un'economia del *free riding* che ha pesantemente danneggiato l'industria della cultura, attraverso lo sviluppo di piattaforme digitali che, apparentemente neutrali, passive ed estranee ai contenuti, nella realtà sono destinate a lucrare sulla diffusione di materiale *copyright protected* ad opera dei propri utenti.»

<sup>16</sup> Cfr. STEFANIA ERCOLANI, *Il diritto d'autore e i diritti connessi*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 319 ss. «La distribuzione digitale di opere e materiali protetti si può effettuare su scala commerciale solo mettendo in funzione sistemi per la gestione dei diritti basati su applicazioni informatiche. I sistemi di gestione finora ipotizzati si basano essenzialmente sull'apposizione delle misure tecnologiche di controllo dell'accesso e/o dell'uso, in combinazione con i sistemi elettronici per l'identificazione delle opere e dei materiali protetti da diritti connessi.»

<sup>17</sup> R.CASO, *Digital Right Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Cedam, Padova, 2004 «Nell'accezione più ampia DRM denota sistemi tecnologici in grado di definire, gestire, tutelare e accompagnare le regole di accesso e di utilizzo su contenuti digitali.»

<sup>18</sup> Cfr. STEFANIA ERCOLANI, *Il diritto d'autore e i diritti connessi*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 319 ss. «Si tratta di una risposta tutt'altro che esauriente considerando che alla moltiplicazione delle modalità di accesso, fruizione e riproduzione delle opere ancora non corrispondono in concreto sistemi tecnologici di controllo affidabili. L'industria culturale sta effettuando investimenti ingenti per lo sviluppo di misure e dispositivi in grado di controllare l'accesso alle opere o di impedirne la copia non autorizzata, investimenti che finora non sempre hanno dato i risultati sperati.»

tecnologicamente protetta e di conseguenza prevenire il compimento di attività non autorizzate. L'attribuzione a queste misure tecnologiche di protezione di una specifica tutela giuridica ha sollevato numerose criticità<sup>19</sup> sulla legittimità di questo tipo di soluzione normativa<sup>20</sup>, infatti nella pratica è stato difficile pensare un sistema di controllo e gestione delle opere online perfettamente funzionante<sup>21</sup>.

Il primo riconoscimento normativo internazionale di una tutela delle misure tecnologiche apposte dai titolari dei diritti è avvenuto con i due trattati WIPO: il WPPT<sup>22</sup> ed il WCT<sup>23</sup> del 1996, recepiti negli USA nel 1998 con il *Digital Millennium Copyright Act (DMCA)* che ha modificato la *US Copyright Law* prevedendo nella prima parte della *Section 1201* un divieto assoluto di elusione delle misure tecnologiche con la funzione di controllo dell'accesso<sup>24</sup> e un divieto di produzione e commercializzazione di apparecchiature che permettono tale elusione; nella seconda parte della *Section 1201* è invece previsto il divieto, relativo,<sup>25</sup> di produzione e commercializzazione di

---

<sup>19</sup> Provenienti in particolar modo dalle associazioni culturali (Es. Biblioteche e istituzioni universitarie) e di categoria, tra cui: L'eccessiva limitazione dei diritti spettanti agli acquirenti di prodotti digitali, l'impossibilità di impedire la circolazione di opere in formati non protetti, la possibilità per gli utenti della rete di trasporre i file dal formato digitale in formato analogico, l'ingente dimensione degli investimenti necessari per la creazione ed il mantenimento dei programmi, inoltre la diffusione di sistemi tecnologici di protezione anziché incentivare il consumatore verso l'offerta legale di contenuti protetti potrebbe avere l'effetto contrario nella misura in cui essi vadano a compromettere la qualità dei file o la velocità delle trasmissioni.

<sup>20</sup> Questa tutela è stata definita anche come *Paracopyright o Pseudocopyright* (<https://en.wikipedia.org/wiki/Paracopyright>)

<sup>21</sup> Come dimostra il fallimento del progetto *Secure Digital Music Initiative (SDMI)*. Per approfondimenti consulta il seguente indirizzo: <http://cyber.law.harvard.edu/property/MP3/sdmi.html>

<sup>22</sup> «The WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) deals with the rights of two kinds of beneficiaries, particularly in the digital environment: (i) performers (actors, singers, musicians, etc.); and (ii) producers of phonograms (persons or legal entities that take the initiative and have the responsibility for the fixation of sounds).» <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/>

<sup>23</sup> «Wipo Copyright Treaty is a special agreement under the Berne Convention which deals with the protection of works and the rights of their authors in the digital environment. In addition to the rights recognized by the Berne Convention, they are granted certain economic rights. The Treaty also deals with two subject matter to be protected by copyright: computer programs, whatever the mode or form of their expression; and compilation of data or other material.» <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/>

<sup>24</sup> Cfr. *Section 1201(a), Digital Millennium Copyright Act, 1998, U.S. Copyright Office*: «No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title »

<sup>25</sup> Questa distinzione sta a significare che, in assenza di un divieto assoluto come quello previsto nella prima parte della *Section 1201*, l'attività di elusione delle misure anticopia sia

apparecchiature che favoriscono l'aggiramento di misure anticopia. Le disposizioni volte a legittimare l'adozione di informazioni elettroniche sul regime dei diritti sono disciplinate nella *Section 1202*.

Nell'ordinamento europeo invece il principale riferimento è dato dalla direttiva 2001/29/CE cd «InfoSoc» la quale richiede una «protezione giuridica armonizzata contro l'elusione di efficaci misure tecnologiche e contro la fornitura di dispositivi e prodotti o servizi a tal fine[...] senza tuttavia impedire il normale funzionamento delle attrezzature elettroniche ed il loro sviluppo tecnologico»<sup>26</sup>. A questo argomento è interamente dedicato il III Capo della direttiva che all'art. 6 comma 3 definisce le «misure tecnologiche efficaci» come quelle in cui l'uso dell'opera o di altro materiale protetto sia controllato dai titolari tramite l'applicazione di un controllo di accesso o di un procedimento di protezione, quale la cifratura, la distorsione o qualsiasi altra trasformazione dell'opera o di altro materiale protetto, o di un meccanismo di controllo delle copie, che realizza l'obiettivo di protezione» mentre l'art. 7 disciplina la tutela dei cd. «Tatuaggi elettronici»<sup>27</sup>.

Queste definizioni sono state poi recepite anche all'interno dell'ordinamento italiano con il D.lgs. 9 aprile 2003, n.68 che ha introdotto all'interno della legge 633/1941 l'art. 102-quater, che prevede la possibilità di apporre le suddette «misure tecnologiche di protezione efficaci»<sup>28</sup> da parte dei titolari di diritti d'autore e diritti connessi e anche da parte dei costitutori di banche dati<sup>29</sup>; e l'art.102-quinquies, il quale disciplina l'apposizione di informazioni elettroniche sul regime dei diritti<sup>30</sup> da parte degli stessi soggetti legittimati ad apporre le misure tecnologiche.

---

da considerarsi illecita solo nell'ipotesi in cui costituisca anche violazione delle norme sul Copyright.

<sup>26</sup> Cfr. Quarantasettesimo e quarantottesimo considerando della 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 (G.U. n.167 del 22 Giugno 2001)

<sup>27</sup> Consentono di individuare il titolare dei diritti sull'opera, il distributore e ogni altra informazione utile. Es. *Watermarking*

<sup>28</sup> Ex art. 102-quater L.d.A. le misure tecnologiche efficaci comprendono: «Tutte le tecnologie, i dispositivi o i componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti.»

<sup>29</sup> Per i diritti dei costitutori di banche dati vedi art. 102-bis L.d.A.

<sup>30</sup> Se le misure tecnologiche hanno la funzione di evitare l'accesso o la copia dell'opera intellettuale, le informazioni elettroniche ex art. 102-quinquies L.d.A. «identificano l'opera o il materiale protetto nonché l'autore o qualsiasi altro titolare dei diritti. Tali informazioni possono contenere anche indicazioni circa i termini o le condizioni d'uso dell'opera o dei

### **1.1) Le eccezioni e limitazioni in tema di opere tecnologicamente protette**

Il paragrafo 4 dell'articolo 6 della direttiva garantisce l'applicabilità alle opere digitali tecnologicamente protette di alcune specifiche «eccezioni e limitazioni» ai diritti d'autore e connessi elencate dall'articolo 5 della direttiva, tra cui: eccezioni per riproduzioni delle biblioteche accessibili al pubblico, riproduzioni per uso didattico o di ricerca, riproduzioni degli organismi di radiodiffusione e radiotelevisive effettuate da istituzioni sociali pubbliche, utilizzazioni a favore di portatori di handicap e per esigenze di pubblica sicurezza. Il comma 4 dell'art 6 dispone inoltre che gli Stati membri debbano emettere provvedimenti nel caso in cui i titolari non mettano a disposizione dei beneficiari che abbiano l'accesso legale alle opere protette i mezzi per fruire delle eccezioni. La direttiva però non specifica esattamente in cosa devono concretizzarsi questi provvedimenti, lasciando alla discrezionalità degli Stati l'individuazione del metodo più consono. Nell'ordinamento italiano in tema di eccezioni relative alle opere tecnologicamente protette il D.lgs. 68/2003 ha introdotto l'art. 71-quinquies che prevede «l'obbligo di rimozione delle misure tecnologiche di cui all'art. 102-quater per consentire l'utilizzo delle opere o dei materiali protetti dietro richiesta dell'autorità competente, per fini di sicurezza pubblica o per assicurare il corretto svolgimento di un procedimento amministrativo, parlamentare o giudiziario»<sup>31</sup>. Al comma 2 del medesimo articolo viene sancito che, su espressa richiesta dei beneficiari, se essi hanno acquisito il possesso legittimo dell'opera o materiale protetto, i titolari dei diritti devono consentire l'esercizio delle eccezioni previste negli artt. 55,68,69,70,71-bis e 71-quater «anche mediante la stipula di accordi con associazioni di categoria rappresentative dei beneficiari». Queste associazioni possono svolgere trattative con le associazioni di categoria dei titolari dei diritti e nel caso in cui non si trovi un accordo tra i titolari dei diritti che hanno apposto sulle proprie opere misure tecnologiche di protezione e i soggetti che, avendo acquisito il legittimo possesso dell'opera, intendano

---

materiali, nonché qualunque numero o codice che rappresenti le informazioni stesse o altri elementi di identificazione»

<sup>31</sup> Art. 71-quinquies L.d.A.

riprodurla beneficiando del regime delle eccezioni previsto dalla legge, le parti possono rivolgersi al Comitato Consultivo Permanente per il diritto d'autore<sup>32</sup> istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, per una richiesta di tentativo di conciliazione obbligatorio secondo il procedimento disciplinato dall'art. 194 L.d.A.

Nonostante con il recepimento della direttiva siano state introdotte nella legge sul diritto di autore specifiche sanzioni per l'elusione delle misure di protezione<sup>33</sup> restano gravi problemi di ordine pratico, sia in merito all'effettivo livello di protezione che queste misure garantiscono alle opere dell'ingegno distribuite digitalmente, sia perché il diffondersi di misure tecnologiche di protezione anziché incentivare il consumatore verso l'offerta legale di contenuti protetti potrebbe avere l'effetto contrario nella misura in cui essi vadano a compromettere la qualità o la velocità dell'utilizzo da parte dei fruitori dotati di un regolare contratto di acquisto.<sup>34</sup>

Inoltre in dottrina si è molto discusso se l'attuazione delle norme che tutelano le misure tecnologiche di protezione contro l'accesso non autorizzato abbia portato all'indiretto riconoscimento di un nuovo diritto in capo agli autori: il diritto di controllare l'accesso alle proprie opere. Ad originare il dibattito è proprio la duplice natura dell'opera dell'ingegno, che come abbiamo visto può esprimersi in forma materiale o digitale. L'apposizione di queste misure di protezione all'interno di esemplari fisici, permette al titolare dei diritti di continuare a controllare l'accesso nei confronti degli utenti anche dopo il regolare acquisto di una copia dell'opera riprodotta su un supporto fisico, comprimendo così i diritti spettanti al legittimo acquirente. Per questo motivo, a tutela dei diritti dei legittimi fruitori, intervengono le norme in tema di eccezioni e limitazioni previste dai primi due commi dell'articolo 71-quinquies.

---

<sup>32</sup> Art. 190 L.d.A. «E' istituito presso la presidenza del consiglio dei ministri un comitato consultivo permanente per il diritto di autore. Il comitato provvede allo studio delle materie attinenti al diritto di autore o ad esso connesse e da pareri sulle questioni relative quando sia richiesto dal Presidente del Consiglio dei Ministri o quando sia prescritto da speciali disposizioni. Il comitato esperisce il tentativo di conciliazione di cui all'articolo 71-quinquies, comma 4»

<sup>33</sup> Art. 171-ter L.d.A. anch'esso modificato con il D.lgs 68/2003

<sup>34</sup> P. ATTIVISSIMO, *I cd della Sony infettano windows* nel Blog *Il disinformatico*, Novembre 2015, consultabile al seguente indirizzo: <https://attivissimo.blogspot.it/2005/11/ixt-i-cd-della-sony-infettano-windows.html> L'A. racconta nel dettaglio un episodio del 2005 che ha visto come protagonista in negativo la Sony, che aveva apposto nei suoi CD delle misure di protezione anti-copia che causavano delle vulnerabilità nel sistema operativo Windows.

Al contrario, l'apposizione di suddette misure alle opere messe a disposizione del pubblico in rete<sup>35</sup> consente all'autore di impedire un accesso illimitato alla propria opera, una volta che questa sia stata messa a disposizione del pubblico in rete. Un potere che trova il suo fondamento nella crescente esigenza di fornire ai titolari dei diritti strumenti di controllo per bilanciare la nascita di servizi di diffusione illegali che la rete mette a disposizione degli utenti. Quest'ultima riflessione assume particolare importanza anche alla luce del crescente sviluppo del formato digitale, destinato nel lungo periodo a prevaricare il formato fisico. Il difficile rapporto tra il diritto degli autori di tutelare le proprie opere e il diritto di libero accesso alle informazioni va considerato come il nodo cruciale nel percorso di adattamento del diritto d'autore alle potenzialità diffusive proprie della società dell'informazione. Se la previsione di un diritto di controllo dell'accesso diventa fondamentale per consentire ai titolari dei diritti di distribuire l'opera digitalmente attraverso mercati legali, questo diritto non deve pregiudicare l'esercizio di attività legittime da parte del fruitore, stabilite dal regime delle eccezioni e limitazioni in forma collettiva o individuale.

Non dobbiamo fare l'errore di analizzare la questione da un solo punto di vista e ricordarci di considerare i lati positivi derivanti dalla circolazione delle opere tramite internet.

La diffusione della conoscenza non favorisce solo la crescita economica ma anche e soprattutto la crescita sociale della comunità nel suo complesso<sup>36</sup>. In quest'ottica la risposta normativa più efficace dovrebbe consistere nella creazione di nuove norme in grado di incentivare il consumo legale delle opere digitali. Magari tramite lo sviluppo di nuove forme contrattuali che possano bilanciare quello squilibrio di potere negoziale che è andato creandosi tra il consumatore e il produttore e distributore di contenuti digitali.

---

<sup>35</sup> Per i materiali diffusi in rete la norma introduce una disciplina differente in quanto al terzo comma dell'articolo 71-quinquies, viene previsto che: « I titolari dei diritti non sono tenuti agli adempimenti di cui al comma 2 in relazione alle opere o ai materiali messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno vi possa avere accesso dal luogo o nel momento scelto individualmente, quando l'accesso avvenga sulla base di accordi contrattuali.»

<sup>36</sup> La primaria funzione del diritto d'autore infatti è proprio quella educativa e sociale. Da sempre nella storia dell'umanità la creatività ha rappresentato il principale propulsore dello sviluppo e dell'apprendimento ed in quanto tale va tutelata. Già nel 1709 quando la regina Anna d'Inghilterra emanò il famoso *Statute of Anne*, con il quale venne sancito per la prima volta nella storia il diritto esclusivo in capo agli autori di stampare le loro opere inedite, esso venne definito infatti come "*An act for the encouragement of learning*".

Su questo tema uno spunto di analisi molto interessante è dato dall'art. 6, comma 4, par.4 della direttiva InfoSoc nel quale sembra che il legislatore comunitario abbia voluto innescare un meccanismo premiale nei confronti delle strutture informatiche adibite ad agevolare l'incontro tra il consumatore e l'offerta legale di contenuti digitali *on demand*: «Le disposizioni di cui al primo e secondo comma del presente paragrafo non si applicano a opere o altri materiali a disposizione del pubblico sulla base di clausole contrattuali conformemente alle quali i componenti del pubblico possono accedere a dette opere e materiali dal luogo e nel momento scelti individualmente.»<sup>37</sup> Quindi per i contenuti protetti resi disponibili in modo tale che ciascun utente possa accedervi dal luogo e momento desiderato, mediante appositi accordi contrattuali, gli Stati membri non hanno alcun obbligo di intervenire al fine di consentire la fruizione delle eccezioni. La maggioranza della dottrina è molto critica circa la formulazione della norma, perché un'interpretazione letterale della stessa sembrerebbe porre gli editori che offrono servizi *on demand* in una «posizione monopolistica»<sup>38</sup> rispetto alla circolazione dei contenuti protetti coperti da diritti esclusivi, andando di fatto ad acuire la già grande disparità di potere contrattuale tra consumatori e fornitori di servizi online<sup>39</sup>.

Oggi le imprese che offrono servizi digitali su richiesta vivono il loro periodo di massima crescita, in particolar modo nel settore della musica digitale e

---

<sup>37</sup> Art. 6 direttiva InfoSoc paragrafo 4 comma 4

<sup>38</sup> F. DE SANTIS, Rivista di diritto industriale, Giuffrè, 2013, fasc. 2 pag. 118 «In tal modo si giungerebbe ad una privatizzazione della conoscenza scientifica racchiusa in opere disponibili soltanto in rete dal momento che l'opera protetta costituirebbe l'unica fonte di accesso all'informazione richiesta. Sembra quindi venire meno ogni possibilità di contemperare la tutela delle opere in rete con l'accesso ai contenuti e la loro libera circolazione. Il tutto evidentemente a vantaggio degli editori che si verrebbero a trovare in una posizione monopolistica rispetto alla commercializzazione dell'opera e all'informazione in essa contenuta. Forse provvedimento realmente adeguato ai sensi della direttiva sarebbe stato l'introduzione di un divieto di applicare misure tecnologiche di protezione che impediscono utilizzazioni che secondo previsione di legge devono essere libere ad esclusione di tutti i casi in cui l'utente intenda eludere un dispositivo di protezione per fini di mero intrattenimento per i quali la prevalenza dell'interesse dei titolari dei diritti ad attuare l'*enforcement* può ritenersi giustificata.»

<sup>39</sup> R.CASO, *Digital Right Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Cedam, Padova, 2004 p.165-166 «Si noti che sia la formulazione della norma del comma 4 dell'art. 6.4, sia quella del "considerando" n. 53, se interpretate alla lettera, non richiedono nemmeno un'esplicita deroga contrattuale alle eccezioni e limitazioni applicabili alle misure tecnologiche. Qualora ci si attenesse a questa interpretazione letterale, la norma suonerebbe davvero come un premio immotivato alle imprese che distribuiscono contenuti digitale in forma *on demand*».

nell'audiovisivo, dove vanno riscontrando il pieno gradimento dei consumatori, ai quali viene assicurato un servizio efficiente a costi molto ridotti. Il successo di questi sistemi di *streaming on demand* deriva da una disponibilità vastissima di contenuti, accompagnata da offerte personalizzate studiate sulle preferenze dei singoli utenti. Nonostante il raggiungimento di numeri impressionanti di abbonamenti<sup>40</sup>, questo modello di *business* presenta ancora gravi problemi, specialmente riguardo alla remunerazione dei titolari dei diritti che diffondono le proprie opere tramite questo tipo di servizi; se andiamo a vedere, infatti, i conti delle due maggiori piattaforme di *streaming on demand* alla fine del 2015, possiamo notare come entrambe abbiamo registrato ingenti perdite<sup>41</sup>. Ciò dimostra che lo sviluppo di nuovi modelli di distribuzione deve necessariamente essere sorretto da grandi investimenti economici, che vanno incentivati mediante una normativa che sia in grado di fornire le massime tutele agli operatori del settore, anche se questo comporta la compressione del regime di eccezioni e limitazioni del diritto d'autore e l'esclusione dal mercato di tutte quelle realtà imprenditoriali che non sono in grado di sostenerli. Un'esclusione giustificata dalla duplice necessità di assicurare all'utente un'offerta per lui qualitativamente e quantitativamente sufficiente ad invogliarlo ad abbandonare gli strumenti di pirateria informatica, e di garantire agli artisti una remunerazione soddisfacente che rappresenti una reale valorizzazione del proprio lavoro.

Alla luce di quanto appena detto, seppur risulta ancora difficilmente comprensibile la previsione dell'inapplicabilità delle eccezioni finalizzate ad un uso didattico dei contenuti di carattere scientifico, i recenti sviluppi giustificano in parte la previsione del legislatore comunitario, al quale va dato il merito ( o la fortuna) di aver compreso la grande potenzialità dei servizi *on demand* per incentivare i consumatori verso l'offerta legale di contenuti

---

<sup>40</sup> Ad esempio negli ultimi anni abbiamo assistito alla diffusione capillare di piattaforme di streaming come Netflix e Spotify, che hanno registrato nel secondo trimestre dell'anno 2016 rispettivamente 83 e 100 milioni di utenti.

<sup>41</sup> Come riportato da G.MOSCA, *Spotify va alla grande ma resta in perdita* nella rivista *Wired*, 26 Maggio 2016, consultabile all'indirizzo: <http://www.wired.it/economia/business/2016/05/26/introiti-spotify/> (Consultato il 1 Agosto 2016) «Alla chiusura dell'ultimo trimestre del 2015 Spotify ha registrato una perdita di 184,5 milioni di dollari, nonostante una crescita del 6,7% rispetto al 2014.»

Come riportato da S.COSIMI, *Netflix, gli abbonati sono meno del previsto* nella rivista *Wired*, 19 Luglio 2016, consultabile all'indirizzo: <http://www.wired.it/economia/business/2016/07/19/netflix-conti/> (Consultato il 1 Agosto 2016) «Il *cash flow* di Netflix ammonta a 254 milioni di dollari»

digitali, anche tramite la previsione di nuovi modelli contrattuali. Esigenza quest'ultima da considerarsi prioritaria.

La compressione del regime di eccezioni e limitazioni si rende necessaria dal momento che il sistema delineato dalla Direttiva «InfoSoc» rappresenta un sistema chiuso, nel quale le eccezioni e limitazioni sono elencate esaustivamente, una soluzione più semplice sarebbe quella di adottare in futuro modelli di eccezioni più flessibili. In realtà, siccome non tutte le eccezioni contenute nell'articolo 5 della direttiva devono essere recepite obbligatoriamente all'interno degli Stati membri, all'interno degli ordinamenti nazionali viene mantenuto un elevato grado di flessibilità. Un esempio è dato dalla trasposizione della norma nell'ordinamento italiano, nel quale l'argomento è affrontato dall'art. 71-nonies L.d.A., che apre la terza ed ultima sezione del capo V, dedicata alle disposizioni comuni, che così dispone: «Le eccezioni e limitazioni disciplinate dal presente capo e da ogni altra disposizione della presente legge, quando sono applicate ad opere o ad altri materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelto individualmente, non devono essere in contrasto con lo sfruttamento normale delle opere o degli altri materiali, né arrecare un ingiustificato pregiudizio agli interessi dei titolari»<sup>42</sup>.

Da ultimo, per quanto riguarda la limitazione costituita dalla cd. copia privata, che prevede che gli acquirenti di un esemplare di un'opera abbiano diritto a creare una copia per utilizzo personale dell'opera in loro possesso, essa viene lasciata dalla Direttiva InfoSoc alla discrezionalità dei legislatori nazionali. Nell'ordinamento italiano il rapporto tra l'applicazione di misure tecnologiche e le copie private è disciplinato nell'articolo 71-sexies<sup>43</sup> che non

---

<sup>42</sup> Questa impostazione è da preferirsi a quella riscontrata nel par. 4 dell'art. 6 perché qui non abbiamo una vera e propria compressione del regime delle eccezioni come nella norma comunitaria, bensì l'applicazione di un sistema più flessibile. Come riporta T. MARGONI, *Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore in Internet*, Trento *Law and Technology Research Group*, Research Paper n. 9, 2012 «Esso introduce nell'impianto normativo italiano dedicato alle eccezioni e limitazione al diritto d'autore una norma che ricalca il *Three Step Test*, limitandolo tuttavia alle sole opere offerte on-demand. Dunque il *Three Step Test* si applica, secondo la lettera della L.d.A., solo alle eccezioni relative ad opere offerte on-demand (ex art. 71-nonies), nonché ai casi specificamente previsti.»

<sup>43</sup> Art. 71-sexies l.d.a. «È consentita la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi su qualsiasi supporto, effettuata da una persona fisica per uso esclusivamente personale, purché senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali, nel rispetto delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-quater.

prevede alcuna eccezione per i contenuti protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, infatti sancisce che «La riproduzione non può essere effettuata da terzi e non si applica alle opere o ai materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, quando l'opera è protetta dalle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-quater ovvero quando l'accesso è consentito sulla base di accordi contrattuali.»

Il quadro normativo che deriva dall'analisi delle norme europee e nazionali risulta, a modesto parere di chi scrive, eccessivamente articolato. Per raggiungere l'auspicato contemperamento tra protezione tecnologica delle opere dell'ingegno e libero accesso alle informazioni si dovrà pensare ad un sistema di norme più attuale e che garantisca una maggiore flessibilità, in ragione soprattutto della velocità con cui la tecnologia sta cambiando la natura stessa delle opere dell'ingegno, tramite nuovi metodi telematici con i quali possono essere riprodotte e distribuite le cd opere multimediali, cioè quella categoria di opere che sono accumulate dall'utilizzo dello strumento digitale come mezzo di fruizione delle stesse<sup>44</sup>. Nei paragrafi successivi saranno elencate le nuove forme espressive che possono assumere le opere multimediali.

## **1.2) Editoria elettronica**

Per analizzare il fenomeno dell'editoria elettronica dobbiamo partire dal concetto di libro elettronico (*e-book*). Nel suo significato più semplice, un *e-*

---

La riproduzione non può essere effettuata da terzi e non si applica alle opere o ai materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, quando l'opera è protetta dalle misure tecnologiche di cui all'articolo 102- quater ovvero quando l'accesso è consentito sulla base di accordi contrattuali.

Fatto salvo quanto disposto dal comma precedente, i titolari dei diritti sono tenuti a consentire che, nonostante l'applicazione delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-quater, la persona fisica che abbia acquisito il possesso legittimo di esemplari dell'opera o del materiale protetto, ovvero vi abbia avuto accesso legittimo, possa effettuare una copia privata, anche solo analogica, per uso personale, a condizione che tale possibilità non sia in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechi ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti».

<sup>44</sup> All'interno vi sono ricomprese forme espressive diverse che non sono singolarmente contemplate dalla l. 633/41 ma solitamente vengono ricondotte dalla dottrina nei parametri delle opere collettive o composte.

*book* (abbreviazione di *electronic-book*) è un file contenente parole e immagini che possono essere lette su un computer o su un altro dispositivo elettronico.<sup>45</sup> Il libro elettronico è stato oggetto di numerose critiche da parte di chi vedesse nel diffondersi delle nuove modalità telematiche di lettura la morte del formato cartaceo, destinato sempre di più ad essere accantonato dalle nuove generazioni, ma al contrario è stato accolto con favore da coloro in grado di capirne le grandissime potenzialità di crescita e di diffusione della cultura<sup>46</sup>. Tant'è che oggi le due realtà convivono pacificamente, il settore dell'*e-book*, per quanto sia in costante crescita, rappresenta ancora una piccola fetta rispetto all'intero mercato editoriale<sup>47</sup>. In linea generale si è riscontrata la tendenza da parte degli acquirenti di libri in formato digitale ad utilizzarli prevalentemente per finalità di consultazione, preferendo comunque acquistare anche la versione cartacea. Per la lettura degli *e-book*, oltre al formato per il computer, sono anche stati ideati appositi strumenti chiamati *e-book reader*<sup>48</sup> come ad esempio il *Kindle*, prodotto da Amazon.

Dal punto di vista normativo alle opere letterarie diffuse su internet si estende la normativa applicabile alle opere diffuse su carta. Nella definizione di prodotto editoriale<sup>49</sup> prevista dall'articolo 1 della legge n. 62/2001 vengono

---

<sup>45</sup> Definizione tratta da *Ebook Lab Italia, Che cos'è un e-book?* Consultabile al seguente indirizzo: <http://www.ebooklabitalia.com/ebook-faq/che-cosa/> ( Consultato a Giugno 2016) «Per *e-book* si intende comunemente uno specifico tipo di file, espressamente ideato per essere aperto da uno specifico computer o da altri dispositivi elettronici. L'unica differenza tra un file di testo e un *e-book* è che un *e-book* è molto più lungo. In effetti, un *e-book* è un file contenente le stesse parole che trovereste su un libro stampato, ma è fatto per essere letto su computer o tablet tramite uno specifico dispositivo o applicazione. Questa semplice definizione si complica in quanto esistono diverse società che vendono *e-book*. Molte delle più importanti mirano a monopolizzarne la vendita, per avere la certezza che gli *e-book* acquistati presso di loro non possano essere letti da nessun altro dispositivo o applicazione.»

<sup>46</sup> Cfr. A.SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore*, Maggioli, 2014, p 156

<sup>47</sup> Ufficio Studi AIE, *Rapporto sullo stato dell'editoria in Italia 2015. La sintesi*, Ottobre 2015. Consultabile al seguente indirizzo: [http://www.aie.it/Portals/default/Skede/Allegati/Skeda105-3554-2015.10.13/3\\_Rapporto2015\\_LaSintesi.pdf](http://www.aie.it/Portals/default/Skede/Allegati/Skeda105-3554-2015.10.13/3_Rapporto2015_LaSintesi.pdf)

Secondo il Rapporto dell'Associazione Italiana Editori del 2015 sullo stato dell'editoria in Italia L'insieme del digitale rappresenta oggi il 9,4% del mercato. Anche se si tratta di stime difficilmente calcolabili in quanto Amazon non ha reso reperibili i dati sul numero effettivo di download di e-book.

<sup>48</sup> Gli *e-book reader* sono supporti simili a *tablet* che tramite la tecnologia *touch* offrono tutte le possibilità di un libro tradizionale, come ad esempio quella di girare le pagine multimediali o posizionare un segnalibro, insieme ad altre nuove funzionalità come ad esempio la possibilità di effettuare la ricerca per parole chiave all'interno del libro.

<sup>49</sup> Art. 1 l. 62/2001 «Prodotto realizzato su supporto cartaceo, ivi compreso il libro, o su supporto informatico, destinato alla pubblicazione o comunque alla diffusione di

inseriti anche i supporti informatici insieme a quelli cartacei. Questa norma consente anche di equiparare l'attività di informazione praticata su siti web alle testate giornalistiche vere e proprie: «Al prodotto editoriale si applicano le disposizioni di cui all'articolo 2 della legge 8 febbraio 1948 n. 47. Il prodotto editoriale diffuso al pubblico con periodicità regolare e contraddistinto da una testata, costituente elemento identificativo del prodotto, è sottoposto altresì agli obblighi previsti dall'articolo 5 della medesima legge in materia di registrazione delle testate periodiche».<sup>50</sup>

Oltre ad Amazon, a partire dal 2004 il protagonista assoluto della "digitalizzazione" delle opere letterarie è stato *Google*. Con la nascita del sistema "*Google Books*" e del "*Library Project*" tramite il colosso di *Mountain View* ha messo a disposizione sul proprio motore di ricerca un'enorme quantità di libri in formato digitale, di cui molti coperti da copyright. I lettori possono consultare questo database tramite la ricerca per parole chiave e avere accesso alla lettura di alcuni frammenti di testo (c.d. *snippets*). Questo tipo di attività è stato oggetto di una disputa durata diversi anni tra Google e *l'Authors Guild of America*,<sup>51</sup> che nel 2005 ha proposto una *class action* con l'obiettivo di bloccare a Google l'esercizio dell'attività di digitalizzazione sostenendo che «*this case represents an unprecedented judicial expansion of the fair-use doctrine that threatens copyright protection in the digital age.*». Google ha risposto alle accuse sostenendo che la propria condotta rientrasse nei limiti previsti dal *fair use*<sup>52</sup> ed in quanto tale non aveva

---

informazioni presso il pubblico con ogni mezzo anche elettronico, o attraverso la radiodiffusione sonora o televisiva, con esclusione dei prodotti discografici o cinematografici»

<sup>50</sup> Art. 1 l. 62/2001, terzo comma

<sup>51</sup> Per un'analisi dettagliata del caso in esame vedi F. LA ROCCA, *Limiti ed eccezioni al diritto d'autore* in *Rivista di diritto industriale*, Giuffrè, 2016, pp. 342 ss. «La sentenza annotata prende in esame la problematica dei limiti e delle eccezioni al diritto d'autore americano, ossia il tema delle libere utilizzazioni, cioè di quelle utilizzazioni delle opere protette dal diritto d'autore per le quali non è necessario il consenso del titolare. Nel caso di specie, la Corte d'appello del *Second Circuit* è stata chiamata a giudicare se i progetti di *Google Library Project* e *Google Books*, volti a digitalizzare libri ancora coperti dal diritto d'autore al fine di renderne disponibili alcuni frammenti (c.d. *snippets*) via internet senza richiedere di volta in volta il consenso degli scrittori e degli editori, violassero i loro diritti o se tali attività dovessero considerarsi lecite in quanto rientranti nel concetto di *fair use*. La corte è giunta alla conclusione che, l'uso delle opere dell'ingegno, se nuovo e trasformativo, costituisce una libera utilizzazione, in quanto incentiva la pubblica conoscenza e non rappresenta un'elaborazione sostitutiva o concorrente dell'opera originaria»

<sup>52</sup> *Ibidem*. Negli Stati Uniti «l'eccezione di *fair use* permette ai giudici di evitare la rigida applicazione del diritto d'autore quando questa comporterebbe il soffocamento della

commesso nessuna violazione del *copyright*. Dopo vari tentativi di accordo tra le parti la questione è stata recentemente rigettata dalla Suprema Corte degli Stati Uniti<sup>53</sup>, che ha confermato la sentenza del 16 Ottobre 2015 della Corte di appello con la quale è stato definitivamente stabilito che Google ha operato nei limiti previsti dal *fair use* per le seguenti motivazioni: « *Google's unauthorized digitizing of copyright-protected works, creation of a search functionality, and display of snippets from those works are non-infringing fair uses. The purpose of the copying is highly transformative, the public display of text is limited, and the revelations do not provide a significant market substitute for the protected aspects of the originals. Google's commercial nature and profit motivation do not justify denial of fair use. Google's provision of digitized copies to the libraries that supplied the books, on the understanding that the libraries will use the copies in a manner consistent with the copyright law, also does not constitute infringement. Nor, on this record, is Google a contributory infringer.*»<sup>54</sup>

### 1.3) La musica digitale

Il modo di ascoltare la musica è cambiato per sempre a cavallo dell'anno duemila con la nascita di Napster, un sistema di *file sharing*<sup>55</sup> funzionante mediante la tecnologia *peer-to-peer*<sup>56</sup>, che mettendo a disposizione un sistema

---

creatività che è proprio quello che la legge deve promuovere.» Per determinare se l'uso di un'opera rientri in quelli legittimi è necessario considerare lo scopo dell'uso, la natura dell'opera, la quantità dell'opera riprodotta e l'impatto nel mercato. Questo istituto non fa parte dell'ordinamento italiano, dove è previsto un regime restrittivo delle libere utilizzazioni che devono essere tipizzate. Perlopiù sono concesse a fini di cronaca o di ricerca.

<sup>53</sup> Come riportato da A. LIPTAK; A. ALTER, *Challenge to Google Books Is Declined by Supreme Court in New York Times*, 18 Aprile 2016. Consultabile al seguente indirizzo: [http://www.nytimes.com/2016/04/19/technology/google-books-case.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2016/04/19/technology/google-books-case.html?_r=0) (Consultato a Luglio 2016)

<sup>54</sup> *United States Court of appeal for the second circuit No. 13-4829 Authors Guild v. Google Inc. October 16, 2015* (<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/13-4829/13-4829-2015-10-16.html>)

<sup>55</sup> Consiste nella condivisione di file tramite computer tra loro connessi.

<sup>56</sup> Con il termine *peer-to-peer* (P2P) (rete paritaria) si intende un modello di architettura logica di rete informatica in cui i nodi non sono gerarchizzati sono forma di client o server fissi ma sotto forma di nodi equivalenti o paritari (*peer*) che possano fungere da server o

di server centrali che mantenevano la lista dei sistemi connessi e dei file condivisi, permetteva agli utenti di condividere file musicali tra loro. Con i suoi 80 milioni di utenti registrati tra il 1999 e il 2001 questo software rivoluzionario ha cambiato definitivamente il modo di percepire e di utilizzare Internet, fino ad allora visto da molti come una tecnologia troppo complessa per essere utilizzata per compiere azioni semplici come scambiarsi la musica. Napster raggiunse il suo massimo picco di popolarità nel Febbraio del 2001 ma dopo poco tempo si susseguirono numerosi contenziosi giudiziari<sup>57</sup> dovuti alle ripetute violazioni del copyright che portarono il servizio alla chiusura entro il luglio dello stesso anno.<sup>58</sup> Nonostante abbia avuto vita breve Napster ha lasciato un segno indelebile nell'industria musicale. Nei vari periodi le vendite di musica sono state storicamente caratterizzate dall'uso di un formato di distribuzione prevalente sugli altri: prima esisteva il vinile, poi le audiocassette, i CD Rom ed infine i file mp3, resi popolari da Napster e trasferibili tramite internet con la tecnologia *peer-to-peer*. Così l'industria musicale capì di non poter più tornare indietro e nel 2002 diede inizio al processo di digitalizzazione dei contenuti musicali, sviluppando servizi di streaming e download che si proponevano di diventare una legittima alternativa attraverso la quale i consumatori potessero ottenere musica in formato digitale ma il cui funzionamento risultava ancora troppo farraginoso. Sony e Universal lanciarono *Pressplay* mentre Aol, Time Warner, Bertelsmann, EMI e Real Network lanciarono *Musicnet*, servizi che combinavano il *download* allo *streaming*. Entrambi andarono incontro ad un clamoroso fallimento tanto da essere annoverati tra i 25 peggiori prodotti digitali di tutti i tempi<sup>59</sup>. Uno dei maggiori problemi consisteva nel fatto che

---

client verso gli altri nodi terminali della rete (host) consentendo la condivisione dei file tra gli utenti.

<sup>57</sup> UNITED STATES DISTRICT COURT NORTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA, No. C 00-4068 MHP, *Metallica vs Napster*.

<sup>58</sup> B.KING, *The day the Napster died* nella rivista *Wired*, 15 Maggio 2002. Consultabile al seguente indirizzo: <http://www.wired.com/2002/05/the-day-the-napster-died/> (Consultato in data 13 Febbraio 2016) «*Youthful exuberance would soon give way to reality as the music industry placed a bull's-eye squarely on Napster. [...] Ninth Circuit U.S. District Judge Marilyn Hall Patel, was one of the first magistrates to come down against the technology. Patel's scathing rebuke in July 2000, in which she called Napster "a monster," issued the first of two injunctions that shuttered the service*».

<sup>59</sup> D. TYNAN, *The 25 worst tech products of all time* in *PCWorld*, 26 Maggio 2006. Consultabile al seguente indirizzo: [http://pcworld.com/article/125772/the\\_25\\_worst\\_tech\\_products\\_of\\_all\\_time.html](http://pcworld.com/article/125772/the_25_worst_tech_products_of_all_time.html) (Consultato il 25 gennaio 2016)

la musica proveniente da diversi artisti ed etichette musicali non era autorizzata ad essere distribuita attraverso un unico servizio digitale, rendendo di fatto impossibile per questi servizi la competizione contro la diffusione illegale di contenuti protetti. La direttiva InfoSoc in Europa ed il DMCA negli USA hanno dettato le basi da seguire per introdurre una legislazione che scoraggiasse la pirateria digitale e guidasse la domanda verso alternative legittime, specialmente tramite l'uso dei DRM, dimostratisi insufficienti per i motivi che abbiamo precedentemente analizzato<sup>60</sup>. Clayton M. Christensen nel 1997 descrisse efficacemente il processo di sviluppo della musica digitale: mentre le etichette discografiche incrementavano gli investimenti in tecnologie di protezione dei contenuti incorporati in formati fisici, la circolazione della musica in formato digitale via internet distruggeva il modello di business legato alla vendita dei supporti fisici stessi. Questo ha causato un rallentamento nella transizione dell'industria musicale verso il formato digitale.<sup>61</sup> In aggiunta alla legislazione sulla protezione dei DRM, volta a prevenire eventuali violazioni del diritto d'autore online, la direttiva europea di *enforcement*<sup>62</sup>, fu introdotta per individuare ex post eventuali autori di violazioni del diritto d'autore<sup>63</sup>. Ma lo sviluppo tecnologico e la crescente abilità dei consumatori a riprodurre e condividere la musica digitale in forma anonima ha dimostrato l'inefficienza di queste norme.

La commissione europea ha lanciato le consultazioni per la rivisitazione della normativa europea sul diritto d'autore nel 2013<sup>64</sup>, con lo scopo di creare un unico mercato digitale che sia in grado di adattarsi facilmente alle nuove forme di distribuzione e di utilizzo e di perseguire l'obiettivo di creare supporto ed innovazione raggiungendo il suo pieno potenziale nella promozione della crescita economica e la difesa della diversità culturale. Oggi

---

<sup>60</sup> Vedi supra, Cap. 1, nota 18

<sup>61</sup> C.CHRISTENSEN, *The innovator's dilemma: when the new technologies cause great firm to fail*, Harvard Business Review Press, 1997

<sup>62</sup> Direttiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale. 29 Aprile 2004

<sup>63</sup> Il quadro normativo europeo prevede già misure di esecuzione prontamente disponibili: per esempio la CGUE ha stabilito di recente che il titolare del diritto può avviare una procedura di infrazione nei confronti di un presunto contraffattore in qualsiasi stato membro

<sup>64</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Consultazioni pubbliche sulla revisione delle norme europee sul diritto d'autore*, 2013.

la musica digitale è diffusa prevalentemente tramite *streaming*<sup>65</sup>, che è aumentato di circa il 600% rispetto al 2009. Solo rendendo più facile l'acquisto legale di musica digitale si può avere un impatto negativo sulla pirateria informatica, ed i servizi di *streaming* come *Spotify*<sup>66</sup> (nonostante anche questi non siano esenti da critiche)<sup>67</sup> sono senza dubbio alcuno i più semplici da utilizzare per gli utenti e quindi anche i più adeguati per convincerli ad evitare di compiere attività di trasmissione illecite.<sup>68</sup> Quindi possiamo dire che sia l'introduzione di nuove misure di *enforcement* sia l'incremento della disponibilità legale di contenuti online tramite la diffusione di musica tramite servizi di streaming pur essendo due questioni distinte sono entrambe rilevanti per la creazione di un mercato unico digitale europeo<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> Nel 2014 i download sono diminuiti dell'8% mentre lo streaming musicale è aumentato del 39% secondo il rapporto IFPI del 2015

<sup>66</sup> Spotify è un servizio musicale che offre lo streaming on demand di una selezione di brani di varie case discografiche ed etichette indipendenti come Sony, EMI, Warner Music group e Universal. Fu lanciato nel 2008 dalla start up svedese Spotify AB. Da Wikipedia, consultabile al seguente indirizzo: <https://it.wikipedia.org/wiki/Spotify> (Consultato a Febbraio 2016)

<sup>67</sup> L. LEWIS, *The problem with Spotify* nella rivista *New Musical Express*, 11 Settembre 2009. Consultabile al seguente indirizzo: <http://www.nme.com/blogs/nme-blogs/the-problem-with-spotify> In questo articolo sono messi in evidenza i problemi del modello di business di Spotify dicendo che «la parte gratuita di Spotify sia insostenibile» e che se «Spotify vuole avere un futuro ha bisogno di un business percorribile». Queste affermazioni trovano il loro riscontro anche nei dati reali, infatti nonostante il grande successo (nel 2016 è arrivato a contare oltre 100 milioni di utenti registrati) nel corso degli anni Spotify ha ricevuto diverse critiche in quanto è stato accusato di non essere in grado di remunerare adeguatamente gli artisti indipendenti.

<sup>68</sup> AMERICAN ASSEMBLY, *Research on Infringement and Enforcement*, Novembre 2011. Come rilevato in un sondaggio nel Novembre 2011 il 30% degli intervistati ha dichiarato di aver compiuto su internet attività in violazione del copyright e tra questi il 46% ha dichiarato che la disponibilità di servizi streaming legali li ha disincentivati dal continuare a scaricare contenuti protetti illegalmente. Consultabile al seguente indirizzo: <http://piracy.americanassembly.org/wp-content/uploads/2011/11/AA-Research-Note-Infringements-and-Enforcement-November-2011.pdf> (Consultato in data Ottobre 2015)

<sup>69</sup> P. GUNTHER, *The Plan for a Digital Single Market in Europe and reforming EU Copyright rules to develop a market oriented approach to reduce infringement on the Internet* da *European Intellectual Property Review*, 2015: «However, for instance streaming music services have shown their potential for decreasing piracy and have, to some extent, displaced infringing activities by driving the demand for legal alternatives, which suggest that also market-based solution should be considered in this context in addition to copyright enforcement as the availability of legitimate commercial alternatives appears to have the potential address piracy issues by making legal services the most convenient way to access content. So, enforcement and improving the availability of legitimate content online-as happened with streaming music services- are distinct but intertwined issues that are relevant to creating a European digital single market, as both enabling legislation to facilitate offering legitimate commercial alternatives and legal remedies against infringements are needed to promote the functioning of digital markets. The EU copyright regulatory framework already provides readily available enforcement measures: for instance as the

Ulteriori passi verso il raggiungimento di questo obiettivo sono stati compiuti attraverso l’emanazione di una nuova Direttiva nel febbraio 2014<sup>70</sup> con lo scopo di armonizzare la gestione collettiva dei diritti d’autore e facilitare la concessione di licenze multi territoriali e multi repertorio per la musica online. Dell’argomento si parlerà in maniera più approfondita nel prossimo capitolo.<sup>71</sup>

#### **1.4) Le opere delle arti figurative**

«La riproduzione e la diffusione online di immagini contenenti opere dell’arte figurativa senza il consenso degli autori è illecita; la pubblicazione di tali immagini è consentita per periodi di tempo limitati e per scopi informativi; è esclusa l’interpretazione estensiva ed analogica dell’art 65 L.d.A. in tema di utilizzazioni libere e diritto di cronaca.»<sup>72</sup> Il dibattito sulla qualificazione giuridica degli atti di utilizzazione online delle immagini digitali è apertissimo in giurisprudenza, oggi più che mai la pubblicazione su internet di una di esse pone problemi di tutelabilità della stessa.<sup>73</sup>

---

*CJEU recently ruled, a right holder may bring infringement proceedings against an alleged infringer in any EU member State in which the allegedly infringing is made available online. However to date, for instance the failure to facilitate EU-wide cross-border licensing has negatively affected the availability of licensed service and hindered the creation of a european digital single market. Also, different kinds of enforcement measures should be considered. In addition to music, movies and other audiovisual content are accessed through unauthorised websites that make content illegally available for streaming or downloading. And those unlicensed services often generated revenues through advertising as their business model, which suggest that measured targeted at revenue generation may be effective at stopping the infringing behaviour. And besides these, addressing piracy may also include other ways to improve the availability of legitimate content online such as opting for simultaneous global release date to make legal service also the fastest way to access content and remove that reason to pirate content. To conclude, if enforcement and technological measures protection measures that are used to curb unauthorised use prove insufficient ways to reduce online piracy alone, perhaps more emphasis should be placed on making legal content a compelling alternative and improving access to such offerings.»*

<sup>70</sup> Direttiva Barnier 2014/26/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 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

<sup>71</sup> Vedi Cap. 2, Par 3.3

<sup>72</sup> TRIBUNALE CIVILE DI ROMA – n. 8481/2008, SIAE c. Tiscali S.p.A. La sentenza annotata si segnala per la rilevanza e la novità dei principi afferma in ordine ai profili relativi alla qualificazione giuridica degli atti di utilizzazione on line, al rapporto tra utilizzazioni libere e diritti esclusivi d’autore, all’enucleazione della responsabilità degli intermediari IP.

<sup>73</sup> Sono tutelabili come opere espresse con procedimento analogo a quello fotografico o come una nuova forma di creatività? Diritto d’autore, diritto connesso o libera utilizzazione? A modesto parere di chi scrive, per le opere definite come “multimediali” in quanto espresse in

Lo sviluppo delle nuove tecnologie nell'era digitale «ha modificato il concetto stesso di riproduzione<sup>74</sup>, svincolandolo dalla fissità e dalla permanenza della copia rispetto all'originale che caratterizzava le riproduzioni precedenti all'avvento di Internet. Il caricamento di un'immagine di un'opera dell'arte figurativa nella memoria di un computer, sia in via permanente nell'hard disk che in via transitoria nella memoria RAM<sup>75</sup>, costituisce pur sempre un atto di riproduzione»<sup>76</sup>. L'autore ha quindi il potere di vietare la riproduzione e la trasmissione della propria opera anche

---

forma digitale e per mezzo di elaboratori elettronici, andrebbe compiuta una prima distinzione tra le copie digitali di opere tangibili e le opere figurative multimediali originali. In ragione della specifica competenza tecnica richiesta per l'utilizzo di determinati programmi di grafica digitale alcune opere effettivamente sono dotate di una notevole componente creativa e innovativa. D'altra parte questa distinzione risulta difficilmente inquadrabile in un contesto normativo, soprattutto guardando alla realtà del mercato digitale delle opere figurative bidimensionali come riportato in una nota alla sentenza del Tribunale Milano, 31 maggio 2010, n.7085, Sez. Proprieta' Industriale e Intellettuale da D.CAPRA, *Cenni in tema di legittimazione attiva del produttore, di simmetria fra livello di creatività e intensità della tutela d'autore (nell'opera d'arte figurativa), nonché di tutela del «personaggio»* in Riv. dir. ind., fasc.4-5, 2010, pag. 321 «si pensi per esempio alla pletora di illustratori che affollano la rete con le proprie opere (che solitamente rispondono a tipologie piuttosto comuni) quasi confidando che qualche stilista, produttore o grande distributore si affidi a grafici non particolarmente estrosi e per questo abituati a reperire in internet le “basi” per le raffigurazioni da sottoporre ai propri clienti, in quanto per molti il “corrispettivo” giudiziario di una contraffazione è business ben più remunerativo di quello offerto dal mercato, dal quale parecchi illustratori sono, loro malgrado, esclusi.

In questi casi l'iniziativa giudiziaria dei primi solitamente si fonda sulla tesi per la quale originalità significa, nell'ambito della disciplina del diritto d'autore, null'altro che autonoma creazione. In quest'ottica poco senso avrebbe considerare il livello di creatività e non si potrebbe sfuggire alla seguente alternativa: o l'opera è stata creata dall'autore e allora è originale con accesso alla protezione o non lo è in quanto non è frutto di autonomo sforzo creativo ma appropriazione dell'altrui.

Spesso tali impostazioni rischiano di confondere novità e creatività, ovvero di dissolvere il secondo requisito nel primo.»

<sup>74</sup> Il D.lgs. 9 aprile 2003 n.68 in recepimento della Direttiva 2001/29/CE ha modificato l'art. 13 della Legge 633/41 come segue «Il diritto esclusivo di riprodurre ha per oggetto la moltiplicazione in copie diretta o indiretta, temporanea o permanente, in tutto o in parte dell'opera, in qualunque modo o forma, come la copiatura a mano, la stampa, la litografia, l'incisione, la fotografia, la fonografia, la cinematografia ed ogni altro procedimento di riproduzione.»

<sup>75</sup> BORRUSO; RUSSO; TIBERI. *L'informatica per il giurista. Dal bit a Internet*. Giuffrè, Milano, 2009, p.125. «La *Random Access Memory* è la memoria sulla quale i dati ivi registrati vengono automaticamente cancellati qualora vi si registrino sopra altri dati o si dia un apposito comando [...] Le memorie RAM si dividono in memorie dinamiche, cioè quelle che hanno bisogno di una continua riproduzione automatica (*refreshing*) e memorie statiche che rimangono stabili finché la macchina è accesa.»

<sup>76</sup> FLAVIA MULLER, *Opere d'arte figurativa. Diffusione e riproduzione online. Illiceità se manca consenso dell'autore* in IDA, 2009, fasc. 1, p. 146

e soprattutto quando essa avvengano in formato digitale tramite la rete internet.<sup>77</sup>

Ai sensi della legge sul diritto d'autore sono da intendersi come opere arti figurative: «i quadri, i *collages*, i dipinti, i disegni, le incisioni, le stampe, le litografie, le sculture, gli arazzi, le ceramiche, le opere in vetro e le fotografie<sup>78</sup>, nonchè gli originali dei manoscritti, purchè si tratti di creazioni eseguite dall'autore stesso o di esemplari considerati come opere d'arte e originali.»<sup>79</sup> Questa elencazione è da ritenersi non tassativa ma riveste comunque una funzione distintiva molto importante in quanto ai soli autori di opere delle arti figurative può essere applicato il diritto a ricevere un compenso proporzionato al prezzo delle future rivendite rispetto alla prima cessione dell'opera da parte dell'autore<sup>80</sup>, una previsione che «mira ad assicurare agli autori la partecipazione economica al successo delle loro opere»<sup>81</sup>. Questo diritto<sup>82</sup>, seppur sia presente nell'ordinamento italiano fin dalla formulazione originaria della legge sul diritto d'autore, non è presente in tutti gli ordinamenti, tanto che la legge sul diritto d'autore all'art. 146

---

<sup>77</sup> Esistono tuttavia delle esimenti, come ad esempio quella invocata nella sopra citata sentenza in merito al diritto di cronaca.

Art. 65 L.d.A. «Gli articoli di attualità di carattere economico, politico o religioso, pubblicati nelle riviste o nei giornali, oppure radiodiffusi o messi a disposizione del pubblico, e gli altri materiali dello stesso carattere possono essere liberamente riprodotti o comunicati al pubblico in altre riviste o giornali, anche radiotelevisivi, se la riproduzione o l'utilizzazione non è stata espressamente riservata, purché si indichino la fonte da cui sono tratti, la data e il nome dell'autore, se riportato. La riproduzione o comunicazione al pubblico di opere o materiali protetti utilizzati in occasione di avvenimenti di attualità è consentita ai fini dell'esercizio del diritto di cronaca e nei limiti dello scopo informativo, sempre che si indichi, salvo caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore, se riportato.» Più in generale la direttiva 29/2001/CE contempla all'art. 5. l'esenzione dal diritto esclusivo di riproduzione per «gli atti di riproduzione temporanei ai cui all'art. 2 privi di rilievo economico proprio che siano transitori o accessori e parte integrante di un procedimento tecnologico, eseguiti all'unico scopo di consentire la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario, un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali.»

<sup>78</sup> Da tenere presente la differenza tra la definizione normativa di opera fotografica e quella di semplice fotografia. Nel caso di un'opera fotografica viene menzionata la capacità espressiva dell'autore che sta ad indicare l'utilizzo di capacità artistiche proprie e determinate.

<sup>79</sup> Art. 145 l. 633/41

<sup>80</sup> Art. 144 l. 633/41

<sup>81</sup> Terzo Considerando direttiva 2001/84/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 Settembre 2001 relativa al diritto dell'autore di un'opera d'arte sulle successive vendite dell'originale

<sup>82</sup> A.SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore*, Maggioli, 2014, p 176- 177 « Il “diritto di seguito” o “*droit de suite*” nasce per la prima volta in Francia nel 1920 e trova la sua consacrazione all'interno della convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche del 1886 in virtù della revisione del 1948. »

subordina la sua applicazione nei confronti di autori di paesi esterni all'Unione europea<sup>83</sup> all'esistenza di una reciprocità normativa: «Il diritto di cui all'art. 144 è riconosciuto anche agli autori e ai loro aventi causa di paesi non facenti parte dell'Unione europea, solo ove la legislazione di tali paesi preveda lo stesso diritto a favore degli autori che siano cittadini italiani e dei loro aventi causa.» In questo ambito un ruolo fondamentale è attribuito alla SIAE dal nuovo articolo 152 L.d.A.<sup>84</sup> che attribuisce a quest'ultima la funzione di raccolta e successiva trasmissione agli autori dei compensi dovuti. Non solo per gli artisti associati all'ente ma per tutti gli artisti, compresi i compensi dei propri aderenti ricevuti da parte delle società d'autori consorelle nei cui paesi il diritto di seguito è stato introdotto.<sup>85</sup> Oltre alla riscossione materiale e alla distribuzione del compenso destinato agli autori la SIAE provvede inoltre telematicamente, tramite il proprio sito internet, a svolgere una fondamentale attività di natura informativa, infatti dal portale di accesso informatico è possibile visualizzare l'elenco degli aventi diritto che non abbiano ancora rivendicato il compenso.<sup>86</sup>

### **1.5) Le opere audiovisive digitali ed i servizi di media audiovisivi**

La definizione dei servizi di media audiovisivi è data dall'art. 2 del TUSMAR<sup>87</sup> per il quale si intende «Un servizio che è sotto la responsabilità editoriale di un fornitore di servizi media e il cui obiettivo principale è la fornitura di programmi al fine di informare, intrattenere o istruire il grande pubblico, attraverso reti di comunicazioni elettroniche. Per siffatto servizio di

---

<sup>83</sup> In ambito europeo la materia è stata disciplinata unitariamente dalla direttiva 2001/84/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla spinta delle decisioni della Corte di giustizia del 20 Ottobre 2003, cause riunite C-92/92 e C-326/92. La Corte, applicando il principio di non discriminazione, ha statuito l'impossibilità di invocare le clausole di reciprocità per rifiutare ai cittadini di stati membri i diritti riconosciuti agli autori nazionali.

<sup>84</sup> Art. 152 l.d.a. «Il compenso di cui agli art. 144 e 150 è a carico del venditore. L'obbligo di prelevare e trattenere dal prezzo di vendita il compenso dovuto e di versarne nel termine stabilito dal regolamento il relativo importo alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE) è a carico dei soggetti di cui all'art. 144 comma 2. Fino al momento in cui il versamento alla società italiana degli autori ed editori non sia stato effettuato i soggetti di cui al comma 2 sono costituiti depositari ad ogni effetto di legge delle somme prelevate. I soggetti di cui al comma due rispondono solidalmente con il venditore del pagamento del compenso da questi dovuto»

<sup>85</sup> SIAE, Sito istituzionale, consultabile al seguente indirizzo: <https://www.siae.it/it/autori-ed-editori/arti-visive-e-letteratura/diritto-di-seguito#collapse3>

<sup>86</sup> Ibidem.

<sup>87</sup> Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici (D.lgs. 177/2005)

media audiovisivo si intende o la radiodiffusione televisiva, in particolare, la televisione analogica e digitale, la trasmissione continua in diretta quale il *live streaming*, la trasmissione televisiva su Internet quale il *webcasting* e il video *on demand*.» Similmente a quanto avvenuto per le opere musicali anche per quanto riguarda le opere audiovisive la digitalizzazione ha causato importanti cambiamenti nel modo di circolazione di queste opere all'interno del mercato rispetto ai sistemi audiovisivi tradizionali. Il progressivo aumento delle reti a banda larga e lo sviluppo di file digitali e dei servizi di *streaming* gratuiti<sup>88</sup> hanno reso ancora più facile la diffusione illegale delle opere attraverso internet<sup>89</sup>. Gli utenti, trattandosi ormai per grandissima parte di «nativi digitali»<sup>90</sup>, riescono intuitivamente e senza sforzo a reperire contenuti protetti da fonti illecite, per di più lo fanno senza rendersi minimamente conto dell'antigiuridicità della loro condotta, poiché la mancanza di un'adeguata educazione all'utilizzo della tecnologia fin dalla tenera età ha di fatto creato soggetti « in grado di vivere su due registri cognitivi e socio-emotivi, quello reale e quello virtuale. Grazie alla tecnologia, vivono in comunità tecno-referenziate e prevalentemente virtuali, nelle quali costruiscono autonomamente i percorsi del sapere e della conoscenza.»<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> Ad esempio tramite formati .dvr o .mp4 facilmente trasmissibili tramite *download* o tramite siti che offrivano servizi in streaming come Megavideo

<sup>89</sup>F. BAGNOLI ROSSI, *Tutela dei contenuti? Più responsabilità ai giganti del Web* nella rivista online *Key4biz*, Ottobre 2015, consultabile al seguente indirizzo: <https://www.key4biz.it/federico-bagnoli-rossi-fapav-tutela-dei-contenuti-piu-responsabilita-ai-giganti-del-web/135576/> (Consultato Gennaio 2016) Secondo le stime date dalla ricerca FAPAV/IPSOS del 2011 il danno economico complessivo causato dalla pirateria audiovisiva in Italia ammonta a 500 milioni di euro. Di cui circa 100 milioni sottratti all'industria del cinema. Ancora più incisivo il danno nel settore dell'Home Entertainment: il mercato del noleggio e della vendita di supporti fisici (Dvd, Blu-Ray) perdono oltre 300 milioni di euro l'anno. Un'altra ricerca condotta dalla società ERGORESEARCH in collaborazione con ANEC, ANICA e CINETEL ha stabilito che ogni giorno in Italia si verificano 1.239.000 visioni illecite di contenuti audiovisivi.

<sup>90</sup> T.CANTELMI, *L'era digitale e la sua valenza antropologica: I nativi digitali*, «Sono “nativi digitali” quanti nati nel III millennio e sottoposti a profonde, pervasive e precoci immersioni nella tecnologia digitale tali da causare vere e proprie mutazioni del sistema cervello-mente.»

<sup>91</sup> T.CANTELMI, *L'era digitale e la sua valenza antropologica: I nativi digitali*, «I nativi digitali imparano subito a manipolare parti di sé nel virtuale attraverso gli avatar e i personaggi dei videogiochi, sviluppano ampie abilità visuospatiali grazie ad un apprendimento prevalentemente percettivo, viceversa non sviluppano adeguate capacità simboliche (con qualche modificazione di tipo metacognitivo), utilizzano il cervello in modalità multi-tasking (cioè fanno utilizzare più canali sensoriali e più modalità motorie contemporaneamente), sono abilissimi nel rappresentare le emozioni (attraverso la tecnomediazione della relazione), un po' meno nel viverle (anzi apprendono a scomporre l'esperienza emotiva e a viverla su due binari spesso non paralleli, quello dell'esperienza

Negli USA, dove il problema della pirateria audiovisiva si presentò già negli anni '80, a causa della presenza sul territorio nazionale delle più grandi industrie cinematografiche del pianeta, le quali premevano per frenare sul nascere qualsiasi mezzo che consentisse la diffusione di un contenuto audiovisivo protetto al fuori di spazi ed orari prestabiliti, la giurisprudenza si concentrò principalmente sull'applicazione della già esaminata dottrina del «*fair use*»<sup>92</sup> che prevede una valutazione giudiziale da svolgere caso per caso che si fondi su criteri di natura generale come lo scopo dell'utilizzo, la natura dell'opera, la porzione di opera presa in considerazione e l'effetto dell'utilizzo dell'opera sul mercato. Come rilevato, infatti, dagli studi condotti

---

propria e quello della sua rappresentazione), sono meno abili nella relazione *face-to-face*, ma molto capaci nella relazione tecno-mediata, e, infine, sono in grado di vivere su due registri cognitivi e socio-emotivi, quello reale e quello virtuale. Inoltre non hanno come riferimento la comunità degli adulti, poiché, grazie alla tecnologia, vivono in comunità tecno-referenziate e prevalentemente virtuali, nelle quali costruiscono autonomamente i percorsi del sapere e della conoscenza. È in questo contesto che si assiste ad un fenomeno straordinario: il silenzio degli adulti e lo smarrimento dei figli, che potremmo definire “figli orfani di maestri”. I “figli orfani di maestri” sono però “nativi digitali”, dunque capaci costruire comunità tecno-referenziate di bambini e di adolescenti, dotate di tecnologie e saperi propri, che non hanno più bisogno di adulti. Ed ecco profilarsi una nuova emergenza: l'emergenza educativa.»

<sup>92</sup> Nel caso *Sony vs. Universal Studios, U.S. 417 (1984)* ad esempio la Corte Suprema degli Stati Uniti ritenne che l'utilizzo di strumenti di videoregistrazione per la copiatura e successiva riproduzione dei programmi televisivi fosse da ritenersi legittima soprattutto in virtù dell'uso personale e privo dello scopo di lucro che veniva fatto delle opere audiovisive copiate, conforme quindi alla dottrina del *fair use* presente già nella Section 107 del Copyright Act del 1976.

Per un commento comparatistico sugli orientamenti giurisprudenziali delle corti statunitensi confliggenti con i diritti esclusivi degli autori vedi GINSBURG MARZANO, *Le difficili giornate del diritto d'autore sulla rete internet*, in IDA, 2009, fasc. 3, p. 424 es ss., nello specifico sulla sentenza in esame «non vi è dubbio che il Copyright Act al tempo non risultasse munito di quei dettami normativi atti a disciplinare con chiarezza i comportamenti di quanti agevolassero condotte asseritamente contraffattorie poste in essere dal pubblico in massa; è lecito ritenere che il Legislatore non immaginasse la possibilità di condotte, quali quelle per la prima volta consentite con l'impiego di un nuovo elettrodomestico come il videoregistratore, poste in essere direttamente dai consumatori in danno degli autori. Se poi tanta prudenza debba essere adottata anche dinanzi chi direttamente ponga in essere atti della legge riservati agli autori è da vedersi. La domanda da porsi è se i titolari dei diritti d'autore stiano invocando un'interpretazione che espanda lo scopo della tutela ad essi accordata o che semplicemente applichi i diritti esistenti a nuove fattispecie. Se da un lato gli utenti ed i prestatori di servizi in genere affermano che una interpretazione ampia dei concetti di “copia” e di “trasferimento della proprietà” porterebbe ad un rallentamento nello sviluppo di nuove tecnologie ed all'apertura di nuovi mercati per lo sfruttamento di opere dell'ingegno dall'altro i titolari dei diritti affermano che, tanto un'interpretazione del Copyright Act, quanto il rispetto della *ratio legis* ad esso sottostante inducono ad applicare i diritti esclusivi degli autori anche a nuove formule di commercializzazione della creatività.»

sulla *fair use economy*<sup>93</sup> fin da subito «è emersa l'importanza delle attività imprenditoriali che sono rese possibili dall'esistenza di un regime di eccezioni al diritto d'autore e del contributo che esse comportano per l'intera economia statunitense»<sup>94</sup>.

Nell'Unione europea invece, nonostante l'attuazione di numerose direttive<sup>95</sup>, l'iniziativa legislativa è ancora lasciata ai vari ordinamenti nazionali e questo fa sì che il quadro che ne risulta è ancora oggi «disorganico e frastagliato»<sup>96</sup>.

---

<sup>93</sup> R.SZAMOSZEGI, *Fair Use in the U.S. Economy. Economic Contribution of Industries Relying on Fair Use*, 2007, Computer & Communications Industry Association, consultabile al seguente indirizzo:

<http://www.cciainet.org/wp-content/uploads/library/FairUseStudy-Sep12.pdf>

<sup>94</sup> A.BERTONI M.MONTAGNANI, *La modernizzazione del diritto d'autore e il ruolo degli intermediari internet quali propulsori delle attività creative in rete*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015 «È dunque evidente che quando si afferma che al cuore delle industrie culturali vi sono le disposizioni in materia di diritto d'autore si intende fare riferimento all'istituto nel suo insieme, non certo alle sole facoltà escludenti che lo caratterizzano e che lo rendono al momento particolarmente invisibile agli utenti di Internet. Tale istituto è in effetti composto da privative, ossia diritti escludenti, ma esse perderebbero di valore se non fossero considerate congiuntamente ai limiti loro apposti, tra cui si annoverano proprio quelli scaturenti dall'esistenza del regime delle eccezioni al diritto d'autore. Questo vale sia per quanto attiene all'aspetto più propriamente legato all'economia, ovvero il valore economico di quella parte dell'industria che si basa sul *fair use*, sia per quanto attiene al valore più prettamente sociale e culturale che scaturisce da un'ampia circolazione delle informazioni e delle opere dell'ingegno, elemento tipico della società dell'informazione. Peraltro, la diffusa circolazione dei contenuti digitali determina una diversa percezione del diritto d'autore, in particolare nelle generazioni native digitali. A ben vedere, infatti, le persone che sono cresciute con — o hanno rapidamente adottato — le tecnologie digitali considerano le informazioni come l'ingrediente necessario e connaturato all'esistenza di Internet. Non per niente la società dell'informazione fa pieno affidamento alla rete come strumento di diffusione della conoscenza circolante, ed ogni utente gli attribuisce valore se, ed in quanto, consente l'accesso ai contenuti di volta in volta richiesti. Poiché l'utente instaura in rete un rapporto immediato con l'informazione, dove alla necessità di “sapere” corrisponde l'aspettativa di “accesso alla conoscenza”, egli non contempla alcun plausibile ostacolo che si possa frapporre in questo rapporto. Questa visione si applica a tutte le informazioni digitali nel loro complesso e vi è l'assenza di qualsivoglia distinguo rispetto ai contenuti tutelati dal diritto d'autore. Mentre dunque l'aspetto relativo ai diritti patrimoniali è comunque avvertito, la componente escludente del diritto d'autore risulta sempre più sconosciuta dagli utenti della rete.»

<sup>95</sup> In particolare è da segnalare l'esito della direttiva di *Enforcement* 2004/48. Dopo un avvio tutto sommato positivo ha dimostrato la sua inefficienza sul lungo periodo. Come è stato segnalato dalla Commissione:

COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione sull'applicazione della Direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale*, 22 Dicembre 2010. La Commissione ha rilevato che le violazioni del diritto d'autore on-line siano aumentate in modo esponenziale.

<sup>96</sup> M.MENSI, *Il diritto d'autore on-line*, in *Il Diritto del Web casi e materiali*, Padova, Cedam, 2015 «La disparità tra sistemi vigenti nei vari Stati membri per assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale mina il corretto funzionamento del mercato interno e indebolisce l'applicazione del diritto sostanziale in materia di proprietà intellettuale. Inoltre talune disposizioni della direttiva hanno dato origine a differenti interpretazioni e applicazioni pratiche nei vari Stati membri. Il risultato di questa frammentazione è evidente: ostacoli alle

Di fatto la legislazione europea è ben lontana dal tenere il passo con l'incalzante incedere dell'evoluzione tecnologica come dimostra la mancanza, nella distribuzione delle opere audiovisive digitali, di un sistema di licenze multi-territoriali per questo tipo di contenuti, i quali restano disciplinati da un sistema di circolazione strutturato su una base territoriale, che ovviamente non è compatibile con la natura stessa dell'opera digitale.<sup>97</sup> In questo scenario anche quei servizi che offrono legalmente contenuti audiovisivi in forma *on demand* avvalendosi dello *streaming*<sup>98</sup> non riescono a soddisfare pienamente le esigenze degli utenti<sup>99</sup>, in quanto il blocco geografico impedisce di fornire contenuti uniformi in tutti gli Stati membri, diversamente da come avviene all'interno del mercato reale dal momento che all'interno dell'Unione

---

attività transfrontaliere, perdita di fiducia nel mercato interno e ridotti investimenti in innovazione e creazione.»

<sup>97</sup> E. PROSPERETTI, *La circolazione delle opere digitali* in G. CASSANO G. VACIAGO G. SCORZA, *Diritto dell'Internet. Manuale operativo*, Cedam, 2012, p. 411 «Allo stato, un *broadcaster*, cioè un fornitore di servizi di media audiovisivi, tende solitamente ad assicurarsi una completa e pluriennale esclusiva di trasmissione, su qualsiasi mezzo e con qualsiasi strumento tecnico, di un contenuto (telefilm, film, serie, format di intrattenimento, evento sportivo) impedendo così a chiunque di attraversare il territorio di riferimento con il medesimo contenuto nella medesima versione linguistica e di piattaforma. Il *broadcaster* potrebbe non avere interesse a sfruttare l'intera potenzialità delle licenze acquisite ma ha necessità delle esclusive per poter essere certo di monetizzare l'investimento evitando che i propri diretti concorrenti trasmettano il medesimo evento/contenuto. Il problema sorge quando l'esclusiva in questione interferisce con un diritto necessario a trasmettere il medesimo contenuto per un'area più ampia, ad una platea internazionale, tramite la rete. Di fatto anche una minima esclusiva territoriale potrebbe bloccare l'intero acquisto. Pertanto la mancata previsione di un sistema di *one stop shop* per l'audiovisivo penalizza la possibilità di creare agevolmente un mercato transfrontaliero legittimo, che assume particolare rilevanza anche alla luce dell'entrata sul mercato dei cd. *over the top providers* che offrono servizi di aggregazione e di contenuti audiovisivi su qualsiasi infrastruttura ADSL.»

<sup>98</sup> Non solo colossi leader nel mercato come Netflix e Infinity, ma nell'ultimo periodo in Italia abbiamo assistito alla crescita di nuove piattaforme di *streaming on demand* come Chili TV. Quest'ultima si differenzia dalle altre soprattutto per le diverse modalità contrattuali con cui si relaziona agli utenti, infatti non è richiesto nessun tipo di abbonamento a canone fisso bensì è possibile l'acquisto o il noleggio delle singole opere cinematografiche da fruire in streaming su ogni dispositivo elettronico compatibile. Inoltre molto spesso sono le stesse emittenti televisive ad adeguarsi alla concorrenza della rete predisponendo autonomi servizi di streaming come Skygo e Mediaset Premium. U. PATRONI GRIFFI, *Il diritto di distribuzione* in AIDA 2010 p. 197 «Le emittenti televisive hanno adottato la strategia commerciale di assecondare le abitudini e le aspettative dei telespettatori. Tra le possibilità maggiormente gradite ai telespettatori vi sono quelle relative al *time* e allo *space shifting*. Vale a dire la possibilità di guardare la trasmissione quando e dove gli aggrada. Sono le stesse emittenti, attraverso la trasmissione interattiva, a soddisfare l'esigenza dello spettatore. Non sorprende dunque che oggi la maggior parte delle trasmissioni siano disponibili in Internet in modalità *streaming*.»

<sup>99</sup> Come invece avviene nel mercato musicale dove lo sviluppo dei servizi musicali in streaming ha ridotto notevolmente il numero di download illegali di file musicali. Per approfondire vedi, supra, paragrafo 1.2

Europea il consumatore è in grado di effettuare acquisti in qualsiasi Stato membro senza limitazioni<sup>100</sup>. Uno studio del 2011 sulla pirateria multimediale ha inoltre dimostrato come il fatto che i contenuti siano rilasciati in date differenti nei diversi paesi sia una delle principali cause di scontento degli utenti. Quest'ultimi, incapaci di aspettare, sono così maggiormente portati a ricercarli all'interno di mercati illegali, accontentandosi addirittura di prodotti di bassa qualità audio-video. Per questa ragione i *Network* televisivi hanno deciso di ricorrere ad alcune contromisure per disincentivare il ricorso ai siti pirata: ad esempio *HBO* dal 2015 ha deciso di rilasciare tutte le puntate della quinta stagione del suo show di punta *Game of Thrones* simultaneamente in tutto il mondo. Così facendo il modo più veloce per il consumatore di accedere al prodotto audiovisivo è quello di usare alternative commerciali lecite, cioè visionandolo tramite servizi a pagamento che hanno legittimamente acquisito i diritti per trasmetterlo.

Nel dibattito giurisprudenziale odierno l'attenzione si concentra tutta attorno alle figure degli *Internet Service Provider*<sup>101</sup> e alla possibilità di configurare una forma di responsabilità nei confronti di questi soggetti che di fatto tramite i propri servizi consentono agli utenti di compiere condotte di diffusione di file audiovisivi su siti pirata.<sup>102</sup>

Nell'ordinamento italiano il d.lgs. 70/2003 relativamente alla responsabilità dei prestatori di servizi della società dell'informazione ha recepito la disciplina europea contenuta nella Direttiva 2000/31/CE stabilendo i presupposti in base ai quali è possibile richiedere ad un ISP la rimozione di contenuti diffusi su internet senza le dovute autorizzazioni dei titolari dei

---

<sup>100</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Regolamento del parlamento europeo 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*, 25 Maggio 2016. La Commissione attualmente sta esaminando il problema, infatti ha presentato una proposta di Regolamento sul tema per modificare il Regolamento (CE) n. 2006/2004 e la Direttiva 2009/22/CE.

<sup>101</sup> Internet Service Provider (ISP) sono i prestatori di servizi inerenti a Internet come ad esempio la fornitura dell'accesso alla rete o l'attività di memorizzazione temporanea o permanente. Il Tribunale di Bologna, nella sentenza n. 3331 del 14 Giugno 2001 ha classificato gli ISP in tre tipologie: *Access provider*, *Service provider* e *Content provider*

<sup>102</sup> Vedi casi "Rti/c Google Youtube" e "Telecinco/c Google Youtube" nelle quali le diverse magistrature sono arrivate ad esiti completamente diversi. Mentre nel primo caso il Tribunale di Milano ha rilevato l'esistenza di una responsabilità a livello di *culpa in vigilando* per la mancata attivazione di *Youtube* nella rimozione dei contenuti di RTI illegittimamente caricati sui propri server dagli utenti del Web, al contrario il Tribunale di Madrid ha escluso la responsabilità per un caso analogo.

diritti. La disciplina prevede che «Nella prestazione dei servizi, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite»<sup>103</sup>, previsione bilanciata dalla presenza di obblighi a carico del fornitore, il quale è tenuto ad informare le autorità, giudiziarie od amministrative con funzioni di vigilanza, quando sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione; o a fornire senza indugio su richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati al fine di individuare e prevenire attività illecite. La legge elenca anche i diversi tipi di responsabilità del prestatore in base al diverso tipo di attività esercitata.<sup>104</sup> Inoltre la nuova formulazione dell'art. 163 della l. 633/41<sup>105</sup> come modificato dalla direttiva 2004/48/CE recepita dal D.lgs. 140/2006, introduce un'inibitoria giudiziale estesa alle figure di intermediari di servizi della società dell'informazione. Per un quadro completo delle norme in materia di pirateria audiovisiva è necessario citare anche il d.lgs. 44/2010<sup>106</sup> sulla tutela degli audiovisivi che ha modificato il TUSMAR<sup>107</sup> come segue;

---

<sup>103</sup> Art. 17 D.lgs 70/2003

<sup>104</sup> Gli artt. 14,15,16 del D.lgs 70/2003 si occupano rispettivamente della responsabilità del prestatore per attività di trasporto (*mere conduit*), di memorizzazione temporanea (*caching*) e attività di memorizzazione di informazioni (*hosting*)

<sup>105</sup> Art. 163 l. 633/41 « Il titolare di un diritto di utilizzazione economica può chiedere che sia disposta l'inibitoria di qualsiasi attività, ivi comprese quelle costituenti servizi prestati da intermediari, che costituisca violazione del diritto stesso secondo le norme del codice di procedura civile concernenti i procedimenti cautelari»

<sup>106</sup> Adottato in attuazione della direttiva 2007/65/CE, che a sua volta modifica la precedente direttiva 89/552/CEE sulla cd «televisione senza frontiere». R. ROMANO, *Il diritto di riproduzione nel contesto della convergenza dei media* in AIDA 2010 «Obiettivo del decreto è di predisporre un regime minimo uniforme per la prestazione di servizi media audiovisivi; nel far ciò disciplina profili eterogenei che vanno dalla responsabilità degli editori dei palinsesti, alla tutela dei minori, alle regole in tema di pubblicità, così come a quelle in tema di diritti d'autore»

<sup>107</sup> La modifica ha introdotto all'interno del Testo Unico nuove norme a protezione del diritto d'autore tra cui da segnalare l'art. 32-bis «Le disposizioni del presente testo unico non sono in pregiudizio dei principi e dei diritti di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 68, recante attuazione della direttiva 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, e al decreto legislativo 16 marzo 2006, n. 140, recante attuazione della direttiva 2004/48/CE, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale.»

I fornitori di servizi di media audiovisivi assicurano il pieno rispetto dei principi e dei diritti di cui alla legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, indipendentemente dalla piattaforma utilizzata per la trasmissione di contenuti audiovisivi. I fornitori di servizi di media audiovisivi operano nel rispetto dei diritti d'autore e dei diritti connessi, ed in particolare:

- a) Trasmettono le opere cinematografiche nel rispetto dei termini temporali e delle condizioni concordate con i titolari dei diritti;
- b) Si astengono dal trasmettere o ri-trasmettere, o mettere comunque a disposizione degli utenti, su qualsiasi piattaforma e qualunque sia la tipologia di servizio offerto, programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi, o parti di tali programmi, senza il consenso di titolari dei diritti, e salve le disposizioni in materia di brevi estratti di cronaca.

L'Autorità emana le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti di cui al presente articolo.

La nuova normativa in materia di audiovisivi introdotta nel TUSMAR dal d.lgs. 44/2010 «considera il contesto della convergenza dei media, ossia della digitalizzazione e connessione telematica che permettono la fruizione dei contenuti attraverso mezzi diversi senza necessità di modificarne la modalità espressiva, questa essendo riconducibile per tutti i media al formato digitale.»<sup>108</sup> rendendosi così applicabile indifferentemente alle diverse piattaforme di diffusione tecnologicamente disponibili.<sup>109</sup>

## **1.6) Il software**

Il bisogno di definire strumenti di tutela per i programmi per elaboratore ha iniziato ad avvertirsi per la prima volta a cavallo tra gli anni '70 ed '80 in

---

Per commento aggiornato sul tema vedi anche A.MUSCO, *Il rispetto dei diritti d'autore e connessi nell'attuazione italiana della direttiva n. 2007/65/CE sui servizi di media audiovisivi* in *Dir. informatica*, fasc.2, 2010, pag. 215

<sup>108</sup> Cfr. R. ROMANO, *Il diritto di riproduzione nel contesto della convergenza dei media* in *AIDA*, 2010, 159

<sup>109</sup> Per una trattazione approfondita dell'argomento E.TOSI, *La tutela degli audiovisivi e dei contenuti digitali nelle reti di comunicazione elettronica tra diritto d'autore online e responsabilità civile degli internet service provider* in F.DELFINI G.FINOCCHIARO *Diritto dell'Informatica*, Utet Giuridica, 2014, p. 964 ; BASSAN, *Diritto degli Audiovisivi*, Milano, 2012

seguito all'ingresso nel mercato dei primi *personal computer*, che ovviamente per esprimere al meglio le proprie funzionalità necessitavano di programmi prestabiliti, che fornissero al computer istruzioni specifiche per il raggiungimento di un certo risultato, chiamati anche *software*. Il valore economico dei *software* e la crescente rilevanza di questi programmi per lo sviluppo tecnologico ha reso presto necessario introdurre una normativa adeguata alle crescenti esigenze di ricerca sul tema.<sup>110</sup> La scelta della normativa da implementare per tutelare adeguatamente questa tipologia di opere è ricaduta inevitabilmente sul diritto d'autore<sup>111</sup>, in quanto il contenuto dell'istituto giuridico della proprietà intellettuale ricomprende tutti i diritti che scaturiscono da un'attività intellettuale, specialmente in campo industriale e scientifico, oltre che artistico. Il *software* è quindi considerato a tutti gli effetti come un'opera dell'ingegno<sup>112</sup>, anche se nel nostro ordinamento non esiste un'espressa definizione per una precisa scelta legislativa<sup>113</sup>. Il diritto si costituisce in capo all'autore del programma esattamente come per le opere artistiche e letterarie, e quest'ultimo potrà decidere liberamente di trasferire a terzi i diritti patrimoniali. Trattandosi inoltre di un «contenuto digitale»<sup>114</sup> è soggetto in misura ancor maggiore alle problematiche dovute alla circolazione illegittima delle opere dell'ingegno in Rete. Per risolvere questi problemi, è quindi necessario garantire il regolare esercizio del commercio elettronico di tali contenuti virtuali attraverso mercati legali, a scapito del proliferare di frequenti fenomeni di *free riding*, cioè siti web che mettono a disposizione gratuitamente contenuti protetti senza remunerare i titolari dei

---

<sup>110</sup> Nel 1980 gli Stati Uniti hanno emanato il *Computer Software Amendment Act* nell'ambito del diritto d'autore, mentre in Italia il primo riconoscimento normativo è stato dato dal d. lgs. 20 dicembre 1992 n.518 che ha recepito la direttiva n. 91/250/CE attraverso la novellazione della l. 633/41. Per un'analisi comparatistica dettagliata tra le normative statunitensi ed italiana si rimanda a C.STRIPPOLI, *La tutela giuridica del Software: l'ordinamento giuridico italiano e statunitense a confronto* in *Giust. civ.*, fasc.7-8, 2004, pag. 389

<sup>111</sup> In realtà il software oltre alle norme sul diritto d'autore riceve tutela anche tramite il sistema brevettuale, il quale però a differenza del diritto d'autore non sorge automaticamente dopo la creazione dell'opera ma è soggetto all'espletamento di alcune formalità.

<sup>112</sup> Ovviamente a patto che, nonostante la sua natura intrinsecamente utilitaristica, rispetti i criteri di creatività ed originalità richiesti dalla legge.

<sup>113</sup> Il legislatore non ha voluto correre il rischio di adottare formulazioni normative che potessero diventare facilmente desuete con il passare del tempo.

<sup>114</sup> Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori «Per contenuto digitale s'intendono i dati prodotti e forniti in formato digitale, quali programmi informatici, applicazioni, giochi, musica, video o testi, indipendentemente dal fatto che l'accesso a tali dati avvenga tramite download, streaming, supporto materiale o tramite qualsiasi altro mezzo»

diritti sugli stessi<sup>115</sup>. Per questi motivi il legislatore italiano è intervenuto a disciplinare le facoltà esclusive spettanti all'autore del programma per elaboratore, introdotte nella l. 633/41 dall'art. 64-bis<sup>116</sup>. Tra queste va dedicata particolare attenzione all'analisi della lettera c) dell'art. 64-bis per quanto riguarda il diritto di distribuzione. Secondo la norma l'autore ha «il diritto esclusivo di effettuare o autorizzare qualsiasi forma di distribuzione al pubblico, compresa la locazione del programma originale o di copie» inoltre è anche specificata l'operabilità del principio dell'esaurimento del diritto di distribuzione<sup>117</sup>: «La prima vendita<sup>118</sup> di una copia del programma nella

---

<sup>115</sup> La differenza fondamentale che rende illegale questo tipo di commercio rispetto invece al “mercato legale dell'usato dei programmi per elaboratore”, che analizzeremo successivamente, sta nella natura della condotta. In queste piattaforme vengono illecitamente distribuite, in forma gratuita e senza ricorrere ad alcuno strumento contrattuale, copie di software protetti dal diritto d'autore. Anche se i contenuti offerti sono in forma gratuita questi soggetti sono messi comunque in condizione di lucrare sulla creatività altrui tramite i ricavi derivanti dalla vendita di spazi pubblicitari.

<sup>116</sup> Art. 64-bis L.d.A. «Fatte salve le disposizioni dei successivi articoli 64-ter e 64-quater o di una copia dello stesso, i diritti esclusivi conferiti dalla presente legge sui programmi per elaboratore comprendono il diritto di effettuare o autorizzare: a) la riproduzione, permanente o temporanea, totale o parziale, del programma per elaboratore con qualsiasi mezzo o in qualsiasi forma. Nella misura in cui operazioni quali il caricamento, la visualizzazione, l'esecuzione, la trasmissione o la memorizzazione del programma per elaboratore richiedano una riproduzione, anche tali operazioni sono soggette all'autorizzazione del titolare dei diritti; b) la traduzione, l'adattamento, la trasformazione e ogni altra modificazione del programma per elaboratore, nonché la riproduzione dell'opera che ne risulti, senza pregiudizio dei diritti di chi modifica il programma; c) qualsiasi forma di distribuzione al pubblico, compresa la locazione, del programma per elaboratore originale o di copie dello stesso. La prima vendita di una copia del programma nella comunità economica europea da parte del titolare dei diritti, o con il suo consenso, esaurisce il diritto di distribuzione di detta copia all'interno della comunità, ad eccezione del diritto di controllare l'ulteriore locazione del programma o di una copia dello stesso.»

<sup>117</sup> Art. 4 della direttiva 2001/29/CE «il diritto esclusivo di distribuzione si esaurisce con la prima messa in commercio dell'opera o di una sua copia avvenuta con il consenso del titolare dei diritti» Nel caso del software questa disposizione ha suscitato alcune perplessità, in quanto l'esaurimento del diritto esclusivo di distribuzione ha per oggetto il formato tangibile in cui è incorporata l'opera, mentre la natura digitale del *software* fa sì che la sua distribuzione avvenga principalmente e legittimamente in forma telematica tramite download. La questione è stata affrontata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella C-128 del 3 luglio 2012 che ha sancito che «Limitare l'applicazione del principio dell'esaurimento del diritto di distribuzione, previsto dall'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2009/24, alle sole copie di programmi per elaboratore vendute su un supporto informatico tangibile consentirebbe al titolare del diritto d'autore di controllare la rivendita delle copie scaricate via Internet e di pretendere, in occasione di ogni rivendita, una nuova remunerazione, laddove la prima vendita della copia da qua avrebbe già consentito al titolare stesso di ottenere una remunerazione adeguata. Una siffatta restrizione alla rivendita delle copie di programmi per elaboratore scaricati via Internet andrebbe al di là di quanto è necessario per tutelare l'oggetto specifico della proprietà intellettuale di cui trattasi.»

<sup>118</sup> La norma escludendo espressamente dalla sua applicazione il solo contratto di locazione, sembra intendere il concetto di vendita in un'accezione forse eccessivamente ampia. Dalla

comunità economica europea da parte del titolare dei diritti, o con il suo consenso, esaurisce il diritto di distribuzione di detta copia all'interno della comunità, ad eccezione del diritto di controllare l'ulteriore locazione del programma o di una copia dello stesso». Va premesso che per la cessione di programmi per elaboratore è solitamente stipulato un contratto di licenza d'uso, ponendo così il dubbio se ricomprendere tale schema negoziale nel concetto di vendita, consentendo così ai legittimi acquirenti di software di cedere a terzi la propria licenza d'uso, o di locazione, che come abbiamo letto resta esclusa dall'applicazione del principio di esaurimento e quindi rimane sotto il controllo del titolare del diritto. Quando un programma per elaboratore incorporato in un supporto è ceduto tramite un contratto di licenza d'uso, la vendita del supporto non equivale alla vendita del *software* ma è collegata alla licenza d'uso del *software* per un certo periodo di tempo e alle condizioni determinate unilateralmente dal titolare dei diritti. La licenza d'uso resta autonoma invece quando il programma non sia incorporato in un supporto ma sia distribuito, ad esempio mediante *download*, attraverso la rete. «In tal caso si applicheranno inevitabilmente anche le norme dedicate al commercio elettronico specie con riferimento agli obblighi generali di informazione cui è vincolato il fornitore del programma.»<sup>119</sup>

Tutti i dubbi suscitati dalla normativa sono emersi nella loro interezza con la comparsa del cd. «mercato dell'usato dei programmi per elaboratore» e cioè l'attività di alcune società consistente nella rivendita di licenze d'uso di software. Tale attività consiste nell'acquisto, direttamente dai clienti del titolare del diritto di utilizzazione sul software, delle licenze di utilizzazione ancora in vigore, indipendentemente dal fatto che siano inutilizzate o parzialmente utilizzate, e nella rivendita delle stesse ad utenti terzi tramite internet. Il terzo acquirente, dopo aver acquisito la licenza usata, è così in grado di scaricare una copia del software protetto dal sito internet del titolare del diritto, e di usufruirne con gli stessi poteri spettanti all'acquirente

---

formulazione della norma non appare chiaro nemmeno se nel concetto di «prima vendita» siano ricomprese anche le attività di diffusione tramite internet come la comunicazione al pubblico e la messa a disposizione del pubblico delle opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente.

<sup>119</sup> Cfr. E.MAGGIO, *Diritto d'autore e commercio elettronico: Il mercato dell'usato dei programmi per elaboratore* in G. CASSANO G. VACIAGO G. SCORZA, *Diritto dell'Internet. Manuale operativo*, Cedam, 2012, p 452

originario<sup>120</sup>. La legittimità di questo tipo di attività è stata oggetto di un attento esame da parte della giurisprudenza europea, in particolare nel marzo 2011 la Corte Federale Tedesca (*Bundesgerichtshof*) impegnata nel caso *Orle c. USedSoft* ha chiesto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea di esprimersi sulle seguenti questioni pregiudiziali attinenti all'interpretazione di determinati aspetti della nuova direttiva *software*:

- a) Se il diritto di distribuzione della copia di un programma per elaboratore si esaurisca qualora l'acquirente abbia realizzato la copia su un supporto informatico per mezzo di *download* da internet con l'autorizzazione del titolare.
- b) In caso di risposta affermativa, se anche colui il quale abbia acquisito una licenza di software usata possa invocare un esaurimento del diritto di distribuzione della copia del programma per elaboratore, realizzata con l'autorizzazione del titolare dal primo acquirente, su un supporto informatico per mezzo di *download* del programma da internet, qualora il primo acquirente abbia cancellato la sua copia del programma o non la utilizzi più.

La Corte di Giustizia UE ha affermato che il diritto di distribuzione della copia di un programma per elaboratore è esaurito, qualora il titolare del diritto d'autore che abbia autorizzato il *download* su supporto informatico abbia parimenti conferito, a fronte del pagamento di un prezzo diretto a consentirgli l'ottenimento di una remunerazione corrispondente al valore economico della copia dell'opera di cui è proprietario, il diritto di utilizzare la copia stessa, senza limitazioni di durata.

Ed inoltre che, in caso di rivendita di una licenza di utilizzazione che implichi la rivendita di una copia di un programma per elaboratore scaricata dal sito internet del titolare del diritto, licenza che era stata inizialmente concessa al primo acquirente dal titolare medesimo, senza limitazione di durata ed a fronte del pagamento di un prezzo diretto a consentire a quest'ultimo di ottenere una remunerazione corrispondente al valore economico della copia

---

<sup>120</sup> Infatti nonostante il diritto del titolare dei diritti di utilizzazione economica del programma a vietare o autorizzare la riproduzione, diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte, del programma; sono previsti limiti in favore del legittimo acquirente per usi conformi alla sua destinazione, egli può comunque effettuare una copia del software, qualora questo sia necessario per poterlo utilizzare o per garantire l'interoperabilità con altri elementi o programmi. Può analizzarne dettagliatamente il funzionamento, senza chiederne l'autorizzazione al titolare.

della propria opera, il secondo acquirente della licenza stessa, al pari di ogni suo acquirente successivo, potrà avvalersi dell'esaurimento del diritto di distribuzione previsto dalla direttiva medesima. E conseguentemente potrà essere considerato quale legittimo acquirente di una copia di un programma per elaboratore beneficiando del diritto di riproduzione.<sup>121</sup>

## **2) L'intervento armonizzatore dell'Unione europea: la direttiva 29/2001/CE**

La 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 o direttiva "InfoSoc"<sup>122</sup> come la chiameremo nel seguito della trattazione, è stata adottata in attuazione degli obblighi internazionali derivanti dall'adozione dei due trattati WIPO<sup>123</sup> con l'obiettivo di incoraggiare ed armonizzare lo sviluppo normativo relativo all'utilizzo di internet all'interno degli Stati membri dell'UE, nei quali l'adozione di differenti misure normative ha causato differenze significative e di conseguenza ha ostacolato la libera circolazione delle opere dell'ingegno in forma digitale.

In particolare per la categoria dei diritti di sfruttamento economico delle opere, il bisogno di armonizzazione era ancora più sentito, una volta raggiunto lo scopo della libera circolazione dei beni all'interno dell'Unione, beni tra i quali sono soprattutto ricomprese le opere dell'ingegno.

In questo paragrafo illustreremo il percorso europeo ed internazionale compiuto dai diritti di distribuzione e di comunicazione e messa a disposizione del pubblico dalla loro introduzione fino alle moderne strategie europee per l'applicazione di questi diritti in ambiente digitale.

### **2.1) Le fonti internazionali**

---

<sup>121</sup> Cfr. S. CORBELLINI, *Software: tra esaurimento del diritto di distribuzione e legittimo acquirente*, *Diritto e Giustizia online*, fasc.0, 2012, pag. 631 Nota a Corte di Giustizia UE, grande sezione, 03/07/2012, n. 128

<sup>122</sup> Attuata in Italia con D.lgs. n.68/2003

<sup>123</sup> *WIPO Copyright Treaty (WCT)* e il *WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)*. Entrambi del 1996. Tra le norme internazionali in materia sono anche da ricordare la Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche del 1886, fondamentale per la creazione di una disciplina del diritto d'autore il più possibile uniforme a livello globale, e l' Accordo TRIPs (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Right*) sugli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale

Per procedere all'analisi di come si sia evoluto nel tempo il diritto di distribuzione delle opere dell'ingegno dobbiamo compiere da una disamina delle principali fonti internazionali sul diritto d'autore. A partire dalla sua introduzione nella Convenzione di Berna per le opere letterarie e artistiche del 1886 «la quale all'articolo 16 pur non prevedendo un vero e proprio diritto di controllare l'immissione in commercio di copie dell'opera, autonomo rispetto a quello di autorizzarne la riproduzione in copia, conferisce un potere di impedire la circolazione di copie non autorizzate di un'opera. Si tratta pertanto, non di una facoltà esclusiva di controllare la circolazione di copie ma di una sorta di appendice al diritto di riproduzione»<sup>124</sup>. Con la revisione della Convenzione del 1948 venne previsto un vero e proprio diritto di distribuzione per i titolari di diritti su opere letterarie adattate in forma cinematografica. Successivamente, nel corso dei lavori preparatori della revisione di Stoccolma, avvenuta nel 1967, la delegazione italiana propose un'estensione di questo diritto a favore di tutti gli autori delle opere tutelate dalla Convenzione. Questa proposta suggeriva di includere il diritto di distribuzione all'interno dell'articolo 9, dedicato dal diritto di riproduzione, consentendo così di affrancare il primo dal secondo, ampliandone la portata al punto tale da poter ricomprendere anche forme di distribuzione diverse dalla vendita di copie dell'opera, come nel caso del prestito o del noleggio. Nel dibattito tra le delegazioni che ne scaturì emerse come, per molti Stati aderenti alla Convenzione, il principale problema della proposta fosse rappresentato dalla difficoltà di prevedere nuove eccezioni da applicare a questa nuova facoltà esclusiva degli autori, non ritenendosi applicabili quelle già prevista per il diritto di riproduzione. Inoltre alcune delegazioni pensavano che i titolari dei diritti d'autore ricevessero già una tutela sufficiente tramite la possibilità di negoziare accordi contrattuali per la commercializzazione delle proprie opere.<sup>125</sup> Prevalse quindi l'opinione per la quale il potere dell'autore di disporre dell'opera dovesse limitarsi all'attività di riproduzione in copie, escludendo dalla tutela quella successiva di

---

<sup>124</sup> P. MARZANO, *Diritto d'autore e Digital Technologies*, Giuffrè, 2005. L' A. descrive dettagliatamente il percorso evolutivo compiuto dal diritto di distribuzione nella Convenzione di Berna. Facendo chiarezza anche sull'interpretazione corretta del termine «distribution», che deve «essere interpretato come potere di controllare il primo atto di immissione in commercio del supporto contenente l'opera e non anche alle eventuali successive cessioni di tali supporti.»

<sup>125</sup> Cfr. P. MARZANO, *Diritto d'autore e Digital Technologies*, Giuffrè, 2005

commercializzazione. Questa disciplina fu poi ampliata quando, per la crescente diffusione di meccanismi tecnologici di fruizione delle opere a distanza che ne facilitavano la circolazione a livello internazionale, non fu più sufficiente il solo esercizio del diritto di riproduzione per tutelare i diritti degli autori e dei loro aventi causa.

Sempre nel 1967 a Stoccolma fu firmata la Convenzione istitutiva dell'«Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale»<sup>126</sup> che entrò in vigore nel 1970. Negli anni successivi nell'ambito di questa organizzazione furono creati due Comitati incaricati di revisionare il testo della Convenzione di Berna e le norme in materia di diritti connessi. Durante i lavori dei Comitati OMPI-WIPO, poi sfociati nell'adozione dei due Trattati del 1996, fu nuovamente portata avanti l'idea di prevedere un diritto di distribuzione come facoltà esclusiva *erga omnes* dell'autore di controllare il primo atto di messa in circolazione dell'opera<sup>127</sup>. Dal 1991 in poi con la comparsa del *World Wide Web* le previsioni in tema di diritto di distribuzione assunsero una maggiore importanza, all'interno dei comitati si accese il dibattito tra le delegazioni dei vari stati membri in merito alla natura delle nuove modalità di trasmissione in formato digitale delle opere e se la disciplina di queste dovesse rientrare nelle facoltà di tipo distributivo o diffusivo spettanti agli autori. Negli Stati Uniti fu proposto di utilizzare il diritto di distribuzione per disciplinare le fattispecie di trasmissione online delle opere dell'ingegno, ma l'applicazione del diritto di distribuzione alle trasmissioni on line avrebbe comportato non pochi problemi in ordine all'applicabilità del principio dell'esaurimento all'ambiente digitale, che come sappiamo avrebbe comportato l'impossibilità per il *copyright owner* di effettuare un reale controllo sulle copie delle proprie opere distribuite in

---

<sup>126</sup> Detta anche OMPI o WIPO. Si tratta di un'organizzazione intergovernativa con sede a Ginevra, in Svizzera, che dal 1974 ha lo statuto di istituzione specializzata del sistema delle Nazioni Unite. La Convenzione, emendata il 28 settembre 1979, istituisce tre organi direttivi: l'Assemblea generale, la Conferenza, il Comitato di coordinamento. In base all'articolo 3 della Convenzione, la OMPI-WIPO ha il compito di promuovere la protezione della proprietà intellettuale nel mondo attraverso la cooperazione degli Stati aderenti, e deve amministrare i vari trattati multilaterali che riguardano gli aspetti legali e amministrativi della Proprietà intellettuale. Conta attualmente 186 Paesi membri e amministra 28 trattati internazionali.. L'attuale direttore generale della WIPO è Francis Gurry, in carica dal 1 ottobre 2008.

<sup>127</sup> Con applicazione quindi del «principio dell'esaurimento» che impedisce all'autore di controllare gli atti di circolazione dell'opera compiuti dall'acquirente successivamente al suo acquisto, eccetto per le previsioni in materia di prestito e noleggio. Nell'ordinamento Statutitense la "*first sale doctrine*" è prevista alla *Section 109 del Copyright Act*

rete.<sup>128</sup> Questo problema fu affrontato nel *US White Paper* nel quale viene presa una diversa posizione sull'applicazione della *first sale doctrine* nella realtà digitale. Si propose infatti di modificare il concetto di trasmissione e di limitare il diritto di distribuzione solo per le cessioni di copie ottenute in modo conforme alle previsioni di legge: «*To transmit a reproduction is to distribute it by any device or process where by a copy or a phonorecord of the work is fixed beyond the place from which it was sent. If the owner of a particular copy transmits a copy to another person without authorization, such a transmission would involve an unlawful reproduction of a work, and the first sale doctrine would not shield the transmitter from liability for the reproduction not for distribution. Under the first sale doctrine, the owner of a particular copy of a copyrighted work may distribute it, but may not reproduce it(...). If the reproduction is unlawful, further distribution of unlawful reproduction would not be allowed under the first sale doctrine because the copy distributed would not be allowed under the first sale doctrine because the copy distributed would not be one lawfully made under the copyright act as required by the statute*»<sup>129</sup>. Secondo la linea seguita dagli USA, il diritto di distribuzione non sarebbe dovuto essere l'unico diritto applicabile, al suo fianco avrebbero dovuto operare anche i diritti di *public performance* e *public display*.<sup>130</sup> In Europa invece, dopo un iniziale idea di applicare il diritto di noleggio<sup>131</sup> per la circolazione di opere dell'ingegno tramite Internet, fu deciso di optare per l'estensione di un diritto di natura

---

<sup>128</sup> Il principio dell'esaurimento non era l'unico problema da risolvere, l'avvento della rete avrebbe comportato un naturale ridimensionamento anche del diritto di importazione, che andava modificato per poter garantire una tutela agli autori anche nel caso in cui le trasmissioni online avvenissero dall'estero

<sup>129</sup> «Us White Paper» *Working Group on Intellectual Property Rights, Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights.*

<sup>130</sup> Previsti dalla Section 101 dello US Copyright Act. P. MARZANO, *Diritto d'autore e Digital Technologies*, 2005, Giuffrè, p. 130 e ss. «La nozione in esame è idonea a ricomprendere tanto le ipotesi di immediata percezione quanto di comunicazione dell'opera successivamente alla sua delivery. L'ausilio di tale diritto pertanto, si dimostra, nella realtà digitale e soprattutto dinanzi alle nuove tecnologie di trasmissione digitale che non comportano la realizzazione di copie dell'opera trasmessa nel computer dell'utente ricevente, di grande rilievo.»

<sup>131</sup> Previsto all'art. 1 della direttiva 92/100. «Gli Stati membri riconoscono il diritto di autorizzare o proibire il noleggio ed il prestito degli originali e delle copie di opere protette dal diritto d'autore e di altre realizzazioni [...] Per "noleggio si intende la cessione in uso per un periodo limitato di tempo ai fini di un beneficio economico o commerciale diretto o indiretto.»

diffusiva come il diritto di comunicazione, che non prevede nessun esaurimento come specificato anche dal dettato normativo, perché fu ritenuto che il diritto di distribuzione fosse intrinsecamente legato alla circolazione dell'opera incorporata in supporti fisici. Quest'ultima impostazione prevalse all'interno del WTC del 1996, nel quale il diritto di distribuzione fu adottato all'art. 6, norma che si riferisce esclusivamente a copie tangibili, mentre il diritto di comunicazione al pubblico fu riconosciuto all'art. 8 come «Il diritto esclusivo degli autori di opere letterarie ed artistiche di autorizzare ogni comunicazione al pubblico delle loro opere, con o senza fili, inclusa la messa a disposizione al pubblico in modo tale da consentire l'accesso alle opere nel luogo e nel tempo scelti individualmente». La scelta compiuta nel WTC introduce all'interno dell'alveo dei diritti di comunicazione il nuovo concetto di «messa a disposizione del pubblico».<sup>132</sup> Questa facoltà esclusiva, che si distingue dalle altre fattispecie diffusive perché l'opera può essere fruita online sulla base di una libera scelta compiuta dall'utente in qualsiasi momento ed in ogni luogo, si occupa concretamente solo della fase in cui il contenuto protetto viene messo a disposizione, tralasciando l'eventualità di una attività di trasmissione successivamente messa in atto dall'utente.<sup>133</sup> Un

---

<sup>132</sup> Questa scelta ha preso il nome di «*half opened umbrella solution*» perché seppur la facoltà di messa a disposizione del pubblico sia formalmente ricompresa tra i diritti di comunicazione essa rappresenta anche una nuova facoltà esclusiva per i titolari dei diritti connessi. «Sin dal momento in cui, intorno alla metà degli anni novanta, si affaccia l'esigenza di aggiornare la protezione di autori ed artisti interpreti ed esecutori in rapporto alle nuove utilizzazioni rese possibili dall'evoluzione tecnologica, la qualificazione giuridica dei servizi *on demand* prestati a distanza attraverso la rete internet si presenta come un nodo difficile da sbrogliare. Da un lato, appare subito chiaro che la trasmissione digitale può rappresentare ora uno strumento di distribuzione di esemplari dematerializzati, ora invece una modalità di comunicazione al pubblico. Dall'altro però non tutti sono propensi a farne dipendere la sussunzione sotto l'una o l'altra fattispecie dal differente esito finale dell'utilizzazione. Nella prospettiva di un più netto rafforzamento della posizione sia degli autori sia dei titolari di diritti connessi si fa così strada l'idea di anticiparne la tutela al momento della semplice messa a disposizione in rete dei contenuti protetti, indipendentemente dalla loro successiva trasmissione e dal fatto che quest'ultima sia funzionale a far acquisire all'utente la definita disponibilità di una copia digitale o soltanto a consentirgli di visionare o ascoltare. E di qui si trae spunto per proporre l'introduzione di una nuova facoltà: la messa a disposizione del pubblico. Distinta dalla comunicazione al pubblico, così da poter formare oggetto di esclusiva dei titolari di diritti connessi; ma che al tempo stesso, dovrebbe restare agganciata ad essa, visti i disagi che l'introduzione di un diritto esclusiva del tutto nuovo e autonomo avrebbe comportato ai rapporti già in essere.» R.RIVARO, *L'applicazione del principio di esaurimento alla distribuzione digitale di contenuti protetti* in *Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, 2014

<sup>133</sup> Attività in ogni caso vietata perché riservata esclusivamente ai titolari, come conferma il mancato operare del principio dell'esaurimento del diritto di distribuzione.

concetto che sarà inserito anche del WPPT in merito ai diritti degli artisti interpreti ed esecutori e dei produttori. Previsti agli articoli 10 e 14 del Trattato. Queste norme però a differenza del WTC non collocano la facoltà esclusiva in esame nell'alveo dei diritti distributivi o diffusivi, bensì la considerano come una nuova facoltà autonoma rispetto al diritto di comunicazione al pubblico.<sup>134</sup> La trasposizione di queste disposizioni nell'ordinamento europeo tramite la direttiva InfoSoc ha portato alla specificazione che il diritto di comunicazione al pubblico, comprensivo anche del nuovo diritto di messa a disposizione del pubblico in maniera tale che ciascuno possa accedervi nel momento e dal luogo individualmente scelto, necessita il ricorso ad un concetto di pubblico più vasto di quello originariamente previsto dal diritto di comunicazione.<sup>135</sup> Infatti per poterlo applicare all'ambiente digitale bisogna comprendere non solo i soggetti che fruiscono della stessa opera nello stesso luogo e nello stesso momento ma in luoghi e momenti diversi.

## **2.2.) L'estensione dei diritti patrimoniali d'autore all'ambiente digitale nella direttiva 29/2001/CE**

Le norme in tema di diritto d'autore digitale così come disegnate nei trattati WIPO sono state trasposte nella direttiva europea sulla società dell'informazione e recepite all'interno degli Stati membri<sup>136</sup>. L'assetto normativo così disegnato, pensato per un mercato della distribuzione online delle opere dell'ingegno che si basasse sugli stessi assunti propri della

---

<sup>134</sup> Cd «*umbrella solution*» intesa come una soluzione normativa che sia priva di ogni riferimento espresso alla tipologia distributiva o diffusiva dei diritti esercitati. In modo tale da lasciare la scelta ai singoli Stati aderenti. La messa a disposizione del pubblico, con riferimento ai diritti connessi di artisti interpreti ed esecutori, è da considerarsi come un diritto chiaramente distinto dalla comunicazione al pubblico. Questa soluzione è stata adottata in virtù delle intese raggiunte tra le delegazioni europea e statunitense nell'ambito dei lavori preparatori dei Trattati WIPO per evitare che l'assimilazione della trasmissione digitale ad una comunicazione al pubblico finisse per trascurare gli interessi dei titolari dei diritti connessi, in favore dei quali la comunicazione al pubblico prevede solo la corresponsione di un equo compenso.

<sup>135</sup> Anche se la definizione esatta di "pubblico" non è mai stata statuita dal legislatore comunitario possiamo ricostruirne gli elementi fondanti: la contestualità e la contemporaneità del godimento dell'opera da parte una pluralità di soggetti. Questi, dunque, per godere dell'opera dovranno trovarsi tutti insieme nello stesso luogo e nello stesso momento.

<sup>136</sup> La trasposizione delle norme internazionali e comunitarie negli ordinamenti interni degli stati membri in realtà non ha pienamente raggiunto l'obiettivo sperato di armonizzazione, bensì ha dato adito a numerosi contrasti a livello dottrinario e giurisprudenziale sulle modalità di applicazione dei principi.

distribuzione in ambiente analogico, ha rinforzato l'istituto del diritto d'autore sotto diversi punti di vista, sia relativamente alla durata della protezione che all'ampiezza di oggetto e contenuto del diritto stesso. Questo, seppur giustificato dal fatto che i titolari dei diritti devono essere messi in condizione di ottenere adeguata remunerazione dalla fruizione delle proprie opere online, ha causato una forte distanza tra la disciplina legislativa ed il modo in cui venivano realmente distribuite le opere digitali. Il diritto di distribuzione aveva già fatto la sua comparsa nell'ordinamento europeo con l'adozione della Direttiva 91/250 in materia di programmi per elaboratore. Il quale prevedeva anche il connesso esaurimento del diritto dopo la prima vendita di una copia del programma.<sup>137</sup> L'anno seguente fu anche ricompreso nell'art. 9 della Direttiva 92/100 concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto d'autore in materia di proprietà intellettuale<sup>138</sup> nella quale viene utilizzata la terminologia «messa a disposizione del pubblico» solitamente applicata per le facoltà diffusive, rendendo molto difficile la distinzione. Il quadro legislativo dell'Unione quindi aveva assunto contorni a dir poco confusionari. In seguito all'adozione dei trattati WIPO e della Direttiva InfoSoc il diritto di distribuzione trova una definizione diversa, sparisce infatti la terminologia «messa a disposizione del pubblico». L'art. 4 della direttiva così recita: «Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi forma di distribuzione al pubblico dell'originale delle loro opere o di loro copie, attraverso la vendita o in altro modo. Il diritto di distribuzione dell'originale o di copie dell'opera non si esaurisce nella Comunità, tranne nel caso in cui la prima vendita o il primo altro trasferimento di proprietà nella Comunità di detto oggetto sia effettuata dal titolare del diritto o con il suo consenso.» Nella direttiva europea è poi ulteriormente specificato che, la facoltà di mettere a disposizione le opere al pubblico in maniera tale che ciascuno possa accedervi

---

<sup>137</sup> Ma non in caso di ulteriore locazione del software, la questione assume contorni controversi per quanto riguarda la natura del contratto di licenza d'uso.

<sup>138</sup> Art. 9 Dir 92/100 «Gli Stati membri riconoscono alle categorie di titolari indicati il diritto esclusivo (in appresso denominato « diritto di distribuzione ») di autorizzare la messa a disposizione del pubblico con qualsiasi mezzo, compresa la vendita, delle seguenti realizzazioni, comprese le copie delle medesime: agli artisti interpreti o esecutori, le fissazioni delle loro prestazioni artistiche, ai produttori di fonogrammi, i loro fonogrammi, ai produttori delle prime fissazioni di una pellicola, l'originale e la copia della loro pellicola, agli organismi di radiodiffusione, le fissazioni delle loro emissioni, in conformità dell'articolo 6, paragrafo 2.»

nel momento e dal luogo individualmente scelto, è ricompresa nel diritto di comunicazione al pubblico previsto nell'art. 3.<sup>139</sup> Ciò significa che la messa a disposizione del pubblico si concretizza nella possibilità di sfruttare l'opera solo in forma immateriale tramite lo sfruttamento di un servizio online. Eppure il risultato finale così come esso è percepito dall'utente, consiste nell'acquisizione di un file digitale che è comunque suscettibile di essere riprodotto e anche distribuito in qualsiasi momento successivo all'acquisizione della disponibilità dello stesso tramite il suddetto servizio online. Proprio per evitare questo pericolo, cioè che una volta effettuata una copia di un contenuto diffuso online questa possa essere riprodotta e nuovamente distribuita senza il consenso dell'autore e dei titolari dei diritti, la norma specifica al terzo comma che non opera il principio di esaurimento del diritto dopo alcun atto di comunicazione e messa a disposizione dell'opera, ma il titolare continua a poter controllare tutti i passaggi successivi. Inoltre è specificato che anche qualora la copia del contenuto digitale sia successivamente resa tangibile, egualmente il diritto non si esaurisce,<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup> Articolo 3 Direttiva 29/2001/CE Diritto di comunicazione di opere al pubblico, compreso il diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti: « 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. Gli Stati membri riconoscono ai soggetti sotto elencati il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la messa a disposizione del pubblico, su filo o senza filo, in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente: gli artisti interpreti o esecutori, per quanto riguarda le fissazioni delle loro prestazioni artistiche; ai produttori di fonogrammi, per quanto riguarda le loro riproduzioni fonografiche; ai produttori delle prime fissazioni di una pellicola, per quanto riguarda l'originale e le copie delle loro pellicole; agli organismi di diffusione radiotelevisiva, per quanto riguarda le fissazioni delle loro trasmissioni, siano esse effettuate su filo o via etere, comprese le trasmissioni via cavo o via satellite. I diritti di cui ai paragrafi 1 e 2 non si esauriscono con alcun atto di comunicazione al pubblico o con la loro messa a disposizione del pubblico, come indicato nel presente articolo.» Questo articolo compie un ampliamento dei soggetti interessati rispetto al suo corrispettivo previsto nei trattati WIPO. Infatti Oltre ai diritti dell'autore, del produttore di fonogrammi e degli interpreti esecutori il nuovo diritto di messa a disposizione del pubblico viene riconosciuto anche in favore delle categorie degli enti radiofonici e dei produttori di opere audiovisive.

<sup>140</sup> Considerando 29 Direttiva InfoSoc «La questione dell'esaurimento del diritto non si pone nel caso di servizi, soprattutto di servizi "on-line". Ciò vale anche per una copia tangibile di un'opera o di altri materiali protetti realizzata da un utente di tale servizio con il consenso del titolare del diritto. Perciò lo stesso vale per il noleggio e il prestito dell'originale e delle copie di opere o altri materiali protetti che sono prestazioni in natura. Diversamente dal caso dei CD-ROM o dei CD-I, nel quale la proprietà intellettuale è incorporata in un supporto materiale, cioè in un bene, ogni servizio "on-line" è di fatto un atto che dovrà essere sottoposto ad autorizzazione se il diritto d'autore o i diritti connessi lo prevedono.»

questa disposizione però rischia di creare ulteriore confusione perché di fatto introduce una disciplina differente per la circolazione della medesima opera digitale a seconda che essa sia contenuta sin dall'inizio in un supporto fisico, e quindi possa essere successivamente ceduta a terzi senza la necessità di chiedere preventivamente il consenso del titolare dei diritti, oppure vi sia stata successivamente incorporata dall'utente, in tal caso al contrario l'opera resta sotto il dominio esclusivo del titolare dei diritti d'autore al quale è permesso di controllare anche il trasferimento a terzi. Quanto appena detto apre alcuni interrogativi. Infatti non è così agevole per l'interprete stabilire esattamente quali sono i rapporti tra la «messa a disposizione del pubblico» di contenuti digitali, disciplinata dall'art.3 della direttiva, per la quale non opera il principio dell'esaurimento, e la distribuzione degli stessi, disciplinata invece dall'art. 4.<sup>141</sup>

Si tratta di due diritti non solo tra loro confinanti ma anche parzialmente sovrapposti, perché nella realtà digitale la distinzione tra atti di distribuzione e di messa a disposizione del pubblico non è sempre così intuitiva. La questione deve essere posta nei seguenti termini: Siccome il diritto di distribuzione si riferisce a quelle utilizzazioni dell'opera che prevedano il trasferimento del diritto di proprietà<sup>142</sup>, dobbiamo compiere una valutazione sul titolo che sta alla base di una trasmissione di un contenuto intangibile in formato digitale. Esso è assimilabile ad una fattispecie contrattuale che possa rientrare negli schemi della vendita<sup>143</sup>? E soprattutto quale nozione di vendita va presa in

---

<sup>141</sup> DA P. MARZANO, *Diritto d'autore e Digital Technologies*, Giuffrè, Milano, 2005 «Sembra dunque che, giunti all'adozione dell'ultima direttiva in tema di diritti d'autore, l'opera di armonizzazione svolta dal Legislatore comunitario prevede un "atto di messa a disposizione del pubblico" che, ove compiuto off line, è qualificabile come esercizio del diritto di distribuzione, mentre, ove compiuto on line, è qualificabile come atto di comunicazione al pubblico. Ma al di fuori della dicotomia ora esposta sembrano porsi, i software e le banche dati»

<sup>142</sup> CORTE DI GIUSTIZIA CE, 17 Aprile 2008 C 456/06 *Peek & Cloppenburg KG c. Cassina s.p.a.* in AIDA, 2009, p. 354 «La nozione di distribuzione "attraverso la vendita o in altro modo" ex art. 4 della direttiva 29/2001/CE abbraccio soltanto le forme di distribuzione che implicano un trasferimento della proprietà e non si estendere all'esposizione al pubblico di un esemplare di opera protetta del diritto d'autore.»

<sup>143</sup> I principali distributori di contenuti digitali come Apple e Amazon hanno iniziato ad usare il contratto di licenza d'uso per disciplinare la circolazione dei contenuti protetti. [https://www.amazon.it/gp/help/customer/display.html/ref=help\\_search\\_1-1?ie=UTF8&nodeId=200771440&qid=1473874259&sr=1-1](https://www.amazon.it/gp/help/customer/display.html/ref=help_search_1-1?ie=UTF8&nodeId=200771440&qid=1473874259&sr=1-1) consultato in data 16 aprile 2016. Questo comporta che un atto di trasferimento compiuto sulla base di un contratto di licenza d'uso non configurerebbe un atto di distribuzione vero e proprio e quindi non consentirebbe l'operare del principio dell'esaurimento. La discussione ruota attorno al fatto

considerazione?<sup>144</sup> La risposta data dalla giurisprudenza afferma che il contratto di trasmissione telematica di contenuti digitali è astrattamente riconducibile allo schema della vendita, e quindi soggetto all'esaurimento del diritto, ogni volta in cui il contratto sia volto a garantire all'acquirente l'utilizzazione, senza limiti di natura temporale, del software, a fronte del pagamento di un corrispettivo<sup>145</sup>. Questo significa che il contratto di licenza d'uso prediletto dalle industrie culturali è solo uno dei possibili schemi negoziali applicabili all'offerta di contenuti digitali, e che quindi la natura diffusiva o distributiva di un'attività di trasmissione di contenuti digitali va stabilita di volta in volta dalla qualificazione del contratto concluso tra l'utente ed il fornitore di contenuti. Non basta però la qualificazione come atto di distribuzione a rendere lecita la cessione di una copia digitale dal primo acquirente ad un terzo come nella circostanza in cui ad essere trasferito sia un bene fisico. Occorre anche considerare che il trasferimento di un contenuto digitale ha come oggetto non l'esemplare originale ma una sua copia, e che il principio dell'esaurimento riguarda solo il diritto di distribuzione e non quello di riproduzione, che resta facoltà esclusiva del titolare dei diritti così come previsto dall'articolo 2 della Direttiva. Il risultato è che nonostante il verificarsi dell'esaurimento il titolare dei diritti continuerà a controllare la circolazione delle copie delle sue opere immesse in rete;<sup>146</sup>

---

se la decisione di usare il contratto di licenza al posto di quello di compravendita sia motivata da questioni di opportunità o derivi da una scelta obbligatoria fatta dal legislatore con la previsione di un diverso diritto di messa a disposizione del pubblico per tutti i contenuti non incorporati in un supporto fisico.

<sup>144</sup> In particolare il dubbio è se possa essere ricavata dall'ordinamento comunitario oppure, una volta individuato l'ordinamento interno di riferimento, è necessario verificare se questo ammetta la previsione di contratti di vendita che abbiano ad oggetto non solo beni materiali ma anche beni immateriali. La Corte di Giust. dell'UE si è espressa sul tema con la sentenza del 4 Ottobre 2011 nel caso *Football Association Premier League Ltd. e a. c. QC Leisure e a.* la corte di giustizia ha affermato che «Le nozioni utilizzate da tutte le direttive devono avere lo stesso significato, salvo diversa volontà del legislatore espressa in un contesto legislativo preciso.»

<sup>145</sup> La corte di giustizia si è occupata del problema nel già citato caso *Orcle c. USedSoft* nel quale ha affermato che il contratto alla base della trasmissione online di un programma per elaboratore possa sostanziare una vendita produttiva dell'esaurimento del relativo diritto di distribuzione ai sensi dell'art. 4 della direttiva Infosoc qualora il titolare del diritto d'autore che abbia autorizzato il download su supporto informatico abbia parimenti conferito, a fronte del pagamento di un prezzo diretto a consentirgli l'ottenimento di una remunerazione corrispondente al valore economico della copia dell'opera di cui è proprietario, il diritto di utilizzare la copia stessa senza limitazioni di durata.

<sup>146</sup> A risolvere questa contraddizione per i programmi per elaboratore interviene la Direttiva 24/2009/CE che introduce con l'art. 5 «Limiti ai poteri del titolare dei diritti in favore del

poiché sarà impossibile, per il terzo acquirente di un contenuto digitale, procedere al *download* del file senza l'autorizzazione del titolare, anche in quelle circostanze in cui l'alienante dopo la cessione si sia privato della disponibilità dello stesso ed il titolare dei diritti abbia già ottenuto un'adeguata remunerazione con la prima vendita del file digitale nel quale era contenuta l'opera. Così facendo però si finisce per svuotare di significato il principio dell'esaurimento<sup>147</sup> «con il risultato di minare un pilastro essenziale del Mercato unico europeo, presupposto della regola dell'esaurimento comunitario al cui consolidamento la stessa direttiva 2001/29/CE dichiara di voler contribuire: il principio della libera circolazione delle merci.»<sup>148</sup>

In conclusione possiamo dire che il tentativo di armonizzazione sia riuscito solo parzialmente analizzando la situazione alla luce delle più recenti indicazioni di policy provenienti dalle istituzioni europee possiamo notare come siamo ben lontano dal raggiungimento di quell'auspicato contemperamento tra interessi dei titolari dei diritti d'autore e tutela dei consumatori che è indispensabile per la creazione di un mercato unico nel quale i contenuti creativi possano essere distribuiti in maniera uniforme.

---

legittimo acquirente per usi conformi alla sua destinazione» dovendosi intendere come legittimo acquirente non soltanto il primo ma anche ogni altro a lui successivo a fronte del pagamento di un corrispettivo. Garantendo così l'effettiva applicazione del principio dell'esaurimento alla circolazione del programma per elaboratore. Manca però una norma corrispondente nella direttiva InfoSoc. Questo ha portato la dottrina a ritenere che l'acquirente di un contenuto digitale protetto da diritto d'autore, diverso dal software, non possa mai invocare l'operabilità del principio dell'esaurimento. U. PATRONI GRIFFI, *Il diritto di distribuzione* in AIDA 2010 p. 197 «Il diritto di distribuzione in forma digitale e con modalità interattiva riconosciuto agli autori ed ai titolari di diritti connessi e disciplinato in modo omogeneo, mostra di avere “fisionomia sua propria” rispetto alla distribuzione dell'opera materiale; in particolare tale forma di distribuzione non determina l'esaurimento del relativo diritto e ciò perché a causa della natura digitale dell'opera e quindi dell'impossibilità di verificare che chi la trasferisce a terzi ne perda effettivamente il possesso.»

<sup>147</sup> Cfr. Corte di giustizia UE del 3 luglio 2012 «L'obiettivo del principio dell'esaurimento del diritto di distribuzione delle opere protette dal diritto d'autore è quello di limitare, al fine di evitare la compartimentazione dei mercati, le restrizioni alla distribuzione delle opere stesse a quanto necessario per proteggere l'oggetto specifico della proprietà intellettuale »

<sup>148</sup> Cfr. R.RIVARO, *L'applicazione del principio di esaurimento alla distribuzione digitale di contenuti protetti* in *Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, 2014

### **2.3) Il diritto di distribuzione e messa a disposizione del pubblico nell'ordinamento italiano**

A livello nazionale il diritto d'autore è disciplinato dal codice civile agli artt. 2575-2583 e dalla legge 633/41 sulla protezione del diritto d'autore e dei diritti connessi. Quest'ultima agli artt. 12-19 L.d.A. si occupa di disciplinare i diritti di utilizzazione economica delle opere dell'ingegno. I diritti patrimoniali d'autore si aggiungono alla categoria dei diritti morali<sup>149</sup>, la principale differenza tra le due tipologie di diritti sta nel fatto che i diritti patrimoniali sono trasmissibili a terzi mentre gli altri sono inalienabili. L'articolo 12 della L.d.A. stabilendo che l'autore ha il diritto di sfruttare economicamente l'opera «in ogni forma e modo» rende i diritti patrimoniali d'autore una categoria aperta, non preclude infatti l'ampliamento, anche oltre le fattispecie disciplinate dalla legge, della modalità tramite la quali gli autori possano trarre un profitto dalle proprie opere. La legge sul diritto d'autore con il passare del tempo ha subito numerose modifiche per favorirne l'adattamento ai trattati internazionali e alle direttive dell'Unione. In particolare il D.Lgs. 68/2003 in attuazione della Direttiva 29/2001/CE ha aggiornato le norme in tema di diritto di distribuzione spettante ai titolari di diritti d'autore e diritti connessi. Per i primi, vengono aggiunte alla precedente formulazione dell'articolo 17 due norme. La prima ha ad oggetto l'esercizio del diritto di distribuzione *off line* mentre la seconda l'esercizio del diritto di distribuzione di copie diffuse *on line*.<sup>150</sup> L'art. 3 del D.lgs.

---

<sup>149</sup> Sono disciplinati dagli articoli da 20 a 24 della L.d.A. e hanno lo scopo di proteggere la personalità dell'autore che egli ha espresso con la creazione della sua opera, consentendogli di opporsi a eventuali modifiche all'opera stessa che possano causare pregiudizio alla sua reputazione. Si tratta del diritto alla paternità dell'opera, diritto all'integrità dell'opera e del diritto d'inedito. I diritti morali a differenza di quelli patrimoniali non hanno limitazioni temporali e possono essere fatti valere anche dopo la morte dell'autore dai suoi eredi.

<sup>150</sup> Art. 17 L.d.A. « Il diritto esclusivo di distribuzione ha per oggetto la messa in commercio o in circolazione, o comunque a disposizione, del pubblico, con qualsiasi mezzo ed a qualsiasi titolo, dell'originale dell'opera o degli esemplari di essa e comprende, altresì, il diritto esclusivo di introdurre nel territorio degli Stati della Comunità europea, a fini di distribuzione, le riproduzioni fatte negli stati extracomunitari. Il diritto di distribuzione dell'originale o di copie dell'opera non si esaurisce nella Comunità europea, se non nel caso in cui la prima vendita o il primo atto di trasferimento della proprietà nella Comunità sia effettuato dal titolare del diritto o con il suo consenso. Quanto disposto dal comma 2 non si applica alla messa a disposizione del pubblico di opere in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, anche nel caso in cui sia consentita la realizzazione di copie dell'opera. Ai fini dell'esaurimento di cui al comma 2, non costituisce esercizio del diritto esclusivo di distribuzione la consegna gratuita di esemplari

modificando il precedente art. 17, ha introdotto nuovi elementi al principio di esaurimento del diritto, ribadendo quanto affermato dal legislatore comunitario sulla non operabilità del principio dell'esaurimento in caso di trasmissione di contenuti protetti in formato digitale tramite la rete. Il diritto di distribuzione dell'originale o di copie dell'opera non si esaurisce in caso di «messa a disposizione del pubblico di opere in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, anche nel caso in cui sia consentita la realizzazione di copie dell'opera». Inoltre è specificato che «non costituisce esercizio del diritto esclusivo di distribuzione la consegna gratuita di esemplari delle opere, effettuata o consentita dal titolare a fini promozionali, di insegnamento o di ricerca scientifica». Quanto alle modifiche apportate agli articoli dedicati al diritto di distribuzione dei produttori fonografici e degli artisti interpreti ed esecutori il D.lgs. 68/2003 non stabilisce alcunché in tema di esaurimento del diritto di distribuzione di opere originariamente diffuse on line.<sup>151</sup>

Riguardo il diritto di comunicazione al pubblico è stato introdotto dall'articolo 2 del D.lgs. nell'articolo 16 della L.d.A.<sup>152</sup> Il primo comma dell'articolo 16 sancisce quali sono gli atti di comunicazione che necessitano dell'autorizzazione del titolare dei diritti per essere compiuti. Il secondo comma prevede invece la messa a disposizione del pubblico, che ricomprende le trasmissioni in forma digitale e soprattutto lo *streaming on demand*. Il terzo comma dell'articolo si occupa del principio dell'esaurimento. Infatti sancisce che il diritto «non si esaurisce con alcun atto di comunicazione al pubblico, compresi gli atti di messa a disposizione del pubblico». Confermando l'ingresso del principio dell'esaurimento nel panorama dei diritti diffusivi, la

---

delle opere, effettuata o consentita dal titolare a fini promozionali, ovvero di insegnamento o di ricerca scientifica.»

<sup>151</sup> Modifiche del medesimo tenore sono state apportate ai diritti degli enti radiofonici e dei produttori di opere audiovisive disciplinati agli articoli 79 e 78-ter

<sup>152</sup> Nel quale viene recepito l'articolo 3 della Direttiva 29/2001/CE. Art. 16 L.d.A. «Il diritto esclusivo di comunicazione al pubblico su filo o senza filo dell'opera ha per oggetto l'impiego di uno dei mezzi di diffusione a distanza, quali il telegrafo, il telefono, la radiodiffusione, la televisione ed altri mezzi analoghi, e comprende la comunicazione al pubblico via satellite e la ritrasmissione via cavo, nonché quella codificata con condizioni di accesso particolari; comprende altresì la messa a disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente. Tale diritto non si esaurisce con alcun atto di comunicazione al pubblico, compresi gli atti di messa a disposizione del pubblico.»

norma ha sollevato più d'una perplessità in dottrina in merito alla sua effettiva utilità, considerando anche quanto già previsto in merito dall'articolo 17.

### **3)Il mercato unico digitale**

La comunicazione della Commissione «Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva.»<sup>153</sup> È stata approvata dal Consiglio dell'Unione europea nel 2010. All'interno di questa una particolare attenzione va riservata all'iniziativa per l'«Agenda digitale europea»<sup>154</sup> che si pone come obiettivo di rilanciare l'economia digitale grazie alla creazione di un «Mercato unico digitale» fondato sull'utilizzo uniforme della rete Internet in tutti gli Stati dell'Unione Europea. In questo scenario i cittadini potranno scegliere liberamente di acquistare online all'interno dell'Unione il servizio che reputano più conveniente in rapporto qualità e prezzo, e le imprese potranno vendere in qualsiasi parte del territorio dell'UE. Quindi lo scopo primario che il Mercato unico digitale vuole raggiungere è il crollo delle barriere nazionali che sono di ostacolo alle transazioni online esattamente come successo nel settore del commercio di prodotti fisici.

Questa strategia si fonda su tre obiettivi:

---

<sup>153</sup> COMMISSIONE EUROPEA. «*Comunicazione Europa 2020*» Questa strategia consiste in un progetto dell'UE volto all'espansione dell'economia digitale e alla crescita delle imprese europee. Il ruolo dell'Europa come guida verso un *Digital Single Market* le è attribuito dall'articolo 4, par. 2 del TFUE (Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) il quale sancisce che l'Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri nel settore del mercato interno. Quest'ultimo è disciplinato sempre nel TFUE agli articoli 26 e 27. «L'Unione adotta le misure destinate all'instaurazione o al funzionamento del mercato interno, conformemente alle disposizioni pertinenti dei trattati. Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati. Il Consiglio, su proposta della Commissione, definisce gli orientamenti e le condizioni necessari per garantire un progresso equilibrato nell'insieme dei settori considerati.» (Art. 26 TFUE) «Nella formulazione delle proprie proposte intese a realizzare gli obiettivi dell'articolo 26, la Commissione tiene conto dell'ampiezza dello sforzo che dovrà essere sopportato, per l'instaurazione del mercato interno, da talune economie che presentano differenze di sviluppo e può proporre le disposizioni appropriate. Se queste disposizioni assumono la forma di deroghe, esse debbono avere un carattere temporaneo ed arrecare meno perturbazioni possibili al funzionamento del mercato interno.» (Art. 27 TFUE)

<sup>154</sup> COMMISSIONE EUROPEA, Bruxelles, 19.5.2010 COM (2010) 245, Comunicazione della commissione al Parlamento Europeo al Consiglio al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni. *Un'agenda digitale europea*. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex:52010DC0245>

1. Facilitare ai consumatori e alle imprese l'accesso online a prodotti e servizi in tutta l'Europa;
2. Migliorare le condizioni affinché le reti e i servizi digitali possano svilupparsi e prosperare;
3. Promuovere la crescita dell'economia digitale europea.

E su altrettanti «pilastri» all'interno dei quali sono state previste ben 16 «azioni chiave»<sup>155</sup>:

- a) Migliorare l'accesso ai beni e servizi digitali in tutta Europa per i consumatori e le imprese.
  - Tramite l'introduzione di norme intese ad agevolare il commercio elettronico transfrontaliero<sup>156</sup>;
  - L'attuazione più rapida ed omogenea di norme di protezione dei consumatori<sup>157</sup>;
  - Lo sviluppo servizi di consegna più efficienti a prezzi accessibili<sup>158</sup>;
  - L'eliminazione del blocco geografico<sup>159</sup>;

---

<sup>155</sup> JEAN-CLAUDE JUNCKER, Presidente della Commissione, ha dichiarato: «Oggi abbiamo gettato le basi per il futuro digitale dell'Europa. Voglio assistere alla creazione di reti di telecomunicazioni su scala continentale, servizi digitali che attraversano le frontiere e una moltitudine di start-up europee innovative. Voglio che ciascun consumatore faccia gli affari migliori e che ciascuna impresa abbia accesso al mercato più esteso, ovunque si trovino in Europa. Esattamente un anno fa, ho promesso di fare del mercato unico pienamente digitale una delle mie massime priorità. Oggi manteniamo la promessa. Le 16 iniziative previste dalla nostra strategia per il mercato unico digitale contribuiranno a preparare il mercato unico all'era digitale.»

<sup>156</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicato stampa: Un mercato unico digitale per l'Europa*, Maggio 2015, Bruxelles, la Commissione definisce 16 iniziative per realizzarlo «Ciò include norme dell'Ue armonizzate in materia di contratti e di tutela dei consumatori per gli acquisti online, che si tratti di beni materiali o di contenuti digitali. I consumatori beneficerebbero di una più vasta gamma di diritti e di offerte, mentre le imprese venderebbero più facilmente in altri paesi dell'UE. Ne risulterà una maggiore fiducia nell'acquistare e vendere oltre frontiera»

<sup>157</sup> Mediante la revisione del Regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 Ottobre 2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori (Regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori).

<sup>158</sup> La nuova edizione del sondaggio *Eurobarometro sul commercio elettronico* ha stabilito che «Attualmente, il 62% delle imprese che cercano di vendere online sostiene che il costo eccessivo della consegna dei pacchi costituisce un ostacolo».

<sup>159</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicato stampa: Un mercato unico digitale per l'Europa*, Maggio 2015, Bruxelles «Pratica utilizzata per motivi commerciali, secondo la quale i venditori online impediscono ai consumatori di accedere a un sito Internet sulla base della loro ubicazione, o li reindirizzano verso un sito di vendite locale che pratica prezzi diversi. Siffatto blocco può significare, ad esempio, che il noleggio di automobili sarà più costoso se effettuato a partire da un determinato Stato membro rispetto all'identica operazione nello stesso paese di destinazione»

- L'individuazione di potenziali problemi relativi alla concorrenza che possano incidere sui mercati europei del commercio elettronico<sup>160</sup>;
  - L'aggiornamento della legislazione sul diritto d'autore che dovrà diventare più moderna ed europea<sup>161</sup>;
  - La revisione della direttiva sulla trasmissione via satellite e via cavo<sup>162</sup>;
  - La riduzione degli oneri amministrativi che derivano alle imprese dai diversi regimi IVA<sup>163</sup>.
- b) Creare un contesto favorevole e parità di condizioni affinché le reti digitali e i servizi innovativi possano svilupparsi:
- La Commissione intende presentare una revisione della regolamentazione europea in materia di telecomunicazioni;
  - Riesaminare il quadro dei media audiovisivi;
  - Effettuare un'analisi dettagliata del ruolo delle piattaforme online;
  - Rafforzare la fiducia nei servizi digitali e la sicurezza degli stessi per quanto riguarda il trattamento di dati personali;

---

<sup>160</sup> La Commissione europea ha avviato oggi un'inchiesta in materia di antitrust nel settore del commercio elettronico nell'Unione europea. COMMISSIONE EUROPEA, Comunicato stampa, Antitrust: Indagine settoriale della commissione sul commercio elettronico, Bruxelles, Maggio 2015. M. VESTAGER, Commissaria europea responsabile della politica di concorrenza, ha dichiarato: «Troppi ostacoli si frappongono ancora all'accesso transfrontaliero dei cittadini europei a beni e servizi online. A volte sono le imprese stesse a creare tali ostacoli. Con questa indagine settoriale intendo valutare quanto sono diffusi e quanto incidono sulla concorrenza e sui consumatori. Se dovesse risultare che tali ostacoli hanno effetti anticoncorrenziali, non esiteremo a prendere misure in base alla normativa antitrust dell'UE.»

<sup>161</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicato stampa: Un mercato unico digitale per l'Europa*, Maggio 2015, Bruxelles, la Commissione definisce 16 iniziative per realizzarlo. «Entro fine 2016 saranno presentate proposte legislative volte a ridurre le disparità tra i regimi di diritto d'autore nazionali e a permettere un accesso online più ampio alle opere in tutta l'UE, anche mediante ulteriori misure di armonizzazione. L'obiettivo è migliorare l'accesso dei cittadini ai contenuti culturali online, sostenendo così la diversità culturale, e allo stesso tempo sbloccando nuove opportunità per i creatori e per l'industria di contenuti. In particolare la Commissione intende garantire che gli acquirenti di film, musica o articoli possano fruirne anche quando viaggiano nel territorio europeo. Essa esaminerà inoltre il ruolo degli intermediari online per quanto riguarda le opere protette dal diritto d'autore e migliorerà l'applicazione della legge nei confronti delle violazioni su scala commerciale dei diritti di proprietà intellettuale»

<sup>162</sup> Id. «Per verificare se il suo ambito di applicazione debba essere esteso alle trasmissioni radiotelevisive online e per esaminare come aumentare l'accesso transfrontaliero ai servizi radiotelevisivi in Europa»

<sup>163</sup> Id. «affinché anche i venditori di beni materiali verso altri paesi possano trarre vantaggio dal meccanismo elettronico di registrazione e pagamento unici; con una soglia di IVA comune per sostenere le start-up più piccole che vendono online. »

- Implementare le possibili soluzioni per la sicurezza informatica.
- c) Massimizzare il potenziale di crescita dell'economia digitale:
- Proporre un'iniziativa europea per il libero flusso dei dati;
  - Individuare la priorità per l'elaborazione di norme e l'interoperabilità in settori fondamentali;
  - Promuovere un nuovo piano d'azione per *l'eGovernment*.

Il primo problema che si frappona tra le intenzioni del legislatore europeo e il mercato reale dei beni e servizi è dovuto alla mancanza di garanzie di libero accesso ai contenuti diffusi online coperti da copyright. Per risolvere questo problema sono necessari numerosi cambiamenti nel contesto normativo, a partire dal raggiungimento di un bilanciamento tra la tutela autoriale e libero accesso tramite lo sviluppo di nuovi modelli contrattuali. Proprio per questo uno degli strumenti selezionati per la realizzazione del primo pilastro è una Riforma della legislazione europea in materia di diritti d'autore, ad occuparsi del tema è proprio uno dei primi documenti adottati in sede di attuazione dell'Agenda digitale: «*A Single Market for Intellectual Property Rights*»<sup>164</sup>. In questo scenario «qualcuno si può chiedere se, accanto al diritto d'autore che tradizionalmente conosciamo, non sia opportuno disegnare un diritto d'autore speciale, fatto su misura per il Digital Single Market. Ma la disciplina dovrebbe restare unica perché è il diritto d'autore in sé che deve rinnovarsi e adattarsi all'evolversi della creatività umana e ai mezzi di comunicazione. In altre parole deve armonizzarsi con il diritto delle comunicazioni, ormai fondato sulla piattaforma digitale unica e sulla convergenza. Quindi, con i diritti del cittadino nel mondo digitale.»<sup>165</sup> Questo rinnovamento del diritto d'autore, in una fase dove esso è entrato in contrasto con un ingente numero di diritti fondamentali non può che passare da un'evoluzione del regime delle eccezioni e delle libere utilizzazioni.

---

<sup>164</sup> EUROPEAN COMMISSION Brussels, 24.5.2011 COM(2011) 287 Final communication from the Commission to the European Parliament, A Single Market for Intellectual Property Rights Boosting creativity and innovation to provide economic growth, high quality jobs and first class products and services in Europe. « European IPR legislation must provide the appropriate "enabling framework" that incentivises investment by rewarding creation, stimulates innovation in an environment of undistorted competition and facilitates the distribution of knowledge.»

<sup>165</sup> Cfr. v. FRANCESCHELLI, *Digital Single Market: Diritto d'autore e società dell'informazione a pagamento* in *Rivista di Diritto Industriale*, fasc. 6, 2015, pag. 247

### **3.1) Tra tutela della proprietà intellettuale e diritto all'informazione: Il ruolo chiave delle eccezioni e limitazioni**

Il settore delle industrie culturali è stretto tra due morse: da un lato la tutela della proprietà intellettuale mentre dall'altro la circolazione delle informazioni ed il libero scambio delle medesime. Queste due istanze contrapposte rappresentano le due posizioni di un conflitto in fase emergente tra autori delle opere dell'ingegno ed il cosiddetto popolo della rete. Per ricostruire il quadro nel quale operano le imprese creative sarà necessario analizzare nel dettaglio le specifiche norme poste a tutela di queste due istanze e come queste interagiscono tra loro. Partendo dalla normativa internazionale dobbiamo iniziare la nostra analisi dall'articolo 27 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, approvata dalle Nazioni Unite il 10 Dicembre 1948 con la risoluzione n. 217 il quale prevede per ogni individuo « il diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici e il diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia autore»<sup>166</sup>, il diritto d'autore inoltre trova riconoscimento come diritto fondamentale anche all'interno del Patto internazionale sui diritti economici, sociali, e culturali del 1966, all'articolo 15. In ambito europeo invece, prima dell'emanazione della «Carta di Nizza»<sup>167</sup> si soleva ricomprendere la tutela del diritto d'autore all'interno della tutela del diritto di proprietà previsto dell'articolo 1 del Protocollo addizionale della CEDU<sup>168</sup>. Per quanto riguarda

---

<sup>166</sup> Possiamo vedere già subito all'interno del dettato dell'art 27 come il diritto d'autore trovi un primo contemperamento con l'interesse pubblico di libero accesso e libera partecipazione alla vita culturale ed al progresso scientifico. Questa concezione di diritto d'autore trascende la sfera dei meri interessi economici per collocarsi su una dimensione più nobile di tutela di un interesse pubblico alla crescita culturale e scientifica.

<sup>167</sup> La «Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» prevede espressamente all'art. 17 la protezione dei diritti di proprietà intellettuale all'interno del diritto comunitario. Ex art. 6 TUE « L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati.»

<sup>168</sup> Orientamento confermato da alcune recenti decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo. Es, *Balan v. Moldova* del 29 Gennaio 2008 (19247/03) fa ricomprendere l'uso non autorizzato di una fotografia tra le violazioni dell'art 1 del Protocollo n.1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali secondo il quale « Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale». La CEDU è entrata in vigore nel 1953 ed è stata resa esecutiva nel nostro

il diritto all'informazione, ovviamente è anch'esso previsto dalla Dichiarazione Universale sui diritti dell'uomo all'art. 19<sup>169</sup> e trova un riconoscimento, addirittura duplice, nell'ordinamento europeo dove è disciplinato sia nell'articolo 10 della CEDU che dall'articolo 11 della Carta dei diritti fondamentali<sup>170</sup>. Nell'ordinamento interno invece il riferimento più importante è dato dalle norme di rango costituzionale. In particolare l'art. 21 Cost. sulla libertà di manifestazione del pensiero sancisce che «Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione»<sup>171</sup>, mentre non è espressamente tutelata la proprietà intellettuale, benché essa possa essere ricompresa nelle norme poste a tutela della libertà delle arti e della scienza, del diritto di proprietà, della libera iniziativa economica privata e del diritto alla retribuzione<sup>172</sup>. La posizione degli autori, le facoltà esclusive dei quali sono elencate tra i diritti di utilizzazione economica delle opere che sono previsti dalla legge 633/41<sup>173</sup>,

---

paese nel 1955 con la legge n.848/55 mentre il Protocollo addizionale è stato firmato a Parigi il 20 Marzo 1952.

<sup>169</sup> « Ogni individuo ha il diritto alla libertà di opinione e di espressione, incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere.»

<sup>170</sup> Per quanto riguarda i rapporti tra queste due norme dedicate alla libertà di espressione e d'informazione interviene l'art. 52 della Carta di Nizza « Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa.»

<sup>171</sup> A differenza delle disposizioni internazionali il diritto di informazione qui non è sancito in maniera espressa. L'orientamento prevalente, avallato anche dalla corte costituzionale, sancisce che la norma costituzionale copra anche la facoltà di libero utilizzo di ogni mezzo di informazione in quanto legato da un nesso di strumentalità alla libera espressione e manifestazione del pensiero. Sent. 105/72 della corte costituzionale richiede l'esistenza, in uno stato democratico, di una pluralità di fonti unitamente al libero accesso alle stesse: «l'interesse generale, anch'esso indirettamente protetto dall'articolo 21, alla informazione; il quale, in un regime di libera democrazia, implica pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee»

<sup>172</sup> Art. 36 Cost. « Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità, del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa.» Rispetto alla proprietà sulle cose materiali il fenomeno viene caratterizzato nell'art. 42 con il seguente dettato « La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti»

<sup>173</sup> Il diritto d'autore prevede una serie di facoltà esclusive per impedire a terzi di sfruttare economicamente la propria opera. I diritti di utilizzazione economica sono regolati nella legge 633/41 dall' art. 12 fino all'art. 19. Hanno valenza erga omnes ma hanno una durata limitata, cioè fino a 70 anni dalla morte dell'autore.

sembra quindi relegata nell'ambito dell'interesse privato<sup>174</sup>. Dal dettato costituzionale, inoltre, risalta chiaramente il principio della limitazione e compressione della proprietà quando ciò sia utile socialmente in virtù della tutela di un interesse pubblico, che è stato ripetutamente reiterato e riconfermato dagli indirizzi giurisprudenziali della corte costituzionale.<sup>175</sup> Proprio nel concetto di pubblica utilità possiamo identificare la posizione del popolo dei fruitori, infatti la loro aspettativa di accedere alle opere senza bisogno di ottenere il preventivo assenso degli autori e senza l'intenzione di

---

<sup>174</sup> M. MONTAGNANI, *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Quaderni di giurisprudenza commerciale, Giuffrè, 2012 «Accogliendo questa impostazione privatistica del diritto d'autore, ovvero quella in base alla quale esso è la mera espressione di interessi individuali, allora il conflitto tra protezione degli interessi dei titolari dei diritti e libertà di informazione viene riassorbito all'interno dell'istituto del diritto d'autore, che deve quindi essere disegnato in maniera tale da offrire ex ante un bilanciamento tra protezione delle opere dell'ingegno e accesso all'informazione. Ed è solo quando tali strumenti interni di bilanciamento non siano più sufficienti, per una serie di ragioni tra cui possiamo annoverare lo sviluppo tecnologico e la diffusione della rete internet, che possono entrare in gioco ulteriori "correttivi esterni", quali il diritto della concorrenza, l'abuso di diritto ed i diritti umani. La qualificazione del diritto d'autore come diritto di natura esclusivamente privatistica incide inoltre in maniera significativa anche sulla distribuzione online di opere dell'ingegno, in quanto trasforma la circolazione dei contenuti in rete in un fenomeno che si connota per essere espressione unicamente dei titolari dei diritti, e così facendo legittima le limitazioni nella possibilità d'uso e di riuso dei contenuti digitali che i titolari dei diritti impongono agli utenti.»

<sup>175</sup> La Sent. 108/1995 della Corte Costituzionale fa un'elencazione della molteplicità di interessi costituzionali da tutelare in materia di proprietà intellettuale «Tale "proprietà intellettuale" è stata riconosciuta dalle Dichiarazioni (universale ed europea) dei diritti dell'uomo, da convenzioni internazionali, dall'art. 128 del Trattato CEE (novellato e confermato dal Trattato di Maastricht). La sua giustificazione costituzionale trova eco nella giurisprudenza di questa Corte (ordinanza n. 361 del 1988, sentenze nn. 110 del 1973, 65 del 1972 e 25 del 1968), che ha individuato nella tutela e nell'esercizio del diritto di autore una "rilevanza di interesse generale, e quindi pubblica", tale da indurre il legislatore alla predisposizione di particolari mezzi di difesa sia penali che civili. Nel riconoscere in capo all'autore la proprietà dell'opera ed il suo diritto allo sfruttamento economico della stessa in qualsiasi forma e modo, la legge non trascura di operare un bilanciamento tra valori ed interessi contrapposti; bilanciamento non irragionevole in quanto realizzato in sintonia con i principi costituzionali sia in ordine alla tutela della libertà dell'arte e della scienza (art. 33), sia in materia di tutela della proprietà, da riferire anche all'opera intellettuale (art. 42), sia di tutela del lavoro in tutte le sue forme, tra cui deve farsi rientrare anche la libera attività di creazione intellettuale (art. 35). Tale bilanciamento risulta nel contempo positivamente finalizzato, mediante l'incentivazione della produzione artistica, letteraria e scientifica, a favorire il pieno sviluppo della persona umana (art. 3) ed a promuovere lo sviluppo della cultura (art. 9).

Dette finalità, che indicano la stretta connessione tra tutela degli autori e tutela della cultura (sentenza n. 241 del 1990), sono peraltro ragionevolmente conciliabili, come già affermato da questa Corte (ordinanza n. 361 del 1988) con la libertà dell'iniziativa economica (art. 41) di altri soggetti (produttori, rivenditori, noleggiatori) in un equilibrio che tenga conto dei rispettivi costi e rischi; e sono altresì conciliabili con i diritti di tutti alla fruizione dell'opera artistica e con l'interesse generale alla diffusione della cultura.

erogare ad essi il prezzo corrispettivo, trova la sua fonte nel bisogno di ognuno di incrementare il proprio bagaglio culturale e informativo. Un'aspettativa la cui giustificazione è rinvenuta nella libertà di rango costituzionale di nutrirsi delle idee concepite dagli altri e quindi di acquisirle come mezzi utili per la formazione ed evoluzione dei singoli individui e dei gruppi collettivi. Se si contrappone ad una posizione di rango privatistico come il diritto di utilizzazione degli autori, un'altra di rango pubblicistico, qual'è quella del popolo della rete, la soluzione sembrerebbe dover necessariamente pendere a favore del popolo della rete per il criterio della prevalenza dell'interesse collettivo sull'interesse privato. Se non che sarebbe sbagliato ridurre la posizione degli autori ai soli diritti di utilizzazione economica autonomamente considerati, vi è una situazione giuridica a monte ben più importante di cui gli autori sono beneficiari. La libertà delle loro scelte relazionali, che si manifesta nella possibilità di ogni autore di offrire la propria creazione al pubblico scegliendone tempi, condizioni, e modalità di offerta. Rispetto a questa facoltà la fascia dei diritti di utilizzazione economica è un semplice strumento di attuazione, con il quale gli autori sono in grado di gestire i processi di circolazione delle proprie opere all'interno del mercato.<sup>176</sup>

Il popolo dei fruitori delle opere dell'ingegno online tende ad inserirsi nelle facoltà proprie degli autori ed a sottrarre all'autore il controllo della circolazione delle sue opere nel mercato digitale. Ma la libertà delle scelte degli autori non è un'invenzione recente bensì un riflesso della libertà spettante a tutti gli individui di aprirsi verso l'esterno, verso il pubblico, esprimendosi liberamente. Questa libertà trova anch'essa fondamento dell'articolo 21 della costituzione, e senza il riconoscimento di questa libertà l'autore sarebbe spogliato del diritto di mostrare la propria personalità. Tanto più questa libertà viene garantita, tanto più l'autore sarà portato ad esprimersi con la creazione di nuove composizioni, ed arricchire quel patrimonio di idee del quale il popolo è affamato.

---

<sup>176</sup> I. KANT, *Dell'illegittimità dell'editoria pirata*, 1775. In questa opera Kant paragona le opere letterarie ed artistiche ad un colloquio tra l'autore ed il pubblico «In un libro, in quanto scritto, l'autore discorre con il suo lettore; e chi stampa e diffonde lo scritto discorre attraverso lo scritto nel nome dell'autore. Egli lo rappresenta e trasmette questo discorso al pubblico. » in *MC diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*

Quando di scontrano due così importanti fondamenti giuridici di pari rango, la soluzione non potrà che implicare un parziale sacrificio dell'una ed un corrispondente arricchimento dell'altra. Ma non è mai concepibile che una venga totalmente sacrificata così come con la tendenza in atto della «socializzazione del diritto d'autore»<sup>177</sup> si intende fare.

Possiamo quindi affermare che tanto il diritto d'autore quanto il diritto d'informazione e libera espressione condividono lo stesso obiettivo, la diffusione della conoscenza. Un obiettivo da perseguire incentivando la promozione e lo sviluppo delle industrie culturali tramite le nuove risorse fornite della distribuzione online. La crescita di questi settori dipende soprattutto dal raggiungimento di un punto di equilibrio tra la protezione degli interessi privati e la partecipazione attiva degli utenti al progresso economico e culturale. Ma tra queste due esigenze le recenti scelte legislative a livello europeo sembrano rispecchiare una maggiore predisposizione verso la prima. Infatti, come reazione al diffondersi delle opere in ambiente digitale si è andata affermando un'impostazione prevalentemente protezionistica. In questo un ruolo importante è stato giocato dalle industrie culturali, le quali hanno avuto una certa influenza nella produzione normativa europea. Questa tendenza a dare priorità ad una concezione protezionistica del diritto d'autore deriva dalla sempre più netta distanza che c'è tra artisti e titolari dei diritti, ovvero gli aventi causa degli autori, nei modelli di distribuzione organizzati in forma di impresa. Nelle industrie culturali gli autori rivestono perlopiù un ruolo secondario, la produzione artistica viene assunta in forma di materia prima, mentre sono altri soggetti a curarsi dell'esercizio dei diritti esclusivi a loro spettanti.<sup>178</sup>

---

<sup>177</sup> G.ASSUMMA, *Tutela giuridica delle attività creative diffuse in rete tramite strumenti informatici e telematici, problematiche e soluzioni dottrinarie e giurisprudenziali* «La proprietà letteraria ed artistica ricomprende una fascia di diritti soggettivi assoluti ed esclusivi che competono ai singoli autori e che hanno ad oggetto le utilizzazioni di cui ogni opera è suscettibile. Con socializzazione si intende la investitura di questa proprietà di una funzione altamente pubblicistica da rinvenire nell'arricchimento culturale che la percezione e la conservazione intellettuale delle opere dell'ingegno determina. Da ciò deriva la sottomissione della proprietà letteraria ed artistica a quegli impedimenti e limitazioni che l'assorbimento della funzione pubblica e sociale comporta.»

<sup>178</sup> Come riportato da ZENO-ZENCOVICH, *Diritto d'autore e libertà di espressione: una relazione ambigua*, in AIDA, 2005, p. 150 ss. «La reazione alla digitalizzazione è consistita in una guerra di trincea di alcune imprese contro altre che consentono che i prodotti culturali vengano distribuiti e dunque riprodotti a nessun costo o ad un costo assai basso. Le reti digitali eliminano gli intermediari riducendo i costi di distribuzione. Ma quegli intermediari erano essenziali nel modello commerciale delle industrie culturali perché consentivano il

Proprio per lo scopo di assecondare questo avvicinamento tra due diritti apparentemente inconciliabili, nelle norme in tema di diritto d'autore sono presenti alcuni meccanismi che hanno l'effetto di smorzare questa rigidità, istituti previsti proprio per lo scopo di contemperare l'interesse privato con quello pubblico. Ad esempio la previsione di un limite di natura temporale per il riconoscimento della tutela, o ancora la cd *merger doctrine*<sup>179</sup>, il principio di esaurimento ed infine la previsione di apposite limitazioni ed eccezioni ai diritti patrimoniali. Queste ultime in particolare, seppur la dicitura eccezioni possa sembrare fuorviante, sono in realtà fondamentali per definire quale sia esattamente la reale portata dei diritti e poteri esclusivi degli autori e titolari di diritti. A livello internazionale il regime delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, rinvenibile nelle convenzioni di Berna e Parigi, è il risultato di varie negoziazioni tra gli Stati aderenti. Sono stabiliti dei requisiti minimi per garantire l'accesso alle opere ma il recepimento delle norme è lasciato alla discrezionalità degli Stati membri. Se alcuni presentano un sistema di eccezioni tassativo, come ad esempio l'Italia o la Francia, altri paesi hanno adottato clausole più flessibili, come il regime delle libere utilizzazioni previsto dalla Germania o la dottrina del *fair use* o del *fair dealing*<sup>180</sup> prevista negli ordinamenti di common law<sup>181</sup>.

---

controllo sull'utilizzatore finale ed assicuravano che pagasse quel che utilizzava. Nel modello economico del gestore di una rete digitale non è veramente importante ciò che sta veicolando, un ponderoso documento ufficiale piuttosto che un film appena uscito nelle sale, perché verrà pagata, generalmente, una somma forfettaria per la connessione, quale che sia il contenuto trasmesso. Il campo di battaglia dunque si muove verso, e contro, l'utilizzatore finale per impedire fenomeni di free riding.»

<sup>179</sup> Il principio della dicotomia tra idea ed espressione è di matrice statunitense in quanto il suo primo riconoscimento lo abbiamo con la *Section 101 del Copyright Act* che introduce la differenza tra un'idea alla base di un'opera e il modo in cui essa viene espressa. Concetto che viene poi ripreso all'interno dei trattati internazionali in materia di proprietà intellettuale. Questo principio è noto anche come *merger doctrine* quando l'idea e la sua espressione si fondono insieme al punto tale che la protezione dell'espressione porterebbe al risultato di monopolizzare completamente l'idea che c'è dietro.

<sup>180</sup> In Inghilterra la disciplina del copyright britannico prevede il cd "*fair dealing*", recentemente oggetto di una proposta di ampliamento come descritto da A.BERTONI M.MONTAGNANI, *La modernizzazione del diritto d'autore e il ruolo degli intermediari internet quali propulsori delle attività creative in rete*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015 «Ad esempio nell'ordinamento britannico, sebbene non sia stata data una esatta definizione di *fair dealing*, al fine di garantire l'adattabilità e l'ampliabilità delle eccezioni in un contesto caratterizzato da una continua evoluzione tecnologica. Essa si può ricavare dall'analisi sia delle singole eccezioni così come regolate dalle legge, sia dalle pronunce delle Corti inglesi. «I due fattori ritenuti rilevanti per identificare il *fair dealing* sono: (i) la capacità del materiale sfruttato di colpire il mercato dell'originale e di causare una perdita di introiti al titolare dei diritti d'autore e (ii) la porzione utilizzata di materiale protetto

Una ricostruzione più armonizzata a livello internazionale faciliterebbe il raggiungimento dello scopo sopra citato di contemperare l'interesse privato degli autori e dei titolari dei diritti con quello pubblico. Per agevolare il processo di armonizzazione all'articolo 9 par.2 della Convenzione di Berna, e successivamente nei TRIPs, poi nei trattati WIPO, ed infine a livello comunitario, è stato introdotto il *three step test*<sup>182</sup>. La norma definisce le condizioni sulle quali le eccezioni previste nei vari ordinamenti nazionali devono parametrarsi per potersi ritenere conformi alle previsioni internazionali, ponendosi quindi come regola di carattere generale. «Il *three step test* pone un triplice vaglio al superamento del quale la conformità delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore è sottoposta. Infatti, le eccezioni e limitazioni devono trovare applicazione solo in determinati casi speciali (primo step), che non contrastino con il normale sfruttamento dell'opera (secondo step), e che non arrechino ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti (terzo step).»<sup>183</sup>. Ma il diritto d'autore non è l'unico ad essere soggetto

---

da *copyright* (che deve essere ragionevole e appropriata, in relazione allo scopo per il quale se ne fa utilizzo).

<sup>182</sup> T. MARGONI, *Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore in Internet*, Trento Law and Technology Research Group, Research Paper n. 9, 2012 «È d'uopo un breve excursus storico circa l'evoluzione di tale strumento, al fine di comprenderne l'attuale portata. Il *three step test* fece la sua prima apparizione nel panorama internazionale nel 1967 in occasione della contestuale revisione della Convenzione di Berna. Successivamente, come si è visto, è stato introdotto dapprima nei TRIPs, poi nei trattati WIPO, ed infine a livello comunitario. Va notato come l'introduzione del test in diritto interno non sia richiesta dal diritto comunitario. La funzione storica di tale strumento, infatti, non è quella di chiave offerta all'interprete nella valutazione della portata concreta di una eccezione, bensì di standard offerto al legislatore nella creazione di nuove eccezioni, in un sistema aperto (come il diritto internazionale, la Convenzione di Berna, i trattati WIPO, o altre giurisdizioni non comunitarie) che non prevede un numero chiuso di eccezioni, come invece è il caso del diritto comunitario per effetto della direttiva Infosoc. Dunque, con l'applicazione del *three step test* all'interno di un sistema chiuso, in cui le possibili eccezioni e limitazioni sono elencate esaustivamente, si è completamente stravolto il significato originale di tale strumento che era di fornire delle linee guida nel momento in cui si fosse deciso di creare delle nuove eccezioni o limitazioni al diritto d'autore. Altro aspetto da menzionare, è la forza espansiva del *three step test*. Originariamente, infatti, esso trovava applicazione solo nel caso di diritto di riproduzione (Convenzione di Berna), mentre col WCT esso riguarda anche i "nuovi" diritti di distribuzione, noleggio, comunicazione e messa a disposizione del pubblico. Infine, con la versione dei TRIPs, il *three step test* si applica nella generalità dei casi, ovvero di tutti i diritti di esclusiva previsti dalla Convenzione di Berna e dagli stessi accordi TRIPs.» Per un'analisi interpretativa del *Three Step Test* nell'ordinamento statunitense vedi anche J. GINSBURG, *Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the "Three Step Test" for Copyright Exception*, in Columbia Law school, The center for Law and Economic Studies, Working Paper n.181, Gennaio 2001

<sup>183</sup> *Ibidem*

a limitazioni, infatti anche il diritto di informazione e di libera manifestazione nel pensiero non può ledere «i diritti e le libertà degli altri»<sup>184</sup>, diritti tra cui possiamo far rientrare anche quelli di proprietà intellettuale. Il diritto d'autore può rappresentare un limite alla libertà di manifestazione del pensiero e al diritto di informazione quando l'espressione del pensiero stesso e la diffusione delle informazioni avvengano in violazione dei diritti esclusivi dei terzi, che per i motivi spiegati precedentemente, possono essere considerati di pari rango. La prevalenza di uno o dell'altro diritto va stabilita caso per caso dalle corti, nazionali ed internazionali, che devono essere messe in condizione di operare un equo bilanciamento tra diritti fondamentali, ogni qual volta la questione non possa essere risolta tramite il meccanismo delle eccezioni e limitazioni, in base alla natura delle informazioni, alla gravità delle violazioni commesse e alle finalità di tutela previste dalle norme, alla luce del principio di proporzionalità.<sup>185</sup>

### **3.2) La crescita delle industrie culturali nella politica europea**

A seguito della comparsa di Internet si è modificata la natura stessa delle opere dell'ingegno distribuite in rete. Le attività di creazione, di fruizione e di distribuzione delle opere hanno subito cambiamenti radicali di cui è

---

<sup>184</sup> Art. 29 comma 2 Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo «Nell'esercizio dei suoi diritti e delle sue libertà, ognuno deve essere sottoposto soltanto a quelle limitazioni che sono stabilite dalla legge per assicurare il riconoscimento e il rispetto dei diritti e della libertà degli altri e per soddisfare le giuste esigenze della morale, dell'ordine pubblico e del benessere generale in una società democratica.» Art. 10 CEDU «Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario.»

<sup>185</sup> Causa C-275/06 *Productores de Música de España (Promusicae) Contro Telefónica de España SAU* «il diritto comunitario richiede che gli Stati membri, in occasione della trasposizione delle 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. Poi, in sede di attuazione delle misure di trasposizione delle dette direttive, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme a tali direttive, ma anche evitare di fondarsi su un'interpretazione di esse che entri in conflitto con i detti diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto comunitario, come il principio di proporzionalità.»

necessario tenere conto per costruire un impianto normativo efficace, condizione indispensabile per incoraggiare la crescita economica dell'industria creativa e la diffusione della cultura su scala globale. L'attuale disciplina sul diritto d'autore fino ad oggi ha cercato erroneamente di ricondurre questi fenomeni ai metodi classici con i quali venivano fruite le opere, limitando così il potenziale di crescita del mercato digitale. Lo sviluppo del mercato della distribuzione deve passare da un incremento dell'offerta di contenuti in forma digitale usando come tramite le reti di comunicazione elettroniche. In una società continuamente stimolata all'apprendimento ed alla conoscenza la domanda di opere dell'ingegno non può che essere in continuo aumento, al punto tale che per essere soddisfatta ha bisogno di un'offerta legale più vasta possibile, che si diffonda a pieno ritmo usando tutti i canali informativi che la tecnologia mette a disposizione e che si conformi alle aspettative dei fruitori. La pena per il mancato raggiungimento di questo obiettivo da parte dell'industria culturale e creativa è di favorire la circolazione illegale dei contenuti stessi, con tutti i danni economici e sociali che questo comporta.<sup>186</sup>

La recente politica europea, dopo una fase di enforcement del diritto d'autore che si è concentrata solo su un inasprimento delle sanzioni previste per le condotte di pirateria informatica, sembra essersi decisa a muoversi in questa direzione, con indicazioni di policy che finalmente vengono incontro alle esigenze dei consumatori.

La nascita di un'economia digitale, fondata sulla conoscenza e sulla graduale traslazione del mercato dei beni e servizi in ambito digitale, rappresenta infatti uno dei «pilastri» dell'iniziativa Europa 2020<sup>187</sup>. A dire il vero il ruolo

---

<sup>186</sup> Il fenomeno della pirateria è sempre più dilagante, la fruizione di contenuti coperti dal diritto d'autore non è avvertita dagli utenti della rete come un crimine, piuttosto come un bisogno. La colpa viene fatta ricadere proprio sulle industrie del settore dell'intrattenimento, ritenute colpevoli di praticare prezzi totalmente fuori mercato. Infatti i danni subiti negli ultimi anni dall'industria cinematografica e musicale sono notevoli: La Federazione contro la Pirateria Musicale (FPM) e la Federazione per la tutela dei contenuti audiovisivi e multimediali (FAPAV) hanno stimato come i danni causati dalla pirateria per la sola industria musicale ammontino ad una cifra vicina ai 300 milioni di euro l'anno, mentre per quanto riguarda l'industria cinematografica si è rilevato come il 75% dei film sia disponibile in rete già dal primo giorno di programmazione nelle sale.

<sup>187</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Europa 2020: Strategia per una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva* «La strategia Europa 2020 punta a rilanciare l'economia dell'UE nel prossimo decennio. In un mondo che cambia l'UE si propone di diventare un'economia intelligente, sostenibile e solidale. Queste tre priorità che si rafforzano a vicenda intendono aiutare l'UE e gli Stati membri a conseguire elevati livelli di occupazione, produttività e coesione sociale.»

centrale delle industrie culturali per la crescita economica dell'UE diventa un pilastro della politica europea già dalla strategia di Lisbona lanciata nel 2000, nella quale la promozione di incentivi in favore dei consumatori in materia di accesso alle opere si è poi tradotta principalmente nell'adozione di diversi atti di «soft law»<sup>188</sup>, mentre nell'adozione di direttive vincolanti si è preferita un'impostazione più protezionistica nei confronti dei titolari dei diritti d'autore. Andando a ripercorrere tutta la strada compiuta dall'Europa dal lancio della Strategia di Lisbona ad oggi, notiamo come in un momento iniziale lo sviluppo dell'industria culturale fosse messo in ombra da alcune esigenze preventive, prima tra tutte la diffusione della connettività, indispensabile per la distribuzione online dei contenuti creativi su vasta scala. Per il raggiungimento di questo obiettivo alcune tappe fondamentali sono coincise con alcuni piani di azione come «eEurope 2002» «per aumentare la connettività del pubblico e delle imprese a Internet e creare un quadro giuridico per lo sviluppo di un'economia basata sulla conoscenza»<sup>189</sup> e

---

<sup>188</sup> Ex. Art. 288 TFUE «Per esercitare le competenze dell'Unione, le istituzioni adottano regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri. Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati Membri. La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi. La decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi. Se designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi. Le raccomandazioni e i pareri non sono vincolanti.» Tra gli atti non vincolanti espressi dalla legge troviamo solo raccomandazioni, pareri ma la dottrina ritiene possano essere ricompresi tra questi anche regolamenti interni, dichiarazioni, risoluzioni e conclusioni. Per una trattazione esaustiva vedi B.PASTORE, *Soft Law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e diritto*, Il mulino, 2003

<sup>189</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo del 13 Marzo 2001, eEurope 2002: Impatto e priorità, comunicazione in vista del Consiglio europeo di Stoccolma, COM (2001)* «La valutazione di eEurope 2002 permette di concludere che il piano di azione ha raggiunto i suoi obiettivi principali. In generale, eEurope ha funzionato molto bene per aumentare la connettività del pubblico e delle imprese a Internet e creare un quadro giuridico per lo sviluppo di un'economia basata sulla conoscenza.

I collegamenti Internet hanno registrato una crescita rapida nel periodo 2000-2002. Nel 2002 più del 90% delle scuole e delle aziende sono collegate a Internet e più della metà degli europei sono utenti regolari. La maggior parte delle imprese ha completato il passaggio all'accesso ad alto flusso, ma la maggior parte degli utenti Internet usa tuttora collegamenti commutati per accedere a Internet: si tratta di un collegamento temporaneo caratterizzato da bassa velocità. La generalizzazione dell'accesso a alto flusso è uno dei grandi obiettivi del piano di azione «eEurope 2005»

L'arrivo di nuovi servizi Internet ha aperto nuove possibilità per la società in generale, soprattutto grazie all'istituzione di un quadro legislativo per il commercio elettronico. Queste possibilità saranno ulteriormente stimolate dal recepimento e dall'attuazione, entro la fine del 2003, del nuovo quadro normativo per le comunicazioni elettroniche.

successivamente «eEurope2005»<sup>190</sup>. La diffusione della connessione internet a banda larga rappresenta quindi il presupposto per la creazione di uno spazio dove la conoscenza e l'informazione possano diffondersi liberamente e senza frontiere, nel quale l'industria culturale possa collocarsi efficacemente nel ruolo di propulsore dei contenuti creativi, contribuendo alla crescita economica dell'Unione europea.<sup>191</sup> Questi contenuti infatti occupano un ruolo sempre più cruciale per la crescita economica e per l'innovazione, in particolare per la loro dimensione dinamica, la quale però per potersi esprimere necessita di un sostegno da parte della normativa europea sul diritto d'autore. Infatti la libera circolazione dei contenuti creativi diffusi tramite la rete è legata a doppio filo con la necessità di tutelare i diritti gli autori, dei produttori e degli artisti consentendo allo stesso tempo la promozione della cultura tramite una vasta distribuzione delle opere<sup>192</sup>. La traduzione a livello giuridico di tali piani d'azione e dichiarazioni di intenti però tarda ad arrivare e di fatto ancora molti ostacoli si frappongono all'istaurarsi di un mercato europeo della distribuzione digitale di prodotti e servizi. Fino ad oggi il reale potenziale delle industrie creative è stato parzialmente inespresso, per cambiare questa tendenza è obbligatorio passare per un cambiamento di mentalità imprenditoriale così come è descritto nel Libro verde sulle industrie culturali e creative del 2010 della Commissione Europea.

Passi avanti in questo senso, dopo il fallimento della strategia di Lisbona<sup>193</sup> sono stati da ultimo compiuti dalla strategia «Europa 2020» la quale

---

Il piano di azione incoraggia il rafforzamento e la prosecuzione delle iniziative volte a sostenere le industrie di contenuto nell'era digitale. In questa prospettiva, il piano di azione eEurope 2002 propone di lanciare un programma ("eContent") destinato a stimolare lo sviluppo e l'uso di un contenuto digitale europeo sulle reti mondiali. Propone anche la creazione di un meccanismo di coordinamento dei programmi di digitalizzazione applicati nei vari Stati membri.»

<sup>190</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, eEurope 2005: Una società dell'informazione per tutti*. COM/2002/0263 Questa strategia si interroga sulle modalità con le quali un aumento della connettività e dell'accesso a internet possa concretizzarsi in un aumento della produttività economica e dell'occupazione.

<sup>191</sup> Questo scopo è rilanciato e specificato ulteriormente nell'iniziativa «i2010»<sup>191</sup> Una società europea dell'informazione per la crescita e l'occupazione

<sup>192</sup> Libro Verde:Le industrie culturali e creative, un potenziale da sfruttare in COM (2010) 183

<sup>193</sup> A seguito della crisi economica si è potuto verificare il fallimento della strategia di Lisbona, imputabile anche ai limitati investimenti nel settore dell'innovazione e ad uno scarso uso delle nuove tecnologie dell'informazione.

promuove lo sviluppo di una crescita sostenibile, inclusiva ed intelligente che si fondi sulla conoscenza e sull'innovazione. All'interno di questa strategia le industrie culturali giocano finalmente un ruolo primario nella costruzione di un mercato unico digitale basato sulla circolazione delle informazioni tramite la rete, un mercato che sia più «forte, approfondito ed esteso» nel quale la distribuzione di beni e servizi avvenga online. Un ruolo parzialmente innovato in quanto si impone la necessità di incentivare le industrie culturali sia offrendo protezione ai diritti degli autori, dei produttori e degli artisti, sia favorendo una maggior diffusione delle opere e dei fonogrammi protetti, nonché promuovendo l'accesso dei cittadini alla ricchezza del patrimonio culturale europeo. Se l'Europa vuole mantenersi competitiva in un contesto dove « le nostre imprese devono ancora far fronte a una realtà quotidiana di frammentazione e regole divergenti, mentre i loro concorrenti cinesi, statunitensi o giapponesi si avvalgono pienamente dei vantaggi conferiti dai loro vasti mercati nazionali»<sup>194</sup> devono essere create le condizioni per lo sbocciare di una cultura dell'innovazione che si sviluppi nella società

---

Comunicazione Europa 2020: «La crisi ha vanificato i nostri recenti progressi. Si tratta di un fenomeno senza precedenti per la nostra generazione. I progressi costanti dell'ultimo decennio in termini di crescita economica e creazione di posti di lavoro sono stati completamente annullati: il nostro PIL è sceso del 4% nel 2009, la nostra produzione industriale è tornata ai livelli degli anni '90 e 23 milioni di persone, pari al 10% della nostra popolazione attiva, sono attualmente disoccupate. Oltre a costituire uno shock enorme per milioni di cittadini, la crisi ha evidenziato alcune carenze fondamentali della nostra economia e ha reso molto meno incoraggianti le prospettive di una crescita economica futura. La situazione ancora fragile del nostro sistema finanziario ostacola la ripresa, viste le difficoltà incontrate da famiglie e imprese per ottenere prestiti, spendere e investire. Le finanze pubbliche hanno subito un forte deterioramento, con deficit medi pari al 7% del PIL e livelli di debito superiori all'80% del PIL: due anni di crisi hanno cancellato un ventennio di risanamento di bilancio. Durante la crisi il nostro potenziale di crescita si è dimezzato. Un gran numero di piani d'investimento, talenti e idee rischia di andare perso per le incertezze, la stasi della domanda e la mancanza di finanziamenti. La crisi finanziaria ha inciso in misura considerevole sulla capacità delle imprese e dei governi europei di finanziare investimenti e progetti innovativi. La realizzazione degli obiettivi di Europa 2020 presuppone un contesto normativo che renda i mercati finanziari efficienti e sicuri. L'Europa deve fare tutto il possibile per utilizzare i suoi mezzi finanziari ed esplorare nuove piste combinando finanziamenti privati e pubblici e creando strumenti innovativi per finanziare gli investimenti necessari, come ad esempio i partenariati pubblico-privato (PPP). La Banca europea per gli investimenti e il Fondo europeo per gli investimenti possono contribuire a sostenere un "circolo virtuoso" in cui l'innovazione e l'imprenditoria siano utilmente finanziate dagli investimenti iniziali fino alla quotazione sui mercati azionari, in partenariato con le numerose iniziative e programmi pubblici già in corso a livello nazionale.»

<sup>194</sup> Comunicazione Europa 2020.

dell'informazione tramite nuove forme imprenditoriali.<sup>195</sup> Le imprese e i cittadini si scontrano quotidianamente con le strozzature che ostacolano tuttora le attività transfrontaliere nonostante l'esistenza giuridica del mercato unico e si rendono conto che l'interconnessione delle reti è insufficiente e che l'applicazione delle regole del mercato unico rimane disomogenea. Spesso le imprese e i cittadini hanno ancora a che fare con 27 sistemi giuridici diversi per la stessa transazione. Mentre le nostre imprese devono ancora far fronte a una realtà quotidiana di frammentazione e regole divergenti, i loro concorrenti cinesi, statunitensi o giapponesi si avvalgono pienamente dei vantaggi conferiti dai loro vasti mercati nazionali. Il mercato unico è stato pensato prima dell'avvento di internet, prima che le tecnologie dell'informazione e della comunicazione diventassero il principale motore di crescita e prima che i servizi acquisissero una tale predominanza nell'economia europea. La comparsa di nuovi servizi (contenuti e media, sanità, misurazione intelligente del consumo di energia, ecc.) racchiude un potenziale enorme, che tuttavia potrà essere sfruttato solo se l'Europa ovvierà alla frammentazione che attualmente blocca il flusso di contenuti online e l'accesso da parte di consumatori e imprese. «Per orientare il mercato unico verso il raggiungimento degli obiettivi di Europa 2020, l'Unione dovrà garantire il corretto funzionamento e collegamento dei mercati, in modo da trasformare la concorrenza e l'accesso da parte dei consumatori in fattori di stimolo per la crescita e l'innovazione. Occorre creare un mercato unico aperto per i servizi in base alla direttiva sui servizi, garantendo al tempo stesso la qualità dei servizi forniti ai consumatori. La piena attuazione della direttiva sui servizi potrebbe aumentare gli scambi di servizi commerciali del

---

<sup>195</sup> Nell'attuale momento storico a fare da protagonisti assoluti dello scenario digitale e principali sostenitori della globalizzazione sono singole realtà imprenditoriali, si tratta di imprese private che intercettano la gran parte del traffico derivante dalle principali attività di Internet. Parliamo di Google, il motore di ricerca più utilizzato al mondo, e Facebook, il social network che conta oltre un miliardo di utenti, o Amazon, il colosso dell'e-commerce. Nonostante siano costruite come realtà aziendali ed in quanto tali fanno della ricerca del profitto il loro scopo esistenziale ci sono molteplici segnali che indicano come queste realtà si stiano spostando sempre più verso offerte di servizi di rilevante interesse pubblico, fin quasi a trascendere la propria natura di privati, per calarsi in un nuovo ruolo di propulsori dell'innovazione e della cultura. Ci si augura che in futuro non lontano anche le piccole e medie imprese possano avere un ruolo chiave nella scoperta di nuovi servizi e nuovi contenuti, e che non finiscano invece per essere mangiate da un mercato che assume tendenze sempre più oligopolistiche. Per fare ciò però le istituzioni devono intervenire per garantire un libero accesso al mercato culturale e condizioni eque di concorrenza.

45% e gli investimenti esteri diretti del 25%, con un conseguente incremento del PIL compreso tra lo 0,5% e l'1,5%. Occorre migliorare l'accesso delle PMI al mercato unico e promuovere l'imprenditoria mediante iniziative politiche concrete, tra cui la semplificazione del diritto societario (procedure fallimentari, statuto della società privata, ecc.), e iniziative che consentano agli imprenditori falliti di ricominciare un'attività. Il coinvolgimento dei cittadini è necessario ai fini della loro piena partecipazione al mercato unico. In tal senso, occorre offrire loro maggiori possibilità e dare loro maggiori garanzie per quanto riguarda l'acquisto di beni e servizi oltrefrontiera, soprattutto online. Attuando la politica di concorrenza, la Commissione farà in modo che il mercato unico rimanga un mercato aperto, assicurando anche in futuro pari opportunità alle imprese e lottando contro il protezionismo nazionale. Ma la politica di concorrenza darà un ulteriore contributo al conseguimento degli obiettivi di Europa 2020. La politica di concorrenza garantisce che i mercati creino condizioni favorevoli all'innovazione, impedendo ad esempio le violazioni dei diritti di brevetto e di proprietà. Impedire gli abusi di mercato e gli accordi anticoncorrenziali tra imprese significa fornire le garanzie necessarie per incentivare l'innovazione. Anche la politica sugli aiuti di Stato può dare un contributo attivo e costruttivo agli obiettivi di Europa 2020 stimolando e sostenendo le iniziative riguardanti tecnologie più innovative, più efficienti e più verdi e agevolando parallelamente l'accesso al sostegno pubblico per gli investimenti, al capitale di rischio e ai finanziamenti per la ricerca e lo sviluppo»<sup>196</sup>. La crescente disponibilità di strumenti tecnologici come gli smartphone, unitamente alla diffusione della rete wireless a banda larga apre per gli artisti una serie infinita di nuove possibilità di produrre opere nuove e offre la possibilità di distribuirle presso un vasto pubblico con costi molto ridotti. Da ciò deriva che rielaborando i modelli classici di produzione e distribuzione delle opere creative e tramite la diversificazione e la personalizzazione dell'offerta agli utenti si persegue non solo il successo economico ma anche un valore sociale, infatti «Con il concorso del settore dell'istruzione, le industrie culturali e creative possono anche svolgere un ruolo decisivo nel dotare i cittadini europei delle necessarie competenze creative, imprenditoriali e interculturali. In questo senso, le industrie culturali e creative possono

---

<sup>196</sup> Comunicazione Europa 2020.

alimentare i centri d'eccellenza europei e aiutarci a diventare una società fondata sulla conoscenza. Allo stesso tempo, queste competenze stimolano la domanda di contenuti e di prodotti più differenziati e più raffinati, e questo può dare ai mercati di domani una forma meglio consona ai valori europei.»<sup>197</sup>

### 3.3) Geoblocking e tutela dei consumatori nel mercato digitale

Il contrasto tra la globalità della rete e la territorialità del diritto d'autore è uno degli argomenti più discussi e più delicati quando si parla di Mercato Unico Digitale. Se la prima esigenza richiede soluzioni in grado di agevolare la circolazione dei contenuti al di fuori dei confini dei singoli Stati, la seconda rappresenta un criterio fondamentale nella stipulazione di contratti di diritto internazionale privato sul diritto d'autore, in particolare sulla distribuzione digitale delle opere dell'ingegno. Nell'indirizzo seguito dalle istituzioni europee sulla distribuzione digitale risalta una crescente attenzione verso il ruolo dei consumatori.<sup>198</sup> In particolare è molto sentita la necessità di coinvolgerli maggiormente nelle dinamiche di mercato, potenziando ulteriormente il ruolo che essi svolgono nella diffusione e distribuzione di contenuti digitali. Questo argomento è uno dei temi caldi della Strategia UE per un Mercato unico digitale. Nella riforma del Copyright nell'Unione Europea infatti la Commissione UE ha deciso di porre fine agli ostacoli che limitano l'accesso dei consumatori ai servizi digitali. Nell'era dell'economia basata sulla conoscenza e sulla condivisione si avverte fortemente la necessità di uniformare le norme sulla tutela dei consumatori, ancora oggi disciplinata diversamente all'interno dei diversi Stati membri. Il commercio elettronico transfrontaliero di contenuti digitali però non è semplice da regolamentare perché l'eccessiva frammentazione giuridica del diritto contrattuale, oltre a generare costi troppo elevati per le imprese contribuisce a minare la fiducia dei consumatori che effettuano acquisti online.<sup>199</sup> Abbiamo elencato

---

<sup>197</sup> Libro Verde:Le industrie culturali e creative, un potenziale da sfruttare in COM (2010) 183

<sup>198</sup> I consumatori hanno acquistato sempre più importanza nell'ambiente digitale in quanto oltre al ruolo di fruitori di opere dell'ingegno la tecnologia permette loro di divenire anche creatori delle opere stesse. Pensiamo alla crescente diffusione dei cd *User Generated Content* (UGC) cioè contenuti creati dagli utenti stessi della rete che si diffondono tramite piattaforme di social media.

<sup>199</sup> Da R. NATALE nella rivista online Key4biz, consultabile al Link: <https://www.key4biz.it/copyright-saltano-fuori-i-piani-ue-per-il-2016/142396/> «Nonostante l'e-commerce sia un settore in rapida crescita ancora siamo lontani dal vederlo esprimersi al massimo delle sue potenzialità. Sono ancora pochi gli acquirenti che decidono di acquistare

precedentemente le 16 iniziative, articolate in tre pilastri, sul mercato unico digitale annunciate dalla Commissione europea: migliorare l'accesso a beni e servizi digitali per consumatori e imprese; creare un contesto favorevole e parità di condizioni affinché reti digitali e servizi innovativi possano svilupparsi; massimizzare il potenziale di crescita dell'economia digitale.<sup>200</sup> Lo scopo dichiarato è di arrivare a un mercato unico digitale entro la fine del

---

online in un paese diverso dal proprio. Eliminare gli ostacoli dovuti alle differenze in materia di diritto contrattuale dovrebbe giovare all'economia europea nel suo complesso. Secondo le previsioni, oltre 122 mila imprese dell'Ue potrebbero iniziare a vendere a consumatori di altri Stati membri, e il numero totale dei consumatori che acquistano online da altri paesi dell'Ue potrebbe arrivare fino a 70 milioni. Ciò contribuirà ad aprire nuovi mercati, in particolare per le piccole e medie imprese (PMI), intensificherà la concorrenza e stimolerà la crescita economica: i consumi nell'Ue dovrebbero aumentare di 18 miliardi di euro grazie all'abbassamento dei prezzi al consumo e il PIL dell'Ue dovrebbe crescere di 4 miliardi di euro rispetto al livello attuale. Ai consumatori sarà garantito un livello più elevato di tutela e una più ampia scelta di prodotti a prezzi più competitivi: Ad esempio, se un consumatore italiano scopre, oggi, che un prodotto acquistato online più di 6 mesi fa è difettoso e chiede al venditore di ripararlo o sostituirlo, può essere tenuto a dimostrare che il difetto esisteva al momento della consegna. In base alle nuove norme proposte, durante l'intero periodo di garanzia di due anni i consumatori saranno in grado di chiedere un rimedio senza dover dimostrare che il difetto esisteva al momento della consegna. Oppure se un consumatore che scarica un gioco che in quel momento non funziona correttamente può, allo stato attuale, ricevere come risarcimento soltanto uno sconto per scaricare altri giochi in futuro. Con la proposta di direttiva, i consumatori saranno in grado di chiedere che tali problemi siano risolti e, se ciò non è possibile o non avviene correttamente, potranno ottenere una riduzione del prezzo o risolvere il contratto ed essere rimborsati integralmente. Le imprese saranno in grado di fornire contenuti digitali e vendere beni online a consumatori di tutta l'UE sulla base del medesimo corpus di norme contrattuali: Oggi le imprese sono costrette ad adeguarsi alle norme di diritto contrattuale degli Stati membri in cui vendono, con dispendio di tempo e denaro. Con la normativa proposta, le imprese non dovranno più far fronte a questa frammentazione: potranno fornire contenuti digitali e vendere beni online a consumatori di tutti gli Stati membri sulla base del medesimo corpus di norme fondamentali di diritto contrattuale, senza essere costrette a sostenere un ulteriore costo una tantum pari a 9 mila euro per adeguarsi al diritto contrattuale nazionale di ogni nuovo Stato membro in cui desiderano vendere. Con le nuove norme valide in tutta l'Ue, un'impresa potrebbe risparmiare fino a 243 000 euro se desidera operare in tutti gli altri 27 paesi dell'Ue.»

<sup>200</sup> A. BIONDI, *Serve una scossa per il mercato unico digitale* in *Sole 24 Ore*, 23 Maggio 2016, consultabile al seguente link: <http://www.ilsole24ore.com/art/impresa-e-territori/2016-05-23/serve-scossa-il-mercato-unico-digitale-084039.shtml?uuid=ADAWXTN>

«Il comune denominatore è rappresentato dall'intento di eliminare le barriere di varia natura che si frappongono alla libera fruizione *cross border* da parte di consumatori ed imprese, dei servizi che corrono su reti elettroniche della UE. Non è un caso che in base ai dati divulgati dalla Commissione solo il 12% dei venditori al dettaglio della UE venda online a consumatori di altri Paesi della UE. Mentre sono tre volte più numerosi quelli che operano nel proprio paese. Analogamente solo il 15% dei consumatori acquista online da un altro stato membro della UE, mentre quelli che fanno acquisti online nel proprio Paese sono tre volte tanti. »

2017 ma per farlo tra gli ostacoli da eliminare c'è, appunto, il *geoblocking*<sup>201</sup>. Le dinamiche che riguardano il geoblocking sono legate, soprattutto nei servizi di media audiovisivi, sia alla tipologia di contenuto sia alle modalità con le quali l'utente può accedere al contenuto stesso. La richiesta di porre termine alle pratiche di *geoblocking* non giustificate in modo da migliorare l'accesso ai beni e servizi in ambiente digitale, è stato oggetto di una proposta della Commissione sulla portabilità transfrontaliera<sup>202</sup> che dovrebbe consentire ai contenuti digitali di viaggiare e spostarsi insieme agli utenti.<sup>203</sup>

---

<sup>201</sup> Il *geoblocking* è una pratica che limita l'accesso ai contenuti internet in base alla posizione geografica del consumatore, rilevabile tramite l'indirizzo IP. Le lamentele degli acquirenti di contenuti digitali derivano dal fatto che l'applicazione di tali pratiche in un Mercato di beni e servizi che si presuppone essere unico finisce per limitare i diritti dei consumatori stessi nella fruizione di contenuti legittimamente acquistati. Ad esempio per impedire ai cittadini europei che viaggiano nell'Unione di seguire film, trasmissioni sportive che hanno acquistato nel proprio paese di origine. Da Help Consumatori <http://www.helpconsumatori.it/new-media/mercato-digitale-europa-i-contenuti-online-devono-viaggiare-con-i-cittadini/100556>.

«Non è raro, infatti, che uno stesso venditore offra i propri beni o servizi attraverso diversi siti web, gli uni destinati ai consumatori del Paese in cui esso stesso ha sede, gli altri ai consumatori di Paesi diversi, applicando però condizioni e prezzi differenti. Può capitare, dunque, che il venditore si rifiuti di accettare l'ordine di acquisto di un consumatore con un indirizzo IP di un Paese diverso o che ne blocchi del tutto l'accesso, reindirizzandolo – anche tramite automatismi - verso un altro sito web, che vende gli stessi beni a prezzi meno convenienti. Capita, inoltre, che i venditori rifiutino anche di accettare le carte di pagamento emesse da istituti di credito con sede all'estero. Tali restrizioni costringono, di fatto, il consumatore a fare acquisti on line solo nel Paese in cui risiede, oltre a vedersi applicare prezzi più elevati per gli stessi beni e servizi a seconda del Paese di residenza. Tutto ciò rischia di minare, tra l'altro, la fiducia del consumatore nel web e, si conseguenza, nel mercato unico digitale. Inoltre, il *geoblocking* causa vere e proprie barriere commerciali che, impedendo la libera circolazione di beni e servizi oltre frontiera, tendono a vanificare i vantaggi apportati dal mercato digitale alla crescita economica ed all'occupazione, danneggiando di fatto il mercato unico europeo. Il divieto di tali discriminazioni è sancito, infatti, oltre che dallo stesso Trattato della Comunità Europea, anche dalla Direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno - recepita in Italia dal d. lgs. n. 59/2010 -, ai sensi della quale i professionisti devono applicare le medesime condizioni di vendita a tutti i consumatori, a prescindere dalla loro nazionalità ed è vietata qualsiasi discriminazione in tal senso. I consumatori possono segnalare i casi di geoblocking al Centro Europeo Consumatori Italia, che provvederà a contattare il professionista e, qualora lo stesso non ponga fine alla discriminazione, a trasmettere all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, competente in materia, la relativa segnalazione.» Da <https://www.ecc-netitalia.it/it/news-e-pubblicazioni/news/104-acquisti-online-e-geoblocking-verso-nuove-disposizioni-europee-a-tutela-dei-consumatori-e-del-mercato-unico-digitale>.

<sup>202</sup> Sulla base di una prima proposta del dicembre 2015, successivamente arricchita di nuove misure in tema di audiovisivo ed E-commerce, la Commissione europea il 25 Maggio 2016 ha presentato una Proposta di Regolamento del parlamento europeo 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. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-289-IT-F2-1.PDF>

<sup>203</sup> A.ANSIP, Vicepresidente e Commissario responsabile per il mercato unico digitale: «Sette mesi fa abbiamo promesso la realizzazione del mercato unico digitale in tempi brevi. Oggi

Raggiungere la portabilità transfrontaliera dei contenuti digitali significa dare la possibilità ai consumatori di trasportare un'opera digitale in ogni parte dell'Unione europea anche fuori dai confini del proprio Stato.<sup>204</sup> Come ha evidenziato G. H. Oettinger, Commissario responsabile per l'economia e la società digitali, la portabilità transfrontaliera dei contenuti online dovrebbe diventare una realtà nello stesso momento in cui saranno abolite le tariffe di roaming nell'UE<sup>205</sup>: «Il regolamento proposto oggi è il primo passo di un'ambiziosa riforma. Conto sui co-legislatori perché entro il 2017 la portabilità diventi una realtà per i consumatori europei, che potranno così accedere ai contenuti che preferiscono anche quando si spostano nell'UE, e senza dover pagare le tariffe di roaming, che saranno abolite entro la metà del 2017. Il nostro piano d'azione indica la strada per ulteriori riforme che saranno presentate nella prossima primavera: vogliamo per il diritto d'autore un ambiente stimolante ed equo, che premi gli investimenti nel settore creativo e in cui sia più semplice per gli europei accedere ai contenuti e utilizzarli legalmente. Anche il lavoro che stiamo svolgendo sul ruolo delle piattaforme e degli intermediari online ci aiuterà a tradurre il nostro piano in proposte concrete.» Queste iniziative fanno parte di una visione generale sulla modernizzazione del quadro normativo dell'Ue per il diritto d'autore. L'obiettivo della Commissione è dare la possibilità ai cittadini europei di

---

presentiamo le nostre prime proposte. È nostra intenzione garantire la portabilità dei contenuti a livello transfrontaliero. Chi acquista legalmente contenuti, che si tratti di film, libri, partite di calcio, o serie televisive, deve potervi accedere ovunque vada in Europa. Si tratta di un cambiamento reale, come l'abolizione delle tariffe di roaming. La Commissione espone oggi anche la sua visione sulla modernizzazione del regime in materia di diritto d'autore nell'UE, spiegando quali saranno le tappe per conseguire gradualmente questo obiettivo. Il nostro intento è ampliare l'accesso ai contenuti culturali online e sostenere gli autori. Vogliamo rafforzare la ricerca e lo sviluppo in Europa utilizzando tecnologie come il *text mining* e il *data mining*. Il mercato unico digitale è il piano con cui l'Europa reclama il suo posto nell'era digitale: oggi compiamo il primo passo per realizzarlo...»

<sup>204</sup> Questo problema è avvertito maggiormente quando si tratta di fruizione di servizi televisivi, in particolare quelli on demand. Infatti la discussione sulla portabilità ha portato anche alla Revisione della Direttiva UE sui servizi di media audiovisivi ( Direttiva SMA) e ad una nuova regolamentazione delle norme sull'e-commerce.

<sup>205</sup> Il piano di tariffazione del roaming internazionale (cd. Eurotariffa) è deciso dall'UE per tutti gli operatori di telefonia mobile comunitari al fine di garantire agli utenti delle reti pubbliche di comunicazione mobile che viaggiano all'interno dell'Unione di non pagare prezzi eccessivi rispetto alle tariffe competitive nazionali per i servizi vocali di roaming intracomunitario quando effettuano e ricevono chiamate, inviano e ricevono SMS e utilizzano servizi di trasmissione dati a commutazione di pacchetto. La normativa di riferimento è il Regolamento (CE) N. 717/2007 del Parlamento Europeo, così come modificato dal Regolamento (CE) N. 544/2009. Il 15 Giugno 2017 saranno aboliti i costi per il roaming nell'UE e l'Eurotariffa non esisterà più. Da <https://it.wikipedia.org/wiki/Eurotariffa>.

accedere legalmente ad una gamma di contenuti che sia più vasta possibile, senza però rinunciare a garantire agli autori la dovuta protezione ed il diritto ad un'equa remunerazione.<sup>206</sup> Infatti in questa prospettiva, per poter parlare veramente di un Mercato digitale del diritto d'autore all'interno dell'UE, è doveroso operare un rafforzamento del diritto d'autore migliorando soprattutto la portata dei provvedimenti ingiuntivi transfrontalieri e migliorando la cooperazione tra gli Stati membri in caso di violazioni. La strada intrapresa dall'Europa è tutt'altro che in discesa e, nonostante i progressi compiuti, i nodi da sciogliere restano numerosi. In primis il rischio di erodere il principio di territorialità compromette lo sfruttamento territoriale dei diritti cinematografici e televisivi da parte delle industrie del settore.<sup>207</sup>

---

<sup>206</sup> «Proprio sul tema della tutela degli autori e dei loro aventi diritti l'attenzione è concentrata anche sulla previsione di nuove forme di responsabilità dei fornitori di servizi di hosting o altre piattaforme online. La Commissione ricorda il motivo del contendere: "Le piattaforme ritengono di non dover partecipare ad alcuna azione relativa al diritto d'autore e che la loro attività sia essenzialmente tecnica, automatica e di natura passiva, cosa che gli permette di beneficiare dell'assenza di responsabilità prevista dalla direttiva eCommerce". Anche se non vengono citati, YouTube e Google News sono quelle maggiormente coinvolte in questa parte della Comunicazione. La Ue dovrà rivedere poi la divisione del 'valore', con un'attenzione particolare per "l'equo compenso per autori e artisti che possono essere particolarmente colpiti dalle differenze previste per l'assegnazione delle licenze o i trasferimenti dei diritti. » Da R. NATALE, *Copyright: Saltano fuori i piani dell'europa per il 2016* nella rivista online Key4biz, consultabile al seguente link: <https://www.key4biz.it/copyright-saltano-fuori-i-piani-ue-per-il-2016/142396/>

Sul tema anche P. MARZANO da *Intervista a Paolo Marzano nella rivista online Key4biz* Consultabile al seguente link: <https://www.key4biz.it/il-geoblocking-non-e-la-priorita-intervista-a-paolo-marzano-comitato-consultivo-diritto-dautore/130193/> (Consultato il 29 Ottobre 2015): «Sono lieto che la Commissione si prepari a verificare anche la tenuta delle norme in materia di responsabilità online. Non dimentichiamoci, infatti, che le esenzioni previste dalla Direttiva e-Commerce nel lontano anno 2000 erano volte a preservare la crescita degli allora neonati service providers. Ma non vi è dubbio che in questi anni i providers siano cresciuti e pasciuti, troppo spesso adottando business models che nulla hanno a che fare con quella 'estraneità' o 'passività' (rispetto alle condotte illecite poste in essere dagli utenti della rete) che giustificava l'esenzione da responsabilità. Altro che esenzione da responsabilità, è ormai divenuta la più grande eccezione ai diritti patrimoniali d'autore mai concepita nella storia. Non sono tuttavia sicuro che il *follow the money approach* citato dalla Commissione sia l'unico tipo d'intervento: soprattutto nell'arco dell'ultimo quinquennio diversi tribunali europei hanno adottato provvedimenti di site blocking che si sono dimostrati assai utili. Ci vorrebbe, io credo, una procedura di fast track per disporre a livello UE il site blocking nei casi di pirateria massiva. Guardate il caso italiano costituito dal Regolamento AGCOM: agile, semplice, rapido»

<sup>207</sup> Il conflitto con gli interessi delle industrie culturali, soprattutto quelle del settore audiovisivo, ha portato infatti gli Stati membri, riuniti nel Comitato dei rappresentanti permanenti (COREPER), ad osteggiare la previsione di un accesso illimitato ai contenuti e concentrarsi sul concetto di temporaneità. Alcuni Stati tra i quali Italia, Francia e Spagna hanno appoggiato l'introduzione di un limite di tempo per la portabilità dei contenuti a pagamento oltre le frontiere, onde evitare che la portabilità diventi un *escamotage* per accedere ai contenuti protetti in violazione delle norme previste dagli Stati membri sul diritto d'autore.

Questo potrebbe comportare una decisa riduzione degli investimenti delle imprese in contenuti televisivi e cinematografici, comportando disagi soprattutto per i consumatori, che vedrebbero così drasticamente ridotta l'offerta di contenuti disponibili.<sup>208</sup> Sul tema si è espressa la Corte europea di giustizia con la sentenza del 4 Ottobre 2011<sup>209</sup>. Nella sentenza si afferma che le leggi nazionali che vietano l'importazione e la vendita, ma anche la sola utilizzazione di dispositivi stranieri che consentono l'accesso ad un servizio proveniente da un altro stato sono da ritenersi contrarie all'art. 56 del TFUE<sup>210</sup> anche quando il dispositivo venga utilizzato a fini commerciali. Anche le istituzioni italiane si sono espresse sull'argomento, ad esempio secondo il parere di Paolo Marzano, Presidente del Comitato consultivo permanente per il diritto d'autore: «La Commissione vuole aumentare il livello di armonizzazione, ma credo sbaglierebbe se, nel far ciò, decidesse di eliminare od in qualche modo comprimere il principio di territorialità. Questo è infatti un beneficio per chi produce cultura, ma anche per chi la consuma. E' noto infatti che, ad esempio i produttori cinematografici, sfruttano la territorialità per rendere più efficiente la raccolta di finanziamenti necessari alla produzione delle proprie opere, attraverso la cd. pre-sale, che avviene di paese in paese, dei propri diritti. Ma grazie alla territorialità è possibile scegliere in quali mercati distribuire prima i propri prodotti, scandire temporalmente la loro commercializzazione, tenere conto delle differenze linguistiche, perfino climatiche. Della territorialità beneficiano anche i consumatori: a mercati diversi, infatti, corrispondono anche prezzi diversi.

---

<sup>208</sup> Per un approfondimento sui rischi di compromettere la diversità culturale e ridurre la produzione audiovisiva leggi anche dalla Redazione di Key4biz, *Riforma del copyright, i consumatori UE rischiano danni annui per 9,3 miliardi* <https://www.key4biz.it/riforma-del-copyright-i-consumatori-ue-rischiano-danni-annui-per-93-mld/160555/>

La relazione condotta dalle società *Oxera, Oliver & Ohlbaum* segnala potenziali perdite per i consumatori, in termini di accesso ai contenuti ed aumento dei prezzi, fino a 9,3 miliardi di euro l'anno. Disponibile al seguente link: [http://www.oxera.com/getmedia/5c575114-e2de-4387-a2de-1ca64d793b19/Cross-border-report-\(final\).pdf.aspx](http://www.oxera.com/getmedia/5c575114-e2de-4387-a2de-1ca64d793b19/Cross-border-report-(final).pdf.aspx) (Consultato Giugno 2016)

<sup>209</sup> Sentenza CGUE 631/2011, che ha riunito i procedimenti C-403/08 (Football Association Premier League Ltd e altri contro QC Leisure e altri) e C-429/08 Karen Murphy contro Media Protection Services Ltd), meglio nota come "sentenza Murphy", in quanto la ricorrente, Karen Muphy, era esercente di un locale nel quale ha messo a disposizione al pubblico la visione delle partite della Premier League inglese utilizzando l'abbonamento (decoder e smart card) offerto dall'operatore televisivo greco Nova.

<sup>210</sup> Art. 56 TFUE «Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno dell'Unione.»

(...) Il diritto d'autore spinge sempre alla diffusione delle opere presso il pubblico. La parola 'pubblico' è presente in tutti i diritti patrimoniali d'autore: distribuire, comunicare, rappresentare ed eseguire. Tutto è presso il pubblico. Non temete, il diritto d'autore non impedisce, favorisce, l'accesso del pubblico alla cultura; anzi, lo impone.»<sup>211</sup>

### 3.4) Quadro abilitante

Tutte le analisi compiute fin qui giungono alla conclusione che, per garantire lo sviluppo dell'industria culturale e della *Knowledge Economy*, è indispensabile favorire l'accesso ai contenuti digitali diffusi tramite Internet. Il quadro normativo comunitario dovrebbe quindi prevedere un maggiore contemperamento tra la tutela autoriale e l'accesso alle opere in modo tale da poter ricomprendere anche le nuove dinamiche in cui si articola il mercato della distribuzione digitale. La strategia da ultimo adottata dalle istituzioni europee in tema di proprietà intellettuale cita testualmente la necessità di provvedere all'adozione di un «*enabling framework*»<sup>212</sup> cioè un quadro abilitante che possa dare maggiore concretezza alle attuali norme, fungendo da guida per l'interprete. Sempre mantenendo il rispetto dei principi fondamentali che garantiscono sia un'equa remunerazione dei titolari dei diritti sia la libera circolazione dei beni e servizi nel mercato europeo. Nell'ordinamento europeo la proprietà intellettuale è ricompresa tra i diritti fondamentali ai sensi dell'articolo 17 della Carta di Nizza.<sup>213</sup> La formulazione dell'articolo 17 può essere interpretata in vari modi, se si conferisce autonomia al secondo paragrafo dell'articolo, nel quale la proprietà intellettuale viene riconosciuta come meritevole di protezione, si potrebbe giungere alla conclusione che il legislatore abbia inteso slegare la proprietà intellettuale dal diritto di proprietà, il diritto d'autore sarebbe così concepito come un diritto della persona, dando risalto specialmente alla sua componente

---

<sup>211</sup> P. MARZANO da *Intervista a Paolo Marzano su <https://www.key4biz.it/il-geoblocking-non-e-la-priorita-intervista-a-paolo-marzano-comitato-consultivo-diritto-dautore/130193/>*

<sup>212</sup> Cfr. A single Market for Intellectual Property Rights «*European legislation must provide the appropriate enabling framework that incentives investment by rewarding creation, stimulates innovation and facilitates the distribution of knowledge*»

<sup>213</sup> Art. 17 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea «Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale. La proprietà intellettuale è protetta.»

morale e culturale. Tale interpretazione però non trova nessun tipo di conferma all'interno della Carta di Nizza e nemmeno è rinvenibile all'interno dei lavori preparatori.

Diversamente, un'altra analisi sembra ricondurre la proprietà intellettuale nella sfera del diritto di proprietà. Tesi avallata anche dall'art. 1 del Protocollo n.1 CEDU e da alcune recenti decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>214</sup>. Questa interpretazione è frutto della tendenza dell'Unione a riconoscere sempre maggiore protezione ai diritti di utilizzazione economica delle opere, lasciando in secondo piano la fattispecie morale e culturale del diritto.<sup>215</sup> È da preferirsi perché, oltre ad essere coerente con la struttura della Carta europea, consente di qualificare il diritto d'autore come diritto fondamentale per i suoi soli aspetti patrimoniali e saranno quindi solo questi a poter interferire con il diritto d'informazione ed i suoi corollari della circolazione e dell'accesso alle informazioni. Quindi non si potrà invocare la titolarità del diritto d'autore per limitare l'accesso ai contenuti se non nei limiti in cui tale accesso abbia effettivamente danneggiato l'attività economica del titolare dei diritti, circostanza che non si verifica quando l'accesso avvenga per fini non prettamente economici.<sup>216</sup> L'analisi appena compiuta assume un ruolo chiave per l'adozione del quadro abilitante, perché le direttive UE, delle quali si auspica una riforma che sia in grado effettivamente di promuovere lo sviluppo del Mercato unico digitale, devono essere interpretate alla luce dei principi della Carta di Nizza. Con queste premesse ci dirigiamo verso un'apertura al libero utilizzo delle opere digitali per usi non commerciali, passando soprattutto da un'interpretazione conforme del regime delle eccezioni e limitazioni ai diritti d'autore che possa contribuire allo sviluppo di nuovi modelli legali di distribuzione delle

---

<sup>214</sup> Sul punto cfr. anche la discussione *supra*, par. 2.1, nota 168

<sup>215</sup> La prevalenza della sfera privatistica del diritto d'autore è dovuta anche al fatto che gli interessi patrimoniali degli autori hanno finito per coincidere con quelli dei loro aventi causa. Come riporta G.GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Giuffrè, Milano, pag. 150 «la promozione e lo sviluppo dell'industria culturale e creativa sono stati ritenuti gli obiettivi che hanno contribuito in maniera significativa alla formazione della tutela del diritto d'autore come oggi lo conosciamo. La moderna tutela esclusiva nasce in funzione di assecondare e promuovere lo sviluppo della nascente industria culturale. E in siffatto contesto la primissima tutela degli autori in quanto tali, i cui interessi non erano sino ad allora emersi con autonomia, rappresentava un corollario razionale della politica di promozione e sostegno, attraverso il diritto esclusivo, di quella nuova industria: come quello che incentivava ed accresceva con uno strumento giuridico della stessa natura e ratio generale, la produzione di nuovi contenuti per l'industria medesima.»

<sup>216</sup> Cfr. M. MONTAGNANI, *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Quaderni di giurisprudenza commerciale, Giuffrè, 2012, p. 171

opere.<sup>217</sup> Il regime di eccezioni e limitazioni è previsto all'art 5 della direttiva InfoSoc, la quale prevede un elenco di eccezioni, che seppur teoricamente presentino un buon grado di flessibilità, non sono state recepite dagli Stati membri in maniera uniforme, al contrario hanno dato adito a diverse interpretazioni, a scapito dell'obiettivo di armonizzazione e delle nuove forme di distribuzione dei contenuti digitali. La soluzione potrebbe rinvenirsi in un uso generalizzato del *three step test*, previsto al comma 5 dell'art. 5, in maniera tale da poter combinare la tassatività delle eccezioni, necessaria ai fini della certezza giuridica, con la flessibilità necessaria per consentire agli ordinamenti giudiziari degli stati membri di tenere in equilibrio diritto d'autore e gli altri diritti fondamentali.<sup>218</sup>

Oltre alla revisione del regime delle eccezioni l'adozione di un quadro abilitante passa anche per la previsione di apposti meccanismi contrattuali che siano adeguati alle nuove modalità di creazione e diffusione delle opere dell'ingegno in rete. Ad esempio le licenze aperte che permettono di adattare all'ambiente digitale gli strumenti tradizionalmente offerti dal diritto d'autore, in particolare le licenze *Creative Commons*<sup>219</sup>. Queste licenze sono state pensate per essere applicate in un ordinamento di common law, questo ha sollevato diversi problemi nel momento in cui si è provato ad adattarle ai

---

<sup>217</sup> *Ibidem.* p. 173 ss. «Il regime delle eccezioni rappresenta il luogo di incontro tra l'istituto del diritto d'autore e gli altri corpi di norme ed offre gli strumenti per conferire coerenza all'ordinamento, anche quando si assista a cambiamenti così profondi come quelli determinati dalla rete internet e dalla tecnologia digitale. (...) Dal rango fondamentale del diritto all'accesso quale manifestazione del diritto di informazione discende l'impossibilità di disporre delle eccezioni che siano espressione di usi non commerciali dell'opera protetta poiché gli aspetti non commerciali della privativa non rientrano nella protezione prevista dall'art. 17 par. 2 della Carta» Nell'iniziativa *A single market for Intellectual property rights* è però molto ridotto lo spazio riservato alle eccezioni, infatti è la sola copia privata ad essere inserita tra gli oggetti delle prossime iniziative, mentre mancano previsioni in tema di ricerca, didattica e critica.

<sup>218</sup> *Ibidem.* p. 179

<sup>219</sup> Sul tema vedi anche R. CASO, *Il debutto in sordina delle licenze Creative Commons: questioni di responsabilità precontrattuale* in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, fasc. 2, 2015, pag. 322 « Le licenze *Creative Commons* ideate negli Stati Uniti dall'organizzazione no profit *Creative Commons* e diffuse in tutto il mondo, costituiscono uno strumento improntato alla logica racchiusa nella formula "solo alcuni diritti riservati" che ribalta quella tradizionalmente associata alla commercializzazione di opere dell'ingegno sotto la classica bandiera "tutti i diritti riservati". In altri termini, le licenze CC mirano più a concedere che a negare facoltà d'uso dell'opera. Più in dettaglio, le *Creative Commons* sono articolate in sei licenze standard che risultano dalla combinazione di quattro opzioni: "attribuzione", "non commerciale", "non opere derivate", "condividi allo stesso modo". Esse si contrappongono idealmente alle c.d. licenze d'uso proprietarie, strumenti negoziali connotati dall'esasperata restrizione delle facoltà di utilizzazione in capo al licenziatario. Le licenze CC sono oggetto di attenzione sul piano teorico ma soprattutto riscuotono un grande successo applicativo nella prassi della gestione delle opere dell'ingegno.»

modelli di civil law<sup>220</sup>, ma in generale sono state bene accolte dalla comunità della rete perché consentono di sfruttare le potenzialità di internet nel rispetto delle norme sul diritto d'autore. Una situazione particolare è rappresentata anche dalla diffusione di UGC<sup>221</sup>, c'è il forte rischio che la maggioranza dei contenuti creati dagli utenti rappresenti una violazione dei diritti d'autore di terzi ogni volta questi incorporino opere protette. Al momento questi contenuti si muovono all'interno di un'area grigia del diritto, all'interno della quale si vanno affermando delle pratiche che sono in qualche modo tollerate dai titolari dei diritti.<sup>222</sup> L'introduzione di una specifica disciplina, se incompleta, potrebbe erodere completamente questo spazio di azione di cui l'utente gode in rete. Creando un divario incolmabile tra modelli di distribuzione professionali e modelli di distribuzione amatoriali.

Per concludere, in tema di distribuzione digitale delle opere dell'ingegno, le riforme devono essere adottate guardando allo sviluppo del fenomeno nella sua totalità ed in ogni sua sfaccettatura. Solo così si potrà raggiungere un

---

<sup>220</sup> In particolare, sulla compatibilità delle licenze *Creative Commons* con l'ordinamento italiano cfr. FABIANI, *Creative Commons. Un nuovo modello di licenze per l'utilizzazione delle opere in Internet* in IDA, 2006, p. 157 e ss.

<sup>221</sup> La definizione di *User generated content* che è utilizzata dall'Unione europea è fissata all'interno del documento dell'ottobre 2009 *Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the future*. In questo atto gli UGC sono ritenuti come contenuti «disponibili attraverso le reti di comunicazione» che possiedono un «certo ammontare di creatività e sono creati al di fuori da pratiche professionali». Da A.LATORRE M. VERNUCCIO *Ridurre il rischio percepito e generare fiducia nello shopping online attraverso gli user generated content*, 2013, Franco Angeli editore. Nonostante sia generalmente riconosciuta la rilevanza che assume il fenomeno soprattutto in relazione con il diritto d'autore in rete, ancora oggi emerge una carenza di informazioni riguardanti «La relazione esistente tra categoria di prodotto, coinvolgimento e conoscenza pregressa del consumatore nelle strategie decisionali adottate dallo stesso per la riduzione del rischio percepito online.» Il fenomeno assume particolare rilevanza soprattutto relativamente alla tutela del diritto d'autore online. L'istituto deve necessariamente trovare il modo di ricomprendere, a fianco degli autori e dei loro aventi causa, anche le istanze dei consumatori non più intesi genericamente come «pubblico» ma come singoli soggetti che contribuiscono non solo alla diffusione ma anche alla stessa creazione dell'opera dell'ingegno tutelata. Obiettivo non di facile portata, anche perché l'avvento degli UGC ha reso labile il confine tra modelli di distribuzione professionali e modelli di distribuzione amatoriali. Nella realtà quotidiana il fenomeno di diffusione degli UGC è perlopiù improntato su modelli di distribuzione che lucrano principalmente sui proventi generati dalla vendita di spazi pubblicitari.

<sup>222</sup> Cfr. M. MONTAGNANI, *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Quaderni di giurisprudenza commerciale, Giuffrè, 2012, p. 171 Secondo l'A. l'ipotesi caldeggiata dalla Commissione europea di prevedere un apposito permesso o un'apposita eccezione ben si allineerebbe con la necessità di liberare gli usi non commerciali delle opere ma al tempo stesso rischierebbe di contribuire all'erosione di quegli spazi di autonomia di cui i terzi godono proprio grazie al fatto che in rete vi siano delle aree grigie, peraltro in parte imputabili anche ai limiti che le attuali norme in materia di diritto d'autore mostrano nel disciplinare i fenomeni tipici dell'ambiente digitale.

quadro normativo abilitante che possa incentivare veramente lo sviluppo delle opportunità economiche a disposizione di tutti.

## I POTERI DELL'AGCOM NELLA REGOLAZIONE DEL DIRITTO D'AUTORE SU INTERNET E IL RUOLO DELLE SOCIETÀ DI COLLECTING

### 1) Dal quadro europeo all'esperienza italiana: il Regolamento AGCom 680/13/CONS

Il 12 Dicembre 2013 l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, di seguito AGCom<sup>223</sup>, con la delibera n. 680/13/CONS ha adottato il Regolamento sulla tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica<sup>224</sup> (cd. Ddaonline). Il regolamento istituisce una procedura amministrativa attivabile contro le violazioni del diritto d'autore online, soprattutto quelle di carattere massivo, in quanto idonee a distorcere il mercato e le dinamiche concorrenziali ed a danneggiare seriamente l'offerta di contenuti legali e con essa l'intera industria culturale.<sup>225</sup> È il primo provvedimento amministrativo che si occupa di prevenire la diffusione online illecita di opere in formato digitale. Prima della sua adozione le violazioni dei diritti d'autore erano state disciplinate solo dal diritto penale<sup>226</sup>.

Esso prende spunto, nel suo contenuto e nella sua impostazione, dalle esperienze internazionali in materia. In effetti già altri paesi hanno adottato misure punitive contro la violazione del copyright on line, in alcuni casi con risultati negativi. Nel 2009 la Francia è stata il primo paese europeo ad

---

<sup>223</sup> L'AGCom è un'autorità amministrativa indipendente dotata di potere di regolamentazione amministrativa, è stata istituita nel 1995 in seguito alla liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni. L'autorità è dotata di specifiche competenze in materia di diritto d'autore attribuitele dalla legge 248/2000, che ha introdotto nella L.d.A. l'art 182 bis, e dal D.lgs. 259/2003 (Codice delle Comunicazioni Elettroniche) con il quale sono state recepite all'interno dell'ordinamento le direttive europee di armonizzazione nel settore dei servizi di comunicazione elettronica. Per approfondire i compiti dell'AGCOM e la sua struttura vedi anche R. ZACCARIA A. VALASTRO E. ALBANESI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2013

<sup>224</sup> AGCOM, *Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 70/2003*, adottato con delibera n. 680/13/CONS

<sup>225</sup> AGCOM, Audizione del Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni Angelo Marcello Cardani, Camera dei deputati, Esame degli atti dell'Unione europea in materia di Mercato Unico Digitale, Marzo 2016.

<sup>226</sup> Per una trattazione approfondita vedi M. BERTANI, *Internet e la amministrativizzazione della proprietà intellettuale in Il regolamento Agcom sul diritto d'autore*, Quaderni di AIDA n.25, Giappichelli Editore, 2014 p. 3 e ss.

approvare una legge adottando l'approccio cd «dei tre colpi»<sup>227</sup> o della «risposta graduale»<sup>228</sup> il quale prevedeva la sospensione o cessazione dell'accesso a Internet per i presunti trasgressori del diritto tutelato.<sup>229</sup> Le leggi che in Francia hanno introdotto questo sistema di controllo per le violazioni del diritto d'autore tramite Internet sono chiamate *Loi n. 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant le diffusion et la protection de la creation sur internet* (HADOPI 1) e *Loi n. 2009 . 1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection penale de la propriété littéraire et artistique sur internet* (HADOPI 2). La prima legge ha istituito l'HADOPI (*Haute Autorité pour la diffusion des Oeuvres et la Protection des Droits sur Internet*), un ente pubblico che avrebbe dovuto fungere da garante per l'attuazione di queste norme. Tuttavia nel 2009 né è stata dichiarata l'incostituzionalità da parte del Consiglio Costituzionale francese per il contrasto con numerose libertà civili riconosciute dall'ordinamento francese.<sup>230</sup> L'esperienza di HADOPI 2, che è succeduta ad HADOPI 1, è stato ugualmente oggetto di critiche, tanto che nel 2012 il ministro francese della Cultura ha suggerito di ridurre lo stanziamento di fondi destinati all'autorità. Al termine di una lunga discussione, a maggio del 2013 un rapporto commissionato dal governo (Rapporto Lescure)<sup>231</sup> ha richiesto l'abolizione della legge HADOPI che fu revocata nel Luglio dello stesso anno con la motivazione che le sanzioni imposte ai trasgressori sono state considerate sproporzionate rispetto alla gravità del fatto commesso e successivamente ridotte.<sup>232</sup> L'esperienza francese ha dimostrato come le politiche e gli interventi regolamentari esclusivamente focalizzati sulla

---

<sup>227</sup> HABER, *The French Revolution 2.0: Copyright and the three strikes policy in Harvard Journal of Sport & Entertainment*, 2011, p. 297 e ss.

<sup>228</sup> M.MENSI, *Il diritto d'autore on-line*, in *Il Diritto del Web casi e materiali*, Padova, Cedam, 2015 «Si tratta di un meccanismo specifico ampiamente analizzato in dottrina, sull'efficacia del quale la maggioranza degli studiosi si esprime in maniera critica a causa delle sue ripercussioni negative sui diritti e le libertà fondamentali, come il diritto ad un giusto processo, la libertà di espressione, la privacy e la libertà d'impresa.» La sua struttura era basata sul controllo, un avviso e le sanzioni.

<sup>229</sup> M.MENSI, *op. cit.* Padova, Cedam, 2015

<sup>230</sup> N. LUCCHI, *Access to network services and protection of constitutional rights: recognizing the essential role of internet access for the freedom of expression*, 2011, p 645 e ss. «Thus, HADOPI 1 resulted in the emergence of a new form of internet network surveillance monitored by a semi-police authority, which consequently created troublesome issues related to the protection of privacy and civil liberties in electronic communications.» . Da MENSI, *Op. cit.* «In particolare ha assunto valore fondamentale per il Consiglio costituzionale il fatto che la legge HADOPI 1 ponesse l'onere della prova in capo ai presunti trasgressori, violando così il principio fondamentale della presunzione di innocenza.»

<sup>231</sup> Vedere Rapport Pierre Lescure

<sup>232</sup> D.Uff. 157 del 9 Luglio 2013

repressione delle condotte degli utenti sono destinate a fallire, come dimostra il ripensamento della politica anti-pirateria francese, che fu poi rivista nel corso del 2014.<sup>233</sup>

In seguito all'esperienza francese anche altri Stati europei hanno iniziato un processo di lotta alla pirateria informatica tramite la previsione di organismi di controllo, come ad esempio la Spagna con la molto contestata *Ley Sinde*. Adottata il 30 dicembre 2011, è parte della più ampia norma sulla *Sustainable Economy Act*. Prende il nome dal Ministro della Cultura spagnolo, l'autrice Angel Gonzales Sinde. Questa legge prevede la creazione di una Commissione sulla Proprietà Intellettuale il cui compito è quello di prendere in esame le richieste di intervento ad essa rivolte dai *copyright owners* in merito a casi di sospetta pirateria da essi individuati sulla rete. La Commissione ha il potere di agire contro siti internet, IPS e hosting providers e può deliberare anche l'oscuramento dei siti che risultino violare le norme sul diritto d'autore; l'oscuramento deve avvenire ad opera dei fornitori di accesso entro 48 ore dalla ricezione dell'ordine da parte della Commissione. Le decisioni adottate devono essere confermate dall'autorità giudiziaria e l'intero procedimento si deve chiudere entro 10 giorni. Inoltre, i *copyright owners* possono richiedere di conoscere l'identità degli utenti finali che abbiano dato vita alle attività di pirateria.<sup>234</sup>

In materia di contenuti digitali e diritto d'autore, l'azione dell'AGCOM ed il regolamento da essa emanato rientrano nell'ambito delle molte iniziative adottate a riguardo a livello europeo. Tra i principali compiti dell'Autorità c'è quello di equilibrare vari interessi, legati tra loro da un nesso di interdipendenza ed a volta addirittura in aperto contrasto tra loro, emersi dopo l'avvento della cd Società dell'informazione. In tal senso, la proposta di regolamento in materia di diritto d'autore online, prevista nell'ambito della Strategia DSM, si configura come un tema di particolare interesse strategico; di bilanciare da un lato il diritto degli autori e titolari dei diritti ad ottenere un'equa remunerazione per le proprie opere mentre dall'altro il diritto degli

---

<sup>233</sup> Si è passati infatti ad un orientamento più incentrato sulla punizione delle violazioni massime operate da coloro che forniscono servizi di hosting.

<sup>234</sup> P. MARZANO, *Obiettivi ed efficacia dei modelli di enforcement in Workshop Il diritto d'autore online: modelli a confronto*, Roma, Camera dei Deputati, 24 Maggio 2013

utenti alla libertà di espressione e di informazione e all'accesso ai contenuti digitali.

### **1.1) Iter legis**

Il primo atto sulla regolazione del diritto d'autore in rete è stato lo svolgimento di un'indagine di natura conoscitiva pubblicata nel 2010 sul sito dell'AGCom, alla quale ha fatto seguito l'adozione delle delibere 668/10/CONS del 17 Dicembre 2010 e 398/11/CONS del 6 Luglio 2011 con la quali è stata avviata una consultazione in merito ai lineamenti che avrebbe dovuto assumere il provvedimento sull'esercizio delle competenze dell'Autorità in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica. Nel dialogo ha fatto il suo ingresso anche la Commissione europea, la quale ai sensi della Direttiva 98/34/CE deve essere informata tramite una procedura di notifica nei casi in cui si introducano regolamentazioni sui servizi della società dell'informazione. L'atto notificato alla Commissione è stato valutato in base alla sua conformità con il diritto europeo ed in particolare con le norme poste dalla direttiva Ecommerce<sup>235</sup>. Una volta terminata l'analisi della Commissione l'autorità ha potuto adottare una nuova delibera<sup>236</sup> con la quale si è proceduto all'ultima consultazione sul nuovo modello di regolamento così come modificato dai correttivi indicati dall'esame della Commissione.<sup>237</sup> Il provvedimento definitivo è stato adottato il 12 Dicembre 2013 con la delibera n. 680/13/CONS ed è entrato in vigore nel Marzo 2014.

---

<sup>235</sup> In particolare rileva il Considerando 46 della direttiva sul rispetto del principio della libertà di espressione nell'applicazione di misure volte alla rimozione delle informazioni: « La rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime devono essere effettuate nel rispetto del principio della libertà di espressione e delle procedure all'uopo previste a livello nazionale. La presente direttiva non pregiudica la possibilità per gli Stati membri di stabilire obblighi specifici da soddisfare sollecitamente prima della rimozione delle informazioni e della disabilitazione dell'accesso alle medesime.»

<sup>236</sup> Delibera n.452/13/CONS

<sup>237</sup> L'intervento della Commissione europea ha portato ad alcune modifiche sia per quanto riguarda alcune definizioni sia per quanto riguarda il procedimento. Per citarne alcune ad esempio è specificato che tra i prestatori di servizi vengono ricomprese espressamente le attività di conduit e hosting disciplinate dal d.lgs. 70/2003 e viene introdotta la differenza tra Internet Service Provider e gestori di siti internet. Mentre dal lato procedurale si è operata soprattutto la revisione dei termini per l'adozione dei provvedimenti a tutela del diritto d'autore.

## 1.2) Le competenze dell'AGCom in materia di diritto d'autore

Una delle questioni più controverse e dibattute, nel periodo che ha preceduto l'adozione del regolamento, ha riguardato la sussistenza o meno in capo all'AGCom del diritto o dovere di intervenire per tutelare il diritto d'autore online, e la latitudine dei suoi poteri. I dubbi sollevati da alcuni riguardavano la competenza dell'Autorità a dettare una disciplina regolamentare in materia, ed è per questo che il regolamento è stato adottato solo in seguito ad un iter legislativo molto travagliato che ha visto come partecipanti anche le Istituzioni e le Corti europee.<sup>238</sup>

Una parte della dottrina sostiene che la sua funzione regolamentare sarebbe ricavabile in maniera implicita dall'esercizio di funzioni amministrative<sup>239</sup> mentre un'altra ritiene che la mancanza di una fonte legislativa sulla quale possa fondarsi la potestà regolamentare dimostri l'incompetenza dell'Autorità a disciplinare la materia. La vicenda è stata oggetto di una questione di costituzionalità dichiarata inammissibile dalla Corte<sup>240</sup>. In via generale il fondamento per il legittimo esercizio di poteri regolamentari in materia di diritto d'autore può essere rinvenuto in diverse norme: In primo luogo il decreto legislativo n.259 del 1 Agosto 2003 (Codice delle comunicazioni elettroniche) quindi le leggi n. 481 del 14 Novembre 1995 sulla concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità e la n.249 del 31 Luglio 1997 (Legge "Maccanico"). Nello specifico la competenza dell'autorità si articola

---

<sup>238</sup> Da M. MENSI, *Il diritto d'autore online* in MENSI; FALLETTA, *Diritto del Web casi e materiali*, Cedam, 2015 p. 266

<sup>239</sup> Riconosciuta anche dal Consiglio di Stato che nel parere n.5827/2005 sancisce che la potestà regolatoria trova il proprio fondamento nel contesto delle diverse norme che disciplinano le funzioni attribuitele.

<sup>240</sup> CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza n. 247/2015. La Corte Costituzionale ha sancito l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal TAR del Lazio con due ordinanze che miravano a travolgere la base giuridica del Regolamento AGCOM in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica. Oggetto del giudizio di costituzionalità non era, e non poteva essere, il Regolamento AGCOM, bensì le norme di legge poste a fondamento del potere dell'Autorità di ordinare la rimozione selettiva di contenuti o la disabilitazione dell'accesso a siti Internet. La Corte muove la propria analisi dalla premessa che le disposizioni impugnate «non attribuiscono espressamente ad AGCOM un potere regolamentare in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica», potere che è «desunto implicitamente e in via interpretativa in base a una lettura congiunta di tutte le disposizioni impugnate».

su tre importanti riferimenti normativi: la legge sul diritto d'autore, della quale rileva in particolar modo l'art. 182-bis<sup>241</sup>, introdotto con la legge 248 del 18 agosto 2000, che affida all'autorità il potere di vigilanza di una serie di attività; il D.lgs 70/2003, che costituisce a livello nazionale lo strumento di recepimento della Direttiva 2000/31/CE<sup>242</sup> sul commercio elettronico, che prevede e definisce i poteri volti a contrastare le violazioni del diritto d'autore prevedendo anche misure repressive nei confronti dei prestatori di servizi<sup>243</sup>; e il D.lgs. 177/2005 (Testo unico sulla radiotelevisione). Per quanto riguarda i fornitori di servizi di media audiovisivi il recepimento della Direttiva europea 2007/65/CE sui servizi di media audiovisivi ha portato all'emanazione del D.lgs. n.44/2010, cd «Decreto Romani». L'articolo 6 del

---

<sup>241</sup> Art. 182-bis L.d.A. «All'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE) è attribuita, nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge, al fine di prevenire ed accertare le violazioni della presente legge, la vigilanza: Sull'attività di riproduzione e duplicazione con qualsiasi procedimento, su supporto audiovisivo, fonografico e qualsiasi altro supporto nonché su impianti di utilizzazione in pubblico, via etere e via cavo, nonché sull'attività di diffusione radiotelevisiva con qualsiasi mezzo effettuata; Sulla proiezione in sale cinematografiche di opere e registrazioni tutelate dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi al suo esercizio; Sulla distribuzione, la vendita, il noleggio, l'emissione e l'utilizzazione in qualsiasi forma dei supporti; Sui centri di riproduzione pubblici o privati, i quali utilizzano nel proprio ambito o mettono a disposizione di terzi, anche gratuitamente, apparecchi per fotocopia, xerocopia o Sull'attività di fabbricazione, importazione e distribuzione degli apparecchi e dei supporti di cui all'art. 71-septies. La SIAE, nei limiti dei propri compiti istituzionali, si coordina, a norma del comma 1, con l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Per lo svolgimento dei compiti indicati nel comma 1, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni può conferire funzioni ispettive a propri funzionari ed agire in coordinamento con gli ispettori della SIAE. Gli ispettori possono accedere ai locali dove vengono svolte le attività di riproduzione, duplicazione, vendita, emissione via etere e via cavo o proiezione cinematografica, nonché le attività ad esse connesse; possono altresì accedere ai locali dove vengono svolte le attività di cui alla lettera e) del comma 1. Possono richiedere l'esibizione della documentazione relativa all'attività svolta, agli strumenti e al materiale in lavorazione, in distribuzione, in fase di utilizzazione attraverso l'emissione o la ricezione via etere e via cavo o la proiezione cinematografica, nonché quella relativa agli apparecchi e supporti di registrazione di cui all'articolo 71-septies. Nel caso in cui i suddetti locali non siano luoghi aperti al pubblico, stabilimenti industriali o esercizi commerciali o emittenti radiotelevisive, l'accesso degli ispettori deve essere autorizzato dall'autorità giudiziaria.»

<sup>242</sup> Direttiva che all'articolo 5 prevede che « La libera circolazione di un determinato servizio della società dell'informazione proveniente da un altro Stato membro può essere limitata, con provvedimento dell'autorità giudiziaria o degli organi amministrativi di vigilanza o delle autorità indipendenti di settore»

<sup>243</sup> Il D.lgs. 70/2003 non si limita a disciplinare gli obblighi in capo ai prestatori di servizi, previsti agli artt. 14, 15, 16 e 17, ma fondandosi sulla disciplina comunitaria, elabora un doppio binario di tutela per la violazioni del diritto d'autore su internet tramite procedimenti giudiziari e amministrativi.

Decreto ha introdotto all'interno del Testo Unico l'art. 32-bis<sup>244</sup> che stabilisce la competenza dell'Autorità ad emanare i regolamenti necessari per garantire l'effettivo rispetto dei diritti d'autore e connessi nella fornitura di servizi di media audiovisivi.

### **1.3) I rapporti con la Direttiva Enforcement 2004/48/CE**

Ai sensi del Regolamento l'Autorità può adottare, a tutela del diritto d'autore online, adeguate misure restrittive che devono essere necessarie, adeguate e proporzionate rispetto al raggiungimento degli obiettivi perseguiti. Si tratta degli stessi criteri che definiscono le condizioni di ammissibilità delle misure che consentono allo Stato di incidere sulla libertà di espressione e diffusione del pensiero, ai sensi dell'art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).<sup>245</sup>

Il potere dell'AGCom nell'adozione di misure di *enforcement* è stato messo in discussione in quanto è stato affermato che il D.lgs. 140/2006, con il quale è stata recepita all'interno dell'ordinamento italiano la Direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale cd *Enforcement*, riserva questa facoltà soltanto all'autorità giudiziaria. Il Decreto legislativo 140/2006 fa però salve le disposizioni del Decreto legislativo 70/2003 su cui si fonda la competenza di AGCom in materia poiché ha introdotto il cd. sistema del doppio binario, che abilita, senza apparenti gradazioni di capacità d'intervento, sia l'autorità giudiziaria, sia quella amministrativa avente funzioni di vigilanza ad esigere, anche in via d'urgenza, che un prestatore di servizi della società dell'informazione impedisca o ponga fine alle violazioni commesse dai propri utilizzatori, agendo immediatamente per rimuovere le informazioni illecite o per disabilitare l'accesso ad esse.<sup>246</sup> Questi due decreti

---

<sup>244</sup> Vedi *supra*, par. 2.4, nota 105

<sup>245</sup> Cfr. M. MENSI, *Il diritto d'autore online* in MENSI, FALLETTA, *Diritto del Web casi e materiali*, Cedam, 2015 p. 268.

<sup>246</sup> P. COSTANZO, *Quale tutela del diritto d'autore in internet?* in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 6, 2015, p. 2343 «Si tratta, com'è noto, di disposizioni legislative dotate della copertura specifica offerta da una direttiva dell'Unione europea, per cui, impregiudicata per il momento la concreta portata delle attribuzioni così conferite, sembra difficile che se ne possa contestare lo speciale fondamento legale, anche dove esse esibiscono il conferimento di poteri d'intervento ad organi estranei al plesso giurisdizionale: derivandone la necessità dell'individuazione del punto di equilibrio tra la loro "meritevolezza" rispetto all'interesse generale e l'esigenza di tutela giurisdizionale di situazioni so oggettive costituzionalmente

legislativi disegnano due ambiti di applicazione distinti tra loro in quanto il D.lgs 140/2006 aumenta i poteri in capo all'autorità giudiziaria e le garanzie per le parti danneggiate per disincentivare il fenomeno della pirateria, il secondo affida all'AGCom il compito di esigere che il prestatore impedisca o ponga fine alla violazione commessa<sup>247</sup>.

## **2) I poteri dell'Agcom in caso di violazioni del diritto d'autore online**

Le azioni dell'Autorità sono mirate a garantire il corretto funzionamento del Mercato europeo e all'attuazione di misure concrete finalizzate alla crescita del mercato legale delle opere digitali. «Qualunque politica di contrasto alla pirateria non può prescindere dalla coeva promozione di misure che favoriscano l'offerta legale di contenuti accessibili ai cittadini. Numerosi studi economici dimostrano che laddove si sviluppa l'offerta legale la pirateria arretra.»<sup>248</sup> Proprio per questo il secondo capo è rubricato «Misure per favorire lo sviluppo e la tutela delle opere digitali» e prevede all'articolo 4 l'istituzione di un Comitato per lo sviluppo e la tutela dell'offerta legale di opere digitali, di cui fanno parte i rappresentanti di tutte le parti interessate. Il comitato incoraggia il raggiungimento di intese tra le categorie per favorire il raggiungimento di alcuni obiettivi come la semplificazione della filiera di distribuzione di opere digitali al fine di favorire l'accesso alle stesse, anche attraverso strumenti quali le finestre di distribuzione e gli accordi di licenza sviluppati ad hoc per la diffusione di opere digitali, e l'adozione di codici di condotta da parte dei prestatori di servizi della società dell'informazione, anche con riferimento a strumenti di contrasto, elaborati in collaborazione con i prestatori di servizi di pagamento, fondati sull'analisi della transazioni economiche e dei modelli di business connessi all'offerta di contenuti in violazione del diritto d'autore ( *cd follow the money*)<sup>249</sup>. Il terzo capo si

---

tutelate, talché solo se un tale discrimine si rivelasse superato a discapito della tutela, occorrerebbe interrogarsi circa la sussistenza della violazione di un "controlimite" all'espansione delle regole eurounitarie.»

<sup>247</sup> Cfr. M. MENSI, *Il diritto d'autore online* in MENSI; FALLETTA, *Diritto del Web casi e materiali*, Cedam, 2015 p. 273.

<sup>248</sup> MARTUSCIELLO, Antonio. Workshop "Il diritto d'autore online: Modelli a confronto" *Conclusioni alla prima sessione*.

<sup>249</sup> Art. 4 *Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica* n.680/13/CONS. Il comitato cura anche « in collaborazione con altri soggetti

occupa delle procedure a tutela del diritto d'autore online ai sensi del decreto legislativo 70/2003 mentre il quarto capo disciplina un'altra tipologia di procedimento azionabile in caso di violazioni del diritto d'autore sui servizi media. Inoltre dato che l'autorità si concentra principalmente sulle violazioni compiute con finalità di lucro il regolamento stabilisce all'articolo 2 che «Il presente regolamento non si riferisce agli utenti finali che fruiscono di opere digitali in modalità downloading o streaming, nonché alle applicazioni e ai programmi per elaboratore attraverso i quali si realizza la condivisione diretta tra utenti finali di opere digitali attraverso reti di comunicazione elettronica(peer-to-peer)». Comportamenti che restano comunque sanzionabili a livello penale<sup>250</sup>.

## 2.1) Notice and take down

L'articolo 5 del Regolamento sancisce che «Ferme restando le eventuali procedure autoregolamentate di *notice and take down*, ai fini della tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica l'Autorità interviene su istanza di parte, ai sensi del presente e del successivo capo.»

Il ricorso a procedure autoregolamentate di *notice and take down*<sup>251</sup> non è obbligatorio, a differenza della previsione contenuta nella prima proposta di regolamento che all'art. 6 prevedeva tale procedura come condizione pregiudiziale per l'attivazione del procedimento davanti all'Autorità. La modifica è stata frutto anche dell'intervento della Commissione europea, preoccupata dalla circostanza che la previsione di una fase pregiudiziale potesse causare eccessivi allungamenti della procedura. La Commissione non

---

pubblici o privati: la promozione di misure di educazione alla legalità nella fruizione di opere digitali, anche attraverso l'adozione di procedure di reindirizzamento automatico ad apposite pagine internet a ciò dedicate; la predisposizione di misure volte a sostenere lo sviluppo delle opere digitali, a rimuovere le barriere esistenti e a promuovere iniziative commerciali di ampia fruibilità; il monitoraggio dello sviluppo dell'offerta legale di opere digitali; il monitoraggio dell'applicazione del presente regolamento, anche con riferimento alle modalità di esecuzione dei provvedimenti dell'Autorità; la formulazione di ipotesi di adeguamento del presente regolamento in relazione all'innovazione tecnologica e all'evoluzione dei mercati.»

<sup>250</sup> Ex art. 171-ter l. 633/41

<sup>251</sup> Ex. Art. 1 del Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica si tratta di «procedure finalizzate alla rimozione di contenuti illeciti dalle reti di comunicazione elettronica»

ha contestato la legittimità del *notice and take down*<sup>252</sup> bensì ha solo eliminato l'obbligo per il titolare del diritto di richiedere preventivamente all'amministratore del sito la rimozione del contenuto protetto per accedere alla tutela amministrativa, limitandosi a prevedere codici di autoregolamentazione l'adesione ai quali avviene su base volontaristica. Originariamente il *notice and take down* prevedeva una preventiva richiesta di rimozione del contenuto violato da parte di un titolare del diritto d'autore nei confronti del gestore del sito nel quale il contenuto era stato diffuso. Una volta ricevuta la segnalazione il gestore del sito doveva procedere alla rimozione del contenuto protetto entro un limite temporale di quattro giorni, trascorsi i quali il titolare del diritto poteva rivolgersi all'AGCom. Era anche prevista la possibilità di instaurare un dialogo, nel caso in cui il contenuto contestato fosse stato caricato sul sito non dal gestore ma da un soggetto terzo, quest'ultimo, infatti, aveva la possibilità di presentare le proprie ragioni, opponendosi alla rimozione entro il medesimo limite temporale. Questo tipo di procedura è da ritenersi molto vantaggiosa, infatti è applicata dalla maggioranza dei siti internet<sup>253</sup> per evidenti ragioni di speditezza e semplificazione<sup>254</sup>, ma ha subito anche numerose critiche e ha incontrato la ferma opposizione dei prestatori di servizi, in quanto si è detto che in nessun caso un privato possa sostituirsi alle autorità e decidere dell'illiceità o meno del contenuto, tanto che alla fine si è optato per un sistema nel quale la rimozione coattiva possa avvenire solo in presenza di un ordine da parte dell'autorità competente, non essendo previsto alcun obbligo giuridico a carico dei prestatori di servizi di rimuovere i contenuti in seguito ad una segnalazione proveniente da un soggetto privato ma solo un generico obbligo di collaborazione con le autorità.<sup>255</sup>

---

<sup>252</sup> In quanto essa trova riconoscimento anche nell'articolo 6 del D.lgs. 70/2003, che a sua volta riprende l'art. 14 della Direttiva E-commerce, che prevede espressamente la « possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime. »

<sup>253</sup> Soprattutto in America, dove la procedura di *notice and take down* trae origine in quanto prevista e dettagliatamente descritta dal *Digital Millennium Copyright Act* alla *Section 512*. Ad esempio si veda la procedura adottata da Facebook per la protezione di contenuti protetti diffusi sulla nota piattaforma di *Social Network*.

<sup>254</sup> L'esercizio dell'azione da parte del titolare del diritto è infatti molto semplice in quanto avviene attraverso la compilazione di modelli reperibili direttamente tramite il sito web [www.ddautoreonline.it](http://www.ddautoreonline.it)

<sup>255</sup> Vedi *supra*, par. 2.4 nota 101

La situazione attuale, a livello europeo, prevede un'ampia libertà in capo agli Stati membri nell'adozione delle misure ritenute più consone, ma nell'ottica di creare un mercato unico europeo per la circolazione dei prodotti digitali è auspicabile un nuovo intervento armonizzatore in modo tale da introdurre una procedura di rimozione uniforme per tutti i paesi membri dell'UE.

## **2.2) Fase procedimentale**

Il regolamento garantisce l'attivazione della procedura su istanza del titolare del diritto<sup>256</sup>; il che significa che non è possibile la sua attivazione ex officio. Nella circostanza in cui il titolare del diritto adisca le autorità giudiziarie per il medesimo oggetto l'AGCom disporrà l'archiviazione delle istanze così come in caso di ritiro della denuncia o di manifesta infondatezza e procederà alla trasmissione degli atti all'Autorità giudiziaria<sup>257</sup>. Il procedimento viene avviato o archiviato<sup>258</sup> trascorsi sette giorni lavorativi dalla ricezione dell'istanza. L'art. 7 disciplina la fase procedimentale che inizia con la comunicazione di avvio del procedimento, che viene inviata ai prestatori di servizi ed agli altri soggetti ritenuti responsabili<sup>259</sup>. Con la comunicazione di avvio del procedimento vengono determinati i contenuti digitali illecitamente diffusi, vengono indicate le disposizioni che si ritengono violate, viene compiuta una sommaria esposizione dei fatti e dell'esito degli accertamenti

---

<sup>256</sup> Infatti i diritti d'autore e connessi sono diritti che sono liberamente disponibili dalle parti e quindi la loro protezione deve necessariamente partire da un'autonoma iniziativa del titolare.

<sup>257</sup> Art. 7 comma 7 del Regolamento. Il carattere alternativo del procedimento amministrativo, il quale non può sostituirsi al procedimento giudiziario, è sottolineato anche dalla previsione dell'articolo 6 del regolamento che sancisce che è impossibile avviare una procedura amministrativa se la questione sia già affrontata dalla giustizia ordinaria.

<sup>258</sup> L'archiviazione è disposta nei casi previsti dall'articolo 6 comma 4 del Regolamento « La Direzione dispone l'archiviazione in via amministrativa delle istanze che siano: a) irricevibili per mancata osservanza delle prescrizioni di trasmissione dell'istanza tramite l'utilizzazione e la compilazione del modello disponibile sul sito internet dell'AGCom o per difetto di informazioni essenziali; b) improcedibili perché sia pendente tra le parti un procedimento dinanzi all'autorità giudiziaria per il medesimo oggetto; c) inammissibili in quanto non riconducibili all'ambito di applicazione del presente regolamento; d) manifestamente infondate; e) ritirate prima delle decisioni dell'organo collegiale.» Altre circostanze sono segnalate anche nella Delibera n.680, che dispone l'archiviazione per i contenuti protetti ma diffusi in maniera lecita, come ad esempio i contenuti di pubblico dominio o quelli diffusi nel rispetto di licenze di libero utilizzo.

<sup>259</sup> Oltre ai prestatori di servizi possono essere chiamati a rispondere della violazione anche il soggetto che ha effettuato l'*upload* del contenuto protetto, cd *uploader* oppure i gestori del sito internet.

svolti, l'indicazione dell'ufficio competente e del responsabile del procedimento al quale è possibile presentare eventuali controdeduzioni, ed infine viene indicato il termine di conclusione del procedimento. I soggetti ai quali è destinata la comunicazione non sono ritenuti colpevoli, dal momento che, trovandoci nella fase iniziale, la loro condotta non è ancora stata qualificata come illecita. Lo scopo della comunicazione è infatti quello di mettere questi soggetti a conoscenza dello svolgimento di un procedimento e nelle condizioni di potervi intervenire presentando le proprie deduzioni conformemente a quanto previsto dal diritto di difesa e dal diritto al contraddittorio.<sup>260</sup> Oltre a presentare le proprie deduzioni i destinatari della comunicazione possono adeguarsi spontaneamente alle richieste dell'AGCom e procedere a rimuovere il contenuto che si assume violato, comunicandone la rimozione all'Autorità. la quale dispone l'archiviazione del procedimento in via amministrativa, dandone notizia al soggetto istante e ai destinatari della comunicazione di avvio del procedimento.

Questo agevola il lavoro dell'AGCom che si pone in questo caso solo come mediatore nella soluzione di controversie, potendo concentrare le proprie risorse nella lotta ai grandi fenomeni di pirateria; inoltre è conforme alle esigenze di speditezza, importantissime nella repressione di illeciti commessi online.

Una volta decorsi i termini previsti per la partecipazione di tutte le parti al procedimento, la Direzione procede alla trasmissione degli atti raccolti all'organo collegiale, formulando proposta di archiviazione ovvero di adozione dei provvedimenti previsti dagli articoli 14 e 16 del Decreto (art. 7 comma 6).

---

<sup>260</sup> Ex art. 7 comma 4: I destinatari della comunicazione possono inviare alla Direzione, entro 5 giorni dalla ricezione della comunicazione, ogni elemento utile ai fini dell'accertamento, qualora ritengano di controdedurre in merito alla violazione contestata. Il comma 5 del medesimo articolo invece prevede che possa essere disposta anche una proroga dei termini in presenza di esigenze istruttorie o alla luce della complessità del caso. Qualora sia necessario acquisire ulteriori elementi di valutazione la direzione può altresì chiedere ai soggetti che ne sia in possesso informazioni utili all'istruttoria.

### 2.2.1) Il procedimento abbreviato

Il procedimento fin qua descritto non è l'unico attivabile, infatti ne esiste una versione abbreviata prevista dall'articolo 9 del Decreto. Abbiamo già parlato delle esigenze di speditezza che devono caratterizzare il fenomeno della repressione delle violazioni del diritto d'autore commesse online, questo per la particolare natura dell'ambiente digitale nel quale i contenuti si diffondono molto velocemente. Il procedimento abbreviato si svolge qualora, sulla base di una prima e sommaria ricognizione dei fatti, la Direzione ritenga che si configuri un'ipotesi di grave lesione dei diritti di sfruttamento economico di un'opera digitale ovvero un'ipotesi di violazione di carattere massivo.<sup>261</sup> Da un punto di vista pratico, il procedimento abbreviato comporta la riduzione dei termini: il termine per l'archiviazione o l'avvio del procedimento viene ridotto da sette a tre giorni dalla ricezione dell'istanza; il termine per la trasmissione delle controdeduzioni viene ridotto da cinque a tre giorni dalla comunicazione dell'avvio del procedimento; la trasmissione degli atti all'organo collegiale non può avere luogo prima della scadenza del termine per la trasmissione delle controdeduzioni; i provvedimenti di cui all'articolo 8 sono adottati dall'organo collegiale entro dodici giorni dalla ricezione dell'istanza; l'ottemperanza agli ordini di cui all'articolo 8 ha luogo entro due giorni dalla notifica dell'ordine stesso. Non è applicabile, proprio per le esigenze di celerità proprie della forma abbreviata, il prolungamento dei

---

<sup>261</sup> Art. 9 del Regolamento, comma 1. Queste previsioni sono specificate ulteriormente nel terzo comma del medesimo articolo, dove sono elencati gli elementi valutati dalla Direzione per stabilire la configurazione delle ipotesi di «grave lesione dei diritti patrimoniali d'autore» e di «violazione di carattere massivo»: a) la circostanza che, in relazione al medesimo oggetto e a seguito di una precedente istanza, l'Autorità abbia già ritenuto sussistente la violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi ai sensi dell'articolo 8, comma 2; b) la significativa quantità delle opere digitali che si assumono diffuse in violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi; c) i tempi di immissione sul mercato dell'opera digitale; d) il valore economico dei diritti violati e l'entità del danno causato dall'asserita violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi; e) l'incoraggiamento, anche indiretto, alla fruizione di opere digitali diffuse in violazione della Legge sul diritto d'autore; f) il carattere ingannevole del messaggio, tale da indurre nell'utente l'erronea convinzione che si tratti di attività lecita; g) la messa a disposizione di indicazioni in merito alle modalità tecniche per accedere alle opere digitali diffuse illegalmente; h) lo scopo di lucro nell'offerta illegale delle opere digitali, desumibile anche dal carattere oneroso della loro fruizione ovvero dalla diffusione di messaggi pubblicitari; i) la provenienza dell'istanza di cui all'articolo 6 da parte di una delle associazioni di cui all'articolo 1, comma 1, lettera u ( Società di gestione collettiva dei diritti).

termini per approfondimenti di natura istruttoria prevista dal comma 5 dell'articolo 7.

### **2.3) I provvedimenti dell'Autorità a tutela del diritto d'autore**

Abbiamo visto come i destinatari della comunicazione che inizia il procedimento vengono messi di fronte ad una scelta: rimuovere di propria volontà il contenuto protetto e comunicare all'Autorità l'avvenuta rimozione, oppure in alternativa, partecipare attivamente al procedimento tramite la presentazione di controdeduzioni e documenti entro i termini previsti. In questo secondo caso, la parola passa all'organo collegiale, che, una volta esaminati gli atti, può decidere se disporre l'archiviazione<sup>262</sup>, qualora non ritenga sussistente la violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi, ovvero, qualora la richiesta del titolare del diritto sia accolta e quindi sia riscontrata una violazione del diritto d'autore online, prendere i provvedimenti necessari per porre fine alla condotta illecita<sup>263</sup>. I destinatari di

---

<sup>262</sup> Per l'elenco nei casi in cui viene disposta l'archiviazione del procedimento vedi, supra, paragrafo 2.2 nota 248

<sup>263</sup> Questi sono previsti dall'art. 8 del Regolamento «Qualora ritenga sussistente la violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi, l'organo collegiale esige, nel rispetto dei criteri di gradualità, di proporzionalità e di adeguatezza, che i prestatori di servizi destinatari della comunicazione, impediscano la violazione medesima o vi pongano fine, ai sensi degli articoli 14, comma 3, e 16, comma 3, del Decreto. Qualora il sito sul quale sono rese disponibili opere digitali in violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi sia ospitato su un server ubicato nel territorio nazionale, l'organo collegiale ordina ai prestatori di servizi che svolgono attività di hosting di provvedere di norma alla rimozione selettiva delle opere digitali medesime. In presenza di violazioni di carattere massivo, l'organo collegiale può ordinare ai prestatori di servizi di provvedere, in luogo della rimozione selettiva, alla disabilitazione dell'accesso alle suddette opere digitali. Qualora il sito sul quale sono rese disponibili opere digitali in violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi sia ospitato su un server ubicato fuori dal territorio nazionale, l'organo collegiale può ordinare ai prestatori di servizi che svolgono attività di mere conduit, di provvedere alla disabilitazione dell'accesso al sito. Qualora adottate le misure previste ai commi 3, secondo periodo, e 4, l'organo collegiale ordina ai prestatori di servizi, ai sensi dell'articolo 71, comma 2-quater, lettera a), del Codice, di procedere a reindirizzare automaticamente verso una pagina internet redatta secondo le modalità indicate dall'Autorità le richieste di accesso alla pagina internet su cui è stata accertata la presenza di opere digitali diffuse in violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi. I provvedimenti di cui ai commi 1, 2, 3, 4 e 5 sono adottati dall'organo collegiale entro trentacinque giorni dalla ricezione dell'istanza di cui all'articolo 6. Di essi è data notizia al soggetto istante e ai destinatari della comunicazione di avvio del procedimento. 7. In caso di inottemperanza agli ordini di cui ai commi 2, 3, 4 e 5 l'Autorità applica le sanzioni di cui all'articolo 1, comma 31, della legge 31 luglio 1997, n. 249, dandone comunicazione agli organi di polizia giudiziaria ai sensi dell'articolo 182-ter della Legge sul diritto d'autore.

questi provvedimenti sono i soggetti che svolgono l'attività di prestatori di servizi. In particolare, entro trentacinque giorni lavorativi dal deposito dell'istanza, l'AGCom può imporre al fornitore di servizi di *hosting* la rimozione repentina<sup>264</sup> dei contenuti selezionati come diffusi in violazione delle norme sul diritto d'autore. In presenza di violazioni di «carattere massivo» l'art. 8 del regolamento dispone che l'organo collegiale possa ordinare ai prestatori di servizi di provvedere alla «disabilitazione dell'accesso alle opere digitali»<sup>265</sup> al posto della «rimozione selettiva». Nel caso di siti internet che operano all'esterno del territorio nazionale e che quindi non sono soggetti alle norme dell'ordinamento italiano, l'Autorità può esercitare poteri diversi e più incisivi. Il regolamento sancisce che, se il server è localizzato all'estero, l'autorità può ordinare ai provider italiani che svolgono funzioni di *mere conduit* la disabilitazione dell'accesso al sito Internet<sup>266</sup>. La disabilitazione prevede un meccanismo di *redirect* automatico ad una schermata informativa predisposta da AGCom, che indica le violazioni per le quali è impedito l'accesso al sito in questione. Il blocco totale del sito tramite il nome di dominio (DNS) è stata ritenuta da molti una misura eccessivamente restrittiva in quanto ricomprende tutti i contenuti del sito e non solo quelli in violazione del diritto d'autore, contrariamente a quanto previsto dal principio di proporzionalità, che dovrebbe guidare l'azione amministrativa.<sup>267</sup> Tuttavia la misura repressiva è da ritenersi giustificata anche quando non proporzionata alla violazione in virtù della sua particolare efficacia nella protezione di un interesse di rilevanza pubblica. Inoltre questo tipo di misure non sono una novità per l'ordinamento, in quanto la preclusione dell'accesso a siti internet che rendono disponibili contenuti

---

<sup>264</sup> Art. 8 del Regolamento « L'organo collegiale adotta gli ordini di cui ai commi 3, 4 e 5 nei confronti dei prestatori di servizi, i quali devono ottemperarvi entro tre giorni dalla notifica»

<sup>265</sup> Da intendersi come la rimozione dei collegamenti alla pagina Web nella quale sono disponibili i contenuti diffusi illecitamente.

<sup>266</sup> L'identificazione del sito Internet avviene tramite i nomi di dominio oppure tramite l'indirizzo IP. Questa misura in realtà presenta alcuni punti deboli, infatti può essere aggirata dagli utenti semplicemente effettuando l'accesso tramite Browser anonimi come ad esempio Tor Browser che funziona tramite la generazione di indirizzi IP casuali e così facendo impedisce l'esatta localizzazione geografica del punto d'accesso.

Per una dettagliata definizione dei concetti di Browser e di "nome di dominio" vedi R. BORRUSO, *L'Informatica per il giurista*, Giuffrè, 2009, pag. 408 e ss.

<sup>267</sup> Proprio per questo l'utilizzo di questo metodo viene utilizzato in casi estremi come quello di violazioni massive o di grandi portali internet dediti quasi esclusivamente alla pirateria. In tutti gli altri casi viene data priorità alle misure meno restrittive.

vietati dalla legge è sancita anche da altre norme<sup>268</sup>. Qualora il soggetto destinatario del provvedimento non provveda entro il termine stabilito di tre giorni a renderlo esecutivo, rimuovendo i contenuti selezionati o disabilitando l'accesso alla pagina incriminata, l'AGCom può irrogare una sanzione pecuniaria compresa tra € 10.000 e €258.000 così come previsto dall'articolo 1, comma 31, della legge 31 Luglio 1997 n.249, richiamata espressamente dall'ultimo comma dell'articolo 8 del Regolamento. I provvedimenti emessi dall'AGCom sono, naturalmente impugnabili davanti al giudice amministrativo.

#### **2.4) Il monitoraggio dell'attività dell'AGCom**

Il regolamento AGCom rappresenta un'iniziativa destinata a costituire una significativa *best practice*, con la sua attuazione si è voluto proporre un modello, originale nel panorama internazionale, che fosse «idoneo a realizzare una ragionevole sintesi fra i differenti e variegati interessi in gioco», ed i cui «obiettivi principali auspicati sono che l'industria culturale e creativa abbia ancora incentivo ad investire nella produzione di opere dell'ingegno e che i consumatori-utenti possano fruire dei relativi prodotti con la più ampia libertà e varietà di accesso e al prezzo più basso possibile»<sup>269</sup>

L'Autorità, da quando il Regolamento è entrato in vigore, ha effettuato una costante attività di monitoraggio volta a valutare il grado di efficacia della misura proposta.<sup>270</sup> A questo riguardo si segnala che «il numero di

---

<sup>268</sup> Ad esempio l'art. 1 della legge finanziaria n. 296/2006 *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*, al comma 50 sancisce che «al fine di contrastare la diffusione del gioco irregolare ed illegale, l'evasione e l'elusione fiscale nel settore del gioco, nonché di assicurare l'ordine pubblico e la tutela del giocatore, con uno o più provvedimenti del Ministero dell'economia e delle finanze - Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato sono stabilite le modalità per procedere alla rimozione dell'offerta, attraverso le reti telematiche o di telecomunicazione, di giochi, scommesse o concorsi pronostici con vincite in denaro in difetto di concessione, autorizzazione, licenza od altro titolo autorizzatorio o abilitativo o, comunque, in violazione delle norme di legge o di regolamento o delle prescrizioni definite dalla stessa Amministrazione. I provvedimenti di cui al presente comma sono adottati nel rispetto degli obblighi comunitari. L'inosservanza dei provvedimenti adottati in attuazione della presente disposizione comporta l'irrogazione, da parte dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, di sanzioni amministrative pecuniarie da 30.000 euro a 180.000 euro per ciascuna violazione accertata.»

<sup>269</sup> AGCOM, Audizione del Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni Angelo Marcello Cardani, Camera dei deputati, 15 gennaio 2014, cit., p. 15.

<sup>270</sup> Per quanto riguarda il primo anno di operatività del regolamento il suo impatto è stato da subito considerato importante. Per l'approfondimento dei risultati conseguiti dal Regolamento nel 2014 vedi A.STAZI, *La tutela del diritto d'autore in rete: Bilanciamento*

adeguamenti spontanei (123 negli ultimi due anni, pari al 37% del totale dei procedimenti avviati), rappresenta il segno più chiaro del corretto funzionamento del regolamento e di una sensibilità sempre ampia degli utenti della rete nei confronti della tutela della legalità. Un altro dato di rilievo è rappresentato dagli ordini di disabilitazione dell'accesso (167 casi, pari al 50% del totale dei procedimenti avviati), mediante blocco del Domain Name System (DNS), rivolto ai prestatori di servizi di *mere conduit* operanti sul territorio italiano.

I siti oggetto di ordine di blocco del DNS ospitano principalmente film, serie tv e musica: a questi procedimenti è stato attribuito un carattere di urgenza tenuto conto della grandezza della violazione, che coinvolge migliaia di opere, e dalla necessità di arginare in tempi rapidi il danno economico della pirateria su opere diffuse di recente sui mercati di riferimento. A queste si aggiungono le partite di calcio del Campionato di serie A e di altre competizioni calcistiche, che hanno interessato il 14% circa degli ordini di disabilitazione dell'Autorità.

La natura stessa delle opere oggetto di violazione, trattate con riti abbreviati, palesa un tipo di violazione che non riguarda la libertà di espressione o l'errore accidentale di qualche singolo utente. Infatti sono tutti casi in cui da parte dei trasgressori vi è una chiara intenzione di speculazione per motivi meramente economici, avvalendosi anche, nel 46,5% dei casi di disabilitazione dell'accesso, di società specializzate nella fornitura di servizi di anonimato in rete e di sistemi di mascheramento dei dati dell'utente.»<sup>271</sup>

---

*degli interessi, opzioni regolatorie europee e modello italiano in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II)*, fasc.1, 2015, pag. 89 e ss. Nel quale sono esposte anche altre iniziative sostenute a livello nazionale per affiancare l'attività istituzionale di contrasto alla pirateria digitale, come ad adempimento la previsione di un «*Memorandum of Understanding*, sottoscritto nel maggio 2014 tra IAB (Interactive Advertising Bureau) Italia, FPM (Federazione contro la Pirateria Musicale e Multimediale) e FAPAV (Federazione per la Tutela dei Contenuti Audiovisivi e Multimediali) relativo al contrasto alla pirateria digitale, volto ad affiancare l'attività delle istituzioni nella lotta alla pirateria attraverso il contrasto dell'inserzione pubblicitaria sulle piattaforme *web* illegali.

Il MoU ha posto le basi per un meccanismo di autoregolamentazione che andrà ad agire per bloccare una delle principali fonti di finanziamento dei siti illegali, consentendo così di tutelare l'industria dei contenuti, ma anche il mercato della pubblicità online, offrendo nuove e concrete garanzie agli investitori.»

<sup>271</sup> Tratto da AGCOM, Relazione annuale 2016 sull'attività svolta e sui programmi di lavoro dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

### 3)La gestione collettiva dei diritti

Una delle conseguenze dello sviluppo delle nuove tecnologie di fruizione delle opere dell'ingegno è che la struttura del sistema europeo di gestione collettiva dei diritti sta subendo diversi cambiamenti. Lo scenario che si va disegnando a livello europeo prevede un mercato di contenuti digitali che si svolga in via sempre più «disintermediata».<sup>272</sup> L'opera dell'ingegno in formato digitale, infatti, circola grazie a meccanismi di distribuzione e diffusione con potenzialità tendenzialmente illimitate, alimentando la sete di informazione e conoscenza dei consumatori. I quali sono in grado di risalire, tramite la rete, direttamente alla fonte dell'opera e usufruirne indipendentemente dal luogo in cui si trovano. Questo fa sorgere la necessità di trovare nuove possibili forme di tutela per gli autori, che consentano agli stessi di poter operare in un mercato ben bilanciato all'interno del quale sia favorita la concorrenza tra offerte legali. La distribuzione digitale di contenuti culturali e creativi consente agli autori e ai fornitori di contenuti di raggiungere un pubblico nuovo e più ampio. Per questo da parte dell'Europa si avverte il bisogno di dare un impulso molto forte alla creazione, produzione e distribuzione di contenuti digitali.<sup>273</sup> L'aspettativa dei consumatori nell'ambiente digitale è di poter accedere ai contenuti *online* con la stessa facilità con cui accedono ai contenuti *offline*. In questo senso in Europa si avverte la mancanza di un mercato unico nel settore dei contenuti creativi digitali.<sup>274</sup> «Per mantenere la fiducia dei titolari di diritti e degli utenti e agevolare il rilascio transfrontaliero di licenze, occorre migliorare la governance e la trasparenza nella gestione collettiva dei diritti e adattare al progresso tecnologico. Soluzioni più agevoli, più uniformi e

---

<sup>272</sup> Vedi v. FALCE, *Decreto Monti e liberalizzazione delle Collecting*, Relazione presentata in occasione del Convegno AIDA *Convegno sul diritto d'autore: gli artisti e le loro Collecting*, Milano, 20 Aprile 2012

<sup>273</sup> Per raggiungere questo obiettivo bisogna passare dalla previsione di nuovi modelli commerciali realmente innovativi, che consentano di accedere ai contenuti e di acquistarli in molti modi diversi tramite piattaforme online che permettano anche di raggiungere il tanto agognato equilibrio tra gli introiti dei titolari dei diritti e l'accesso del grande pubblico ai contenuti e alla conoscenza.

<sup>274</sup> Ad esempio, per creare un servizio paneuropeo, un negozio di musica online dovrebbe trattare con le varie società che si occupano della gestione dei diritti nei vari Stati membri dell'Unione europea. I ma non possono acquistare musica da piattaforme online in tutti i paesi dell'UE perché i diritti sono concessi in licenza su base nazionale. Questo è in contrasto con la relativa semplicità del mercato globale e dei canali di distribuzione in altri paesi, in particolare negli USA.

tecnologicamente neutre per le licenze transfrontaliere e paneuropee, nel settore audiovisivo stimoleranno la creatività e aiuteranno i produttori e i distributori di contenuti a vantaggio dei cittadini europei. Tali soluzioni dovrebbero tutelare la libertà contrattuale dei titolari dei diritti, che non sarebbero obbligati ad ottenere una licenza per tutti i paesi dell'UE, ma sarebbero liberi di limitare le proprie licenze ad alcuni territori e di stabilire da contratto l'ammontare dei diritti di licenza.»<sup>275</sup> In questo contesto si sono collocate due importanti norme: la prima è la legge 24 Marzo 2012 n.27 che ha convertito in legge il d.l. 24 Gennaio 2012 n.1, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, cd Decreto Liberalizzazioni,<sup>276</sup> che ha liberalizzato il settore dell'intermediazione nel mercato dei diritti connessi al diritto d'autore; la seconda è la Direttiva Barnier<sup>277</sup> con cui la Commissione europea ha deciso di innovare il sistema di gestione collettiva del diritto d'autore in modo tale da uniformarsi ai principi di trasparenza e concorrenza all'interno del mercato europeo dei diritti d'autore. Entrambe saranno trattate approfonditamente nei paragrafi successivi.

### 3.1) Il nuovo IMAIE

L'IMAIE<sup>278</sup> è un ente italiano che opera nel settore dell'interpretazione artistica. Nasce nel 1977 come libera associazione di artisti interpreti ed esecutori<sup>279</sup>, con lo scopo di proteggere le loro prestazioni professionali e far valere i loro diritti connessi alla riutilizzazione o riproduzione delle opere

---

<sup>275</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione su un Agenda Digitale per l'Europa*, Maggio 2010, COM(2010)245. Questi problemi sono stati affrontati anche da Mario Monti nel rapporto «Una nuova strategia per il mercato unico», presentato alla Commissione europea il 9 maggio 2010

<sup>276</sup> Il Decreto è stato adottato in un momento di forte crisi economica, sulla supposizione che la concorrenza rappresenti uno strumento per la ripresa economica e la crescita del mercato.

<sup>277</sup> 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

<sup>278</sup> Istituto Mutualistico per la tutela degli artisti interpreti ed esecutori

<sup>279</sup> Ex art. 80 l.d.a. « Si considerano artisti interpreti ed artisti esecutori gli attori, i cantanti, i musicisti, i ballerini e le altre persone che rappresentano, cantano, recitano, declamano o eseguono in qualunque modo opere dell'ingegno, siano esse tutelate o di dominio pubblico.»

interpretate o eseguite<sup>280</sup> in base alle previsioni della legge sul diritto d'autore.<sup>281</sup> L'attività dell'IMAIE consiste principalmente nell'incassare per conto degli artisti interpreti ed esecutori, i proventi loro dovuti in seguito alla riproduzione delle opere da loro interpretate e, dopo aver individuato gli artisti aventi diritto al compenso, provvedere alla ripartizione dei proventi riscossi. Il 30 Aprile del 2009, l'IMAIE è stato dichiarato estinto con decreto del prefetto di Roma, la notizia è stata accolta con favore da una parte della dottrina, da sempre molto critica nei confronti dell'ente a causa delle difficoltà riscontrate nell'individuazione degli artisti aventi diritto<sup>282</sup>. Successivamente il TAR del Lazio ha accolto la sospensiva cautelare dell'efficacia, ma il Consiglio di Stato ha a sua volta accolto il ricorso avverso l'ordinanza di sospensione, confermando la validità dell'estinzione.<sup>283</sup> Infine rinasce nuovamente con il nome di Nuovo IMAIE nell'aprile del 2010 con il Decreto Legge del 30 Aprile 2010 n. 64 rubricato Disposizioni urgenti in materia di spettacolo e attività culturali. Dal 2012 il mercato dell'intermediazione dei diritti connessi al diritto d'autore è stato liberalizzato con l'intervento del citato Decreto Liberalizzazioni, il quale all'art 39 comma 2 prevede che «Al fine di favorire la creazione di nuove imprese nel settore della tutela dei diritti degli artisti interpreti ed esecutori, mediante lo sviluppo del pluralismo competitivo e consentendo maggiori economicità di gestione nonché l'effettiva partecipazione e controllo da parte dei titolari dei diritti, l'attività di amministrazione e intermediazione dei diritti connessi al diritto d'autore di cui alla legge 22 aprile 1941, n. 633, in qualunque forma attuata, è libera» Oggi dunque la situazione normativa

---

<sup>280</sup> In particolare il diritto ad un equo compenso previsto dall'articolo 84 della l.d.a. ai sensi del quale « Agli artisti interpreti ed esecutori che nell'opera cinematografica e assimilata sostengono una parte di notevole importanza artistica, anche se di artista comprimario, spetta, per ciascuna utilizzazione dell'opera cinematografica e assimilata a mezzo della comunicazione al pubblico via etere, via cavo e via satellite un equo compenso a carico degli organismi di emissione.»

<sup>281</sup> Il terzo capo della l. 633/1941, che ricomprende dall'art. 80 fino all'art. 85bis, è interamente dedicato proprio dedicato ai diritti degli artisti interpreti ed esecutori.

<sup>282</sup> G. SCORZA, *L'estinzione dell'IMAIE: una lezione di cui far tesoro*, dell'11 Maggio 2009 consultabile nella rivista online Punto Informatico al seguente link: <http://punto-informatico.it/2619281/PI/Commenti/estinzione-dell-imaie-una-lezione-cui-far-tesoro.aspx>

L'A. si dimostra favorevole alla decisione del prefetto, riscontrando anche alcuni dati a sostegno della tesi dell'inadeguatezza dell'ente a portare a termine il compito affidatogli. L'articolo parla di soli 1613 artisti aventi diritto individuati su quasi 60.000.

<sup>283</sup> Ordinanza del Consiglio di Stato n.3530 nel 14 Luglio 2009

prevede che ogni artista possa scegliere liberamente da quale società o associazione farsi rappresentare per la gestione dei diritti che la legge gli riconosce a fronte delle utilizzazioni delle opere alle quali ha preso parte.<sup>284</sup> In realtà di fatto la disciplina rilevante non ha mai attribuito all'IMAIE una riserva *ex lege*, né prevede un'esclusiva necessaria circa la raccolta dei compensi versati dai produttori e l'erogazione dei compensi stessi agli artisti interpreti. Attività che sono svolte in base a criteri definiti da accordi conclusi tra le associazioni di categoria dei produttori di fonogrammi e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative delle categorie degli artisti interpreti ed esecutori firmatarie dei contratti collettivi nazionali. Possiamo quindi affermare che il vero impedimento alla realizzazione di un pluralismo competitivo non è l'esistenza di un'esclusiva legale, quanto l'inadeguatezza delle alternative<sup>285</sup>. Si pensi alla complessità e alla delicatezza dell'attività svolta dall'IMAIE: l'analisi delle registrazioni fonografiche, delle opere cinematografiche, la gestione dei dati personali degli artisti interpreti ed esecutori, il rischio di mancata trasparenza nelle ripartizioni e nella determinazione dell'esatto ammontare dell'equo compenso. Tutte queste attività se svolte in un contesto eccessivamente frammentato non farebbero che creare maggiore confusione.

Partendo da queste premesse, possiamo leggere l'art. 39 in un'ottica diversa. Sicuramente non come una norma che intende scardinare il sistema delle *Collecting*, né smentire le ragioni che hanno condotto all'accentramento della gestione collettiva dei diritti autoriali latamente intesi. Nel quadro moderno le società di intermediazione si trovano in un contesto nel quale il rapido evolversi delle risorse tecnologiche incide fortemente sulla tutela dei diritti d'autore. In questo quadro le *Collecting* si spiegano con l'esigenza di delineare un nuovo e più funzionale equilibrio tra il bisogno di accesso dei consumatori e quello di controllo da parte di autori ed artisti, rispetto alle molteplici forme e modalità di utilizzazione da parte dei diversi soggetti, verifica dei titolari interessati e in ultima analisi raccolta dei diritti e

---

<sup>284</sup> G. SCORZA, *Diritto d'autore: da oggi gli artisti liberi di scegliere* in *Il Fatto quotidiano*, 20 Dicembre 2012. Consultabile al seguente link: <http://www.ilfattoquotidiano.it/2012/12/20/diritti-dautore-da-oggi-artisti-liberi-di-scegliere/>

<sup>285</sup> Il rischio di affidare la gestione dei compensi versati dai produttori ad organizzazioni non statali potrebbe comportare delle difficoltà nella riscossione da parte delle stesse, ad esempio i produttori stessi potrebbero rifiutarsi di versare i compensi approfittando della normativa poco chiara in materia

ripartizione analitica. Piuttosto, l'art. 39, ha l'obiettivo di recepire quelle istanze pro concorrenziali che sono andate via via affermandosi a livello comunitario, secondo cui non è tanto il modello di gestione collettiva a dover essere osteggiato, quanto gli scarsi incentivi a competere che si accompagnano all'applicazione di tale modello.<sup>286</sup>

Dunque per poter parlare veramente di un mercato liberalizzato, dovrà prima parlarsi di promuovere nuovi modelli organizzativi, che dovranno essere accompagnati anche dalla previsione di criteri che siano omogenei, oggettivi e trasparenti per tutti e dalla previsione di un accurato sistema di vigilanza.

Inoltre andrà garantito che, attraverso gli accordi con le *Collecting* estere, gli artisti italiani ricevano i compensi maturati all'estero e gli artisti stranieri si vedano versare i compensi maturati in Italia senza che l'eventuale frammentazione tra soggetti si rifletta negativamente sulle retribuzioni degli artisti. Infine dovranno essere introdotti dei meccanismi che garantiscano il contenimento degli interessi dei soggetti protetti e dunque la salvaguardia di quelle istanze solidaristiche che costituiscono uno dei tratti caratterizzanti delle *Collecting societies*.<sup>287</sup> Con il recepimento della Direttiva Barnier il ruolo del Nuovo IMAIE potrebbe tornare a svolgere di nuovo le sue funzioni in regime di Monopolio legale. Lo Schema di decreto attuativo adottato dal governo, infatti, in senso contrario a quanto stabilito dal già citato art. 39, cambia la definizione dell'articolo 175, comma 1, della LDA degli "organismi di gestione collettiva" (di seguito, OGC) sancendo che gli operatori debbano soddisfare i requisiti previsti, ossia essere controllati dai membri e non avere scopo di lucro. Tuttavia, tale opzione attuativa della Direttiva n. 26/2014, accedendo a interpretazioni normative restrittive, si presta a una lettura che comporterebbe che le attuali *Collecting* italiane concorrenti dell'ex monopolista di settore, NUOVO IMAIE, non possano più svolgere l'attività di intermediazione, essendo per lo più costituite in forma di società e, quindi, a "scopo di lucro". Sull'argomento di è espressa anche l'AGCM, secondo la quale sarebbe opportuno stabilire l'alternatività dei suddetti requisiti «al fine di proseguire nel percorso già avviato con la liberalizzazione del settore dal Decreto Monti (D.L. 24 gennaio 2012, n. 1), senza introdurre nuovi elementi di incertezza normativa, prevedere che i

---

<sup>286</sup> V. FALCE, *La modernizzazione del diritto d'autore*, Giappichelli, Torino, 2012 p. 257

<sup>287</sup> *Ibidem*. p. 264

requisiti siano alternativi (controllo da parte dei soci o assenza di scopo di lucro), tenuto anche conto che l'articolo 3, lettera a), della Direttiva lascia agli Stati membri la facoltà di scegliere tra coesistenza o alternatività dei predetti requisiti per gli OGC.»<sup>288</sup>

### 3.2) La SIAE

La SIAE è un ente pubblico economico<sup>289</sup> a base associativa<sup>290</sup> che svolge l'attività di intermediazione dei diritti d'autore in regime di monopolio legale.<sup>291</sup> La SIAE nasce nel 1882 come associazione di artisti con l'obiettivo di promuovere la tutela del diritto d'autore. È strutturata in una Direzione Centrale con sede a Roma, 13 sedi regionali e 33 filiali. L'attività della SIAE si concretizza nella concessione, per conto e nell'interesse degli aventi diritto, di licenze e autorizzazioni per l'utilizzazione economica delle opere, nonché si occupa di percepire i compensi dovuti dagli artisti e della successiva ripartizione. L'art. 181 dispone che «Oltre alle funzioni indicate nell'articolo precedente ed a quelle demandategli da questa legge o altre disposizioni, la Società italiana degli autori ed editori può esercitare altri compiti connessi con la protezione delle opere dell'ingegno, in base al suo statuto. L'ente può assumere per conto dello stato o di enti pubblici o privati servizi di accertamento e di percezione di tasse, contributi, diritti.» Secondo l'art. 181-bis la SIAE è tenuta ad apporre un contrassegno<sup>292</sup> con caratteristiche tali da impedirne il trasferimento, su ogni supporto contenente programmi per elaboratore, programmi multimediali, suoni, voci o immagini in movimento recante la fissazione di opere o di parti di opere protette, destinati a essere commercializzati o ceduti in uso a fine di lucro. Il contrassegno deve

---

<sup>288</sup> AGCM, parere AS1303

<sup>289</sup> La qualificazione come ente pubblico economico è stata accolta anche dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 65 del 1972.

<sup>290</sup> La base associativa della SIAE è costituita da circa 80.000 tra autori ed editori. Essa ogni quattro anni elegge gli organi di rappresentanza: l'assemblea, le commissioni di selezione, il consiglio di amministrazione, il presidente ed il collegio dei revisori.

<sup>291</sup> Art. 180 L.d.A. sancisce l'esercizio in via esclusiva della «attività di intermediario, comunque attuata, sotto ogni forma diretta o indiretta di intervento, mediazione, mandato, rappresentanza ed anche di cessione per l'esercizio dei diritti di rappresentazione, di esecuzione, di recitazione, di radiodiffusione ivi compresa la comunicazione al pubblico via satellite e di riproduzione meccanica e cinematografica di opere tutelate»

<sup>292</sup> C.d. Bollino SIAE

presentare alcuni elementi tali da consentire: l'identificazione del titolo dell'opera per la quale è stato richiesto; del nome dell'autore, del produttore o del titolare del diritto d'autore; della sua destinazione alla vendita al noleggio e a qualsiasi altra forma di distribuzione consentita; la numerazione generale progressiva per ogni singola opera riprodotta o registrata. La diffusione di opere su supporti senza contrassegno, o con contrassegno contraffatto, è punita penalmente dagli artt. 171-bis e 171-ter della legge sul diritto d'autore. La SIAE inoltre agisce insieme all'AGCom nell'esercizio di attività di vigilanza sulle violazioni del diritto d'autore in rete.<sup>293</sup>

Il monopolio sulla rappresentanza degli autori e degli editori è limitato all'attività di intermediazione, perciò l'autore o l'avente diritto resta libero di provvedere direttamente all'esercizio dei propri diritti ma non può affidare tale esercizio ad altri soggetti intermediari. In realtà le recenti normative europee hanno attenuato molto il principio dell'esclusività dell'attività della SIAE poiché l'autore, seppur resti in linea di principio vietata la costituzione di nuove organizzazioni all'interno dell'ordinamento italiano, è libero di iscriversi a società simili in altri Paesi membri dell'Unione europea. L'esistenza del regime di monopolio legale nel mercato della gestione dei diritti d'autore è stato oggetto di forti critiche da parte della dottrina e di conseguenti numerosi tentativi di abolizione.<sup>294</sup> Recentemente l'autorità garante della concorrenza e del mercato ha sancito che: «Il mantenimento del monopolio legale appare, in contrasto con l'obiettivo di rendere effettiva la libertà dei titolari del diritto di effettuare una scelta tra una pluralità di operatori in grado di competere senza discriminazioni.»<sup>295</sup> Sul tema le istituzioni europee nel Febbraio 2014 hanno adottato la Direttiva europea 2014/26/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 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, cd Direttiva *Barnier*, attualmente in fase di recepimento. Lo schema

---

<sup>293</sup> Art. 182 bis l. 633/41 «La SIAE, nei limiti dei propri compiti istituzionali, si coordina, a norma del comma 1, con l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni»

<sup>294</sup> Ad esempio un tentativo è stato fatto con il DDL 1757 in materia di apertura del mercato dell'attività di intermediazione dei diritti d'autori e diritti connessi. Il quale ha segnalato l'esigenza di un ripensamento delle attribuzioni della SIAE.

<sup>295</sup> Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, Parere sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e concessione di licenze multi-territoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno. 1 Giugno 2016

di decreto legislativo – deliberato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri il 14 dicembre 2016 – sulla base della delega conferita dalla L. 12 agosto 2016, n. 170 (legge di delegazione europea 2015), attualmente sottoposto al parere della Commissione cultura del Parlamento, ha optato per la scelta di mantenere il monopolio legale in capo alla SIAE, nonostante il parere contrario dell'AGCM<sup>296</sup>. I motivi che hanno portato a questa scelta ed il travagliato percorso di attuazione della direttiva saranno approfonditi nei paragrafi successivi.<sup>297</sup>

### 3.3) La direttiva 2014/26/UE

Questa norma, ha sollevato numerose discussioni in Italia riguardo la legittimità del monopolio SIAE, previsto dall'art. 180 L.d.A. rispetto alle norme europee. A seguito di questa Direttiva in Italia vi è stato l'ingresso nel mercato della gestione dei diritti musicali di un nuovo soggetto: si tratta della società *Soundreef*<sup>298</sup>, la quale è stata all'epoca legittimata a livello interno da una discussa sentenza d'appello del Tribunale di Milano. Molti Stati membri dell'UE hanno provveduto a recepire la Direttiva, tra i quali l'Inghilterra, la Germania, la Spagna, l'Estonia, la Danimarca, la Slovacchia e l'Irlanda e attualmente sta provvedendo anche l'Italia. Ad essere messa in discussione non è stata la legittimità del monopolio legale in se, che trova il suo riconoscimento anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>299</sup>, supportata da autorevole dottrina che lo ritiene «funzionale alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale» ed alla «gestione efficace di tali diritti nonché un controllo efficace del loro rispetto»<sup>300</sup> ma della sua applicazione al contesto odierno del Mercato Unico Digitale e dello sfruttamento delle opere protette online, strettamente legato al processo di armonizzazione in materia di diritto d'autore tutt'ora in corso in sede europea. La diffusione dei

---

<sup>296</sup> Parere AGCM n. AS1303

<sup>297</sup> In particolare vedi Cap. 2, Par. 3.3.4

<sup>298</sup> ZORLONI, Che cos'è Soundreef, la start up che vuole fare concorrenza alla SIAE su WIRED, 27 Ottobre 2016. Consultabile al seguente indirizzo: <http://www.wired.it/economia/business/2016/10/27/soundreef-startup-siae/> (Cons. Dicembre 2016)

<sup>299</sup> Caso OSA, Causa C 351/12

<sup>300</sup> D. SARTI in *Appunti in tema di estensione e legittimità del monopolio SIAE* in AIDA, 2015, p. 902 e ss. Secondo l'A. il Monopolio legale è considerato necessario in quanto servizio fondato sull'interesse generale a garantire la prestazione di un servizio e la tutela delle opere a tutti i titolari dei diritti.

nuovi strumenti di sfruttamento delle opere protette ha riportato una revisione e riflessione aggiuntiva sulla gestione dei diritti che vertono su queste opere e sulla distribuzione dei compensi.

Già nel 2005 la raccomandazione 2005/737/CE della Commissione si occupava proprio della gestione transfrontaliera collettiva dei diritti d'autore e connessi per i servizi musicali online, ed evidenziava l'impatto che le nuove tecnologie avrebbero avuto e avevano già sulle opere digitalizzate e sulla gestione dei diritti che insistono su queste opere, invitando gli Stati membri ad adottare le iniziative necessarie ad agevolare lo sviluppo di servizi online autorizzati mediante lo sviluppo di un quadro normativo più adeguato al contesto. La raccomandazione evidenziava particolarmente «la nascita di una nuova generazione di utilizzatori commerciali che impiegano le opere musicali ed altri materiali protetti nel mondo digitale e di internet»<sup>301</sup> auspicando la gestione in modo più agevole e moderno dei diritti di riproduzione, comunicazione al pubblico e messa a disposizione del pubblico<sup>302</sup>. Questo significa che l'utilizzazione della musica online implica necessariamente il rilascio di licenze da parte degli aventi diritto<sup>303</sup>. Licenze che vengono richieste soprattutto dagli utilizzatori nella creazione di nuovi modelli di business che abbiano valenza multi territorio, vista la fruibilità tramite il web e la richiesta degli utenti finali. La raccomandazione è poi stata superata perché, nell'ambito dell'Agenda Digitale 2020, già citata nel capitolo precedente, si è ritenuto di adottare una direttiva che avrebbe avuto un impatto più stringente fra gli stati membri. La Direttiva che mira «a trasformare la gestione collettiva dei diritti in un sistema più efficace, accurato, trasparente e responsabile», dando al titolare la libertà di scelta dell'organismo che meglio lo rappresenti.

La direttiva Barnier potrebbe essere definita una doppia direttiva, perché in realtà al suo interno troviamo due argomenti che avrebbero potuto essere oggetto di due norme: la gestione collettiva di diritti d'autore e connessi e la concessione di licenze multi territoriali per le opere musicali. Nasce quindi da un lato per istituire una legislazione uniforme europea per la gestione collettiva dei diritti d'autore e connessi stabilendo regole precise

---

<sup>301</sup> 18 maggio 2005, n 737, considerando 4

<sup>302</sup> Da segnalare anche l'esito di una consultazione pubblica nel 2010 da cui è emersa l'inefficienza delle società di gestione collettive anche rispetto alla sfida del digitale.

<sup>303</sup> Considerando 5 e 6 della Raccomandazione 737/2005

anche di *governance* nelle stesse *Collecting* e dall'altro per incoraggiare maggiormente lo sviluppo di licenze multi territoriali e la distribuzione di opere online. Per la prima volta è espressamente previsto il diritto dei titolari delle opere protette di scegliere il soggetto cui affidare la gestione dei propri diritti, o ad un qualsiasi organismo di gestione collettiva o ad un ente di gestione indipendente stabilito nell'UE. Questo pone il problema di stabilire se la libertà di scelta consentita nell'ambito dei paesi dell'unione equivalga o meno a una libertà di scelta anche all'interno del proprio territorio. Ed è proprio su questo punto che si è innescato il dibattito sul disegno di legge di recepimento, per cui le modifiche che vengono richieste sono appunto quelle di aprire il mercato anche ad altri enti che possano risiedere nel territorio italiano. La difformità di regolazione tra i vari paesi ormai è incompatibile con un Mercato Unico Digitale, dove lo sfruttamento online delle opere protette costituirà non solo una delle offerte globali e una grande opportunità per la creatività in genere, ma potrà incentivare lo sviluppo di nuovi modelli di business e creare le condizioni per una maggiore fruizione legale dei contenuti contribuendo anche alla lotta alla pirateria.<sup>304</sup> Il ruolo delle società di gestione collettiva è però essenziale e primario, anche perché, soprattutto nel settore musicale, gli aventi diritto sono tanti e le negoziazioni individuali sarebbero molto complesse. Queste devono però conformarsi agli standard di efficienza che il Mercato Unico Digitale richiede.

La Direttiva Barnier è abbastanza complessa e si compone di 43 articoli. Va premesso che in nessun punto la Direttiva impone divieti di istituzione di monopoli nazionali, ma all'art. 5 si occupa di garantire al titolare dei diritti la possibilità di affidarne la gestione ad organismi di propria scelta del titolare e di concedere licenze per usi non commerciali. Da qui la possibilità di licenze *creative commons*<sup>305</sup>. La direttiva richiama anche più volte il principio della trasparenza e obbligatorietà delle informazioni, come ad esempio nella

---

<sup>304</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio (626/2015)

<sup>305</sup> FINOCCHIARO, *L'equilibrio titolare/Users nel diritto d'autore dell'Unione Europea in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II)*, fasc.3, 2016, pag. 499 «Creative Commons costituiscono una modalità di standardizzazione dei contenuti delle licenze e di comunicazione attraverso un linguaggio iconico. Anche in questo caso, è l'autonomia contrattuale che consente di calibrare i diritti oggetto di cessione, consentendo che solo una parte dei diritti sia ceduta. Le licenze Creative Commons si basano, infatti, sul riservare alcuni diritti (la formula utilizzata è "some rights reserved") al titolare, come per esempio il diritto alla paternità dell'opera o il diritto di non consentire modifiche all'opera.»

previsione dell'obbligatorietà di indicare nei rendiconti i singoli utilizzi delle opere, magari con la specificazione del tipo di utilizzo dei titolari delle spese di gestione dovute all'ente e di ogni altro eventuale costo. Ciò vale anche nella *governance*, attraverso l'adozione di meccanismi adeguati ed efficaci per far partecipare i membri ai processi decisionali, assicurando una rappresentanza equa ed equilibrata delle diverse categorie<sup>306</sup>

Le *Collecting* inoltre dovranno avere capacità sufficienti per trattare in via elettronica i dati necessari per la gestione delle licenze e dei repertori, perché un uso corretto della tecnologia porta a una maggiore efficienza. Lo sviluppo di nuovi modelli di business ed il rilascio di licenze multi territoriali è strettamente legato alla realizzazione del Mercato Unico Digitale, che per funzionare ha bisogno di superare le difficoltà frapposte dalla territorialità delle licenze. Su questo punto la Direttiva stabilisce che le condizioni di concessione delle licenze devono basarsi su criteri oggettivi e non discriminatori, prevedendo altresì che i titolari dei diritti debbano ricevere una remunerazione adeguata e che le tariffe relative all'uso dei diritti debbano essere proporzionali al valore economico<sup>307</sup>.

Per quanto riguarda l'*enforcement*, la Direttiva prevede che gli organismi di gestione collettiva dovranno individuare procedura efficaci e tempestive per il trattamento dei reclami, anche attraverso la risoluzione stragiudiziale delle controversie.<sup>308</sup>

In conclusione possiamo dire che gli obiettivi principali della Direttiva riguardano la trasparenza e l'informazione, questi requisiti sono essenziali per lo sviluppo del mercato delle *Collecting*, perché «fintanto che i titolari dei diritti non saranno dapprima formati sui propri diritti non potranno correttamente pretendere ed esigere i relativi compensi. [...] Per agevolare e per accelerare questo processo sicuramente sarebbe auspicabile l'adozione di nuovi sistemi di database interoperabili e accessibili collettivamente, per consentire l'effettività del sistema, la trasparenza dei dati, la certezza dei titolari dei diritti. Si passerà forse concretamente alla realizzazione di uno sportello unico che è un elemento auspicato da tutti. Un *one stop shop* che dovrebbe mediare tra le esigenze dei più e la libera scelta degli aventi diritto,

---

<sup>306</sup> Art. 6 della Direttiva Barnier

<sup>307</sup> Art. 16 della Direttiva Barnier

<sup>308</sup> Art. 33-36 della Direttiva Barnier

lo sportello unico vuole dire anche l'aggregazione dei repertori, non aggregazione monopolistica di singoli repertori ma cioè la condivisione e collaborazione tra le varie Collecting nella concessione delle licenze sui repertori stessi. Andando verso il mercato unico questi aspetti dovranno essere presi in considerazione per creare un mercato davvero concorrenziale. Efficacia e trasparenza nella gestione dei diritti sono fondamentali per arrivare ad un mercato efficiente, che tenga conto dell'agenda digitale e del Mercato Unico Digitale.»<sup>309</sup>

### **3.3.1) Il Parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato**

Abbiamo visto come gli obiettivi fondamentali della Direttiva siano due:

- 1) L'armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di funzionamento degli organismi di gestione collettiva, che dovrebbe portare ad un miglioramento nell'efficienza e nello sfruttamento del diritto d'autore e diritti connessi. Proprio per rendere più efficiente la gestione dei diritti si prevede, una maggiore trasparenza nella gestione, nella raccolta e nella distribuzione del compenso per l'utilizzo dei diritti d'autore e connessi, e una ridefinizione della *governance* delle Collecting Societies;
- 2) La promozione di un quadro regolamentare uniforme e la realizzazione del Mercato Unico Digitale, nel quale si prevede la revisione dei diritti d'autore alla luce di un meccanismo in cui i contenuti, soprattutto musicali, online possano circolare liberamente.

La delega per il recepimento di questa direttiva<sup>310</sup>, è stata approvata dalla L. 12 agosto 2016, n. 170

In Italia l'attività di amministrazione ed intermediazione dei diritti degli artisti interpreti ed esecutori (cd. Diritti Connessi) già è stata liberalizzata con l'art. 39, comma 3, del D.l. n.1, 2012 (Decreto Cresci Italia, convertito con l. 27/2012) del governo Monti nel 2012. Mentre l'intermediazione dei diritti d'autore, cioè per l'esercizio cioè dei diritti di rappresentazione, esecuzione, recitazione, radiodiffusione, compresa la comunicazione al pubblico via

---

<sup>309</sup> QUATTRONE, Atti del convegno *Gli effetti della Direttiva Barnier nel Mercato Italiano e panuropeo della gestione dei diritto d'autore e connessi*, 8 Giugno 2016, Luiss University Press

<sup>310</sup> Contenuta nella legge di delegazione europea 2015

satellite e riproduzione meccanica e cinematografica delle opere tutelate, è riservata in via esclusiva alla SIAE dall'art. 180 della L.d.A. La direttiva, che riguarda gli organismi di gestione collettiva sia dei diritti d'autore che dei diritti connessi, non impone esplicitamente un pluralismo in entrambi gli ambiti, però è presupposto perché la filosofia di fondo della direttiva si ricollega alle precedenti iniziative della Commissione Europea. La norma comporta la facoltà di scelta del titolare sia riguardo alla portata oggettiva dell'autorizzazione conferita all'organismo di gestione collettiva, quindi alla scelta di quali diritti, di quale tipo di opere e di quali materiali protetti far gestire, sia all'estensione geografica di tale autorizzazione. Questa libertà di scelta è rafforzata dal divieto di imporre vincoli di tipo nazionalistico<sup>311</sup>, per cui, a titolo esemplificativo, l'autore italiano ben potrebbe rivolgersi ad una società di Collecting di nazionalità diversa e lo stesso potrebbe avvenire per un francese e così via.

Questo concetto di libertà di scelta, rappresenta l'espressione di un chiaro intendimento pro-concorrenziale. Riguardo ai diritti d'autore, la libertà di scelta si può intendere come facoltà degli autori di varcare i confini nazionali per affidare a società estere incarico di gestire i diritti, ma questo verosimilmente avverrà solo in casi marginali, quando la società estera sia particolarmente efficiente al punto da abbattere i costi di negoziazione, presumibilmente più elevati di quelli connessi a una negoziazione con il monopolista interno. Lo stesso intento pro concorrenziale potrebbe però condurre, sfruttando la ratio e la filosofia della direttiva, a bandire, in quegli stati membri in cui sia previsto, l'esclusivo monopolio ex lege, su base territoriale, per la gestione dei diritti d'autore, consentendo così l'insediamento di più Collecting societies per la loro gestione.<sup>312</sup> Si deve rilevare a tal fine che nei criteri di delega contenuti dall'art. 20 del disegno di legge di delegazione, la medesima cruciale libertà del titolare dei diritti non è

---

<sup>311</sup> Considerando 19 Direttiva Barnier «indipendentemente dallo stato membro di nazionalità residenza o stabilimento dell'organismo di gestione collettiva o del titolare dei diritti»

<sup>312</sup> In questo senso si esprime l'interpellanza del 28 aprile 2016 (Atto n.2 – 00382) nei confronti del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, il quale invece, nel corso di un'audizione presso le commissioni riunite VII e XIV della Camera il 30 marzo 2016 si è espresso in senso contrario alla liberalizzazione, a difesa del regime di esclusiva della SIAE. Regime che è stato poi confermato dalla delega conferita dalla L. 12 agosto 2016, n. 170 e dal Decreto di attuazione.

altrettanto esplicitamente prevista.<sup>313</sup> Alla luce del testo del disegno di legge di delegazione, il 1 Giugno del 2015 è intervenuta l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che ha deliberato<sup>314</sup> auspicando una modifica in senso concorrenziale dei principi e criteri di delega al fine di rimuovere il monopolio legale della SIAE e favorire la formazione in Italia di un mercato della gestione collettiva dei diritti d’autore in cui competano più società di Collecting. Secondo l’AGCM, il mantenimento della riserva, nonostante sia avallato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>315</sup>, appare infatti in contrasto con l’obiettivo di rendere effettiva la libertà dei titolari dei diritti di scegliere tra una pluralità di operatori di intermediazione e con la possibilità di fruire delle opere in maniera transfrontaliera attraverso la Rete. Inoltre, secondo l’autorità, la preservazione del monopolio nazionale si presterebbe ad abusi dovuti all’elevatissimo potere di mercato di cui dispone, costringendo così ad intervenire l’autorità antitrust ex post. L’autorità dunque si è espressa in linea con la politica legislativa degli altri stati membri, aprendo verso la liberalizzazione del settore. Naturalmente, qualora questo percorso di revisione del monopolio legale venisse portato a termine, sarebbe indispensabile evitare che l’abbattimento del monopolio comporti il passaggio da un monopolio legale ad uno di fatto. Per questo l’autorità ha auspicato anche una rivisitazione del ruolo e della *governance* della SIAE per evitare di far conseguire al soggetto un vantaggio competitivo nei confronti dei nuovi entranti. «D’altra parte, per dare concretezza all’esercizio della libertà di scelta del titolare, è irrinunciabile un’effettiva trasparenza a monte per delle strutture tariffarie, in modo da consentire al titolare di comparare le diverse offerte e selezionare quelle più convenienti, e da incentivare

---

<sup>313</sup> Questa disposizione si limita infatti a disporre che i requisiti richiesti in capo al titolare dei diritti per aderire agli organismi di gestione collettiva siano definiti «sulla base di criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori». Il che sembra volto a evitare che un organismo di gestione collettiva possa rifiutare l’adesione di un titolare dei diritti ingiustificatamente e in modo discriminatorio, ma non garantisce che il titolare abbia la possibilità di scegliere tra più organismi quello cui autorizzare la gestione del proprio diritto d’autore.

<sup>314</sup> Parere S2558

<sup>315</sup> Corte di Giustizia 27 Febbraio 2014, C-351/12 OSA ha affermato l’utilità e l’opportunità del monopolio nella gestione dei diritti d’autore in un certo territorio, ritenendola ragione imperativa di interesse generale a giustificazione della conseguente restrizione della libera prestazione di servizi. Secondo la Corte gli art. 56 e 102 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa di uno Stato membro, come quella oggetto del procedimento principale, che riservi l’esercizio della gestione collettiva dei diritti d’autore ad un unico ente.

parallelamente gli organismi stessi a investire in efficienza»<sup>316</sup> sul punto bisogna ricordare come il disegno di legge preveda l'obbligo di pubblicazione sui siti internet anche delle tariffe.

Infine l'Autorità, come aveva già affermato nel corso del procedimento di approvazione della Direttiva Barnier<sup>317</sup> ha rilevato l'importanza di prevedere requisiti minimi del soggetto che ambisce ad entrare nel mercato, al fine di evitare discriminazioni con potenziali implicazioni anticoncorrenziali.<sup>318</sup>

L'Autorità ha ribadito il suo parere anche in seguito all'approvazione da parte del governo dello Schema di Decreto legislativo di recepimento, auspicando alcune modifiche in senso concorrenziale delle disposizioni delegate al Governo ai fini del recepimento della Direttiva 2014/26/UE, nel senso di seguito più specificamente indicato:

- 1) nell'articolo 175 (Definizioni), comma 1, che i requisiti degli OGC siano alternativi (controllo da parte dei soci o assenza di scopo di lucro);
- 2) nell'articolo 175-sexies (Requisiti degli organismi di gestione collettiva dei diritti connessi al diritto d'autore e degli entità di gestione indipendente), - comma 1, lettera d), che il patrimonio netto minimo, comunque denominato, sia riportato agli attuali valori, ossia "non inferiore a euro 10.000,00 o, entro il limite di euro 120.000,00, al 5% del valore dei diritti amministrati nell'anno precedente" (articolo 1, lettera c), DPCM 19.12.2012) o, in alternativa, che sia previsto (i) un abbassamento della soglia minima (100.000,00 euro), nonché (ii) una gradualità nell'incremento della soglia massima (500.000,00 euro); - comma 1, lettera e), che sia eliminato o, in ogni caso, ridotto significativamente l'importo del fondo di garanzia rischi connessi all'erogazione dei compensi spettanti agli aventi diritto, con accantonamento vincolato alla ripartizione;
- 3) il riordino della normativa di settore anche tramite abrogazione espressa nell'articolo 7 dello Schema di D. Lgs. delle disposizioni reciprocamente incompatibili che attualmente regolamentano i diritti connessi in altri testi normativi, riportando tutta la materia nell'alveo della L.D.A, in quanto oggetto dello Schema di D. Lgs.

---

<sup>316</sup> PALMIERI, *Il mercato della gestione collettiva* in AIDA 2013, p. 63

<sup>317</sup> AGCM, Parere AS10009

<sup>318</sup> PITRUZZELLA, Presidente Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, Atti del convegno *Gli effetti della Direttiva Barnier nel Mercato Italiano e paneruoepo della gestione dei diritto d'autore e connessi*, 8 Giugno 2016, Luiss University Press

Infine, alla luce di ciò che oggi è previsto nello Schema di Decreto di recepimento della Direttiva n. 26/2014, l’Autorità ritiene altresì di dover ribadire la necessità di provvedere nel senso indicato dalla precedente segnalazione, al fine di aprire alla concorrenza il mercato dell’intermediazione del diritto d’autore, tramite adeguamento del testo di recepimento alle più favorevoli norme per la libertà d’impresa – e, quindi, per la libertà di scelta di autori e utilizzatori – contenute nel quadro normativo europeo, accedendo ad una interpretazione sistematica e non meramente letterale del testo della predetta Direttiva. Auspica che venga tenuto conto delle determinazioni assunte nel presente parere con riguardo alle criticità concorrenziali evidenziate.<sup>319</sup>

### **3.3.2) Direttiva Barnier e il servizio universale**

Questo paragrafo è dedicato all’esposizione di alcune riflessioni generali sulla crisi che il diritto d’autore sta vivendo nell’era moderna, con lo scopo di inserire in un quadro più ampio il problema del valore della direttiva e i problemi del suo recepimento. Abbiamo già approfonditamente analizzato come l’avvento di Internet abbia favorito l’aumento esponenziale di fenomeni di pirateria e di conseguenza messo in crisi il diritto d’autore pensato come modello proprietario. «La spinta di massa mondiale all’utilizzazione di contenuti protetti, ha messo in evidenza delle potenzialità di diffusione della cultura eccezionali e impensabili fino a poco tempo fa, rispetto alle quali una tutela dominicale piena mostra un volto negativo dal punto di vista della funzione sociale della disciplina delle creazioni intellettuali»<sup>320</sup>. Gli autori devono essere premiati economicamente per lo sfruttamento delle loro creazioni, però ciò non giustifica il fatto che potenzialità eccezionali di diffusione della cultura vengano frenate<sup>321</sup>. Il problema che ci si trova a risolvere è più specificamente quello dell’utilizzazione di una creazione intellettuale, non da parte di un’impresa che voglia trarne profitto, ma da

---

<sup>319</sup> Segnalazioni AGCM AS1303 – Schema di Decreto legislativo di recepimento della Direttiva 2014/26/UE sulla Gestione Collettiva dei diritti d’autore Roma, 19 ottobre 2016

<sup>320</sup> LIBERTINI, Atti del convegno *Gli effetti della Direttiva Barnier nel Mercato Italiano e panuropeo della gestione del diritto d’autore e connessi*, 8 Giugno 2016, Luiss University Press

<sup>321</sup> Si pensi al fatto che tutto il patrimonio delle biblioteche pubbliche potrebbe essere reso accessibile a fronte del pagamento di un canone

parte di un utilizzatore finale, in questi casi il passaggio ad un sistema di dominio pubblico pagante sarebbe la soluzione, dal punto di vista dell'utilità sociale, da preferire. Laddove il problema è dell'utilizzatore finale, la soluzione è quella di un passaggio ad un sistema di micro pagamenti. «Da questo punto di vista c'è un'arretratezza nelle scelte che l'UE ha fatto, da un lato si ha una difesa troppo tradizionale del diritto d'autore, dall'altro si è spinto forse un po' troppo sulle *copyright legis*, sul tassare in maniera forfettaria gli hardware come strumento, la finzione della copia privata per riuscire a trarre comunque, dall'utilizzazione diffusa di strumenti di consumo finale sulle reti telematiche, somme da riutilizzare in maniera forfettaria per la distribuzione a favore degli autori.»<sup>322</sup> Oggi però dobbiamo considerare come l'evoluzione tecnologica ci permetterebbe di creare un'enorme banca dati tendenzialmente globale sull'utilizzazione delle opere protette. «In altri termini si potrebbe affermare oggi da un lato il libero uso da parte dell'utente finale e dall'altro lato un sistema di monitoraggio dell'accesso alle opere protette mediante sistemi sofisticati ma non impossibili da concepire di big data management, di utilizzazione su modelli che dovrebbero funzionare su scala globale, di livelli effettivi di utilizzazione delle diverse opere protette (una cosa è leggere una cosa è salvare sul proprio pc il file elettronico, un'altra ancora è stamparne una copia cartacea e così via). [...] Tutto ciò su un piano teorico, potrebbe essere registrato con un sistema globale e dare luogo a risultati di efficienza allocativa nella retribuzione degli autori.»<sup>323</sup>

In una prospettiva di questo tipo si creerebbe una nuova frontiera della gestione collettiva necessaria dei diritti d'autore, perché un sistema di questo tipo è un monopolio naturale, che non potrebbe prescindere dalla necessità di un sistema di gestione collettiva. La prospettiva andrebbe allargata anche per superare una possibile obiezione, per cui monopolio legale italiano è un'eccezione a livello comparatistico ma quello di fatto non lo è perché presente in tutti i mercati.

Sul piano piano normativo, l'idea verso la quale ci dobbiamo muovere è che mantenere una liberalizzazione pura, senza una disciplina di servizio universale, è socialmente ingiusto, lasciare una liberalizzazione pura senza un

---

<sup>322</sup> Ibidem.

<sup>323</sup> Ibidem.

servizio universale garantito significa creare organizzazioni private che potranno essere efficiente per gli artisti maggiori e dimenticare quella che è stata la funzione più nobile delle società di gestione collettiva.<sup>324</sup> Da un punto di vista normativo, il monopolio legale dell'art.180 può rimanere compatibile con la direttiva perché non c'è un divieto, L'attribuzione di diritti esclusivi deve essere giustificata da forti ragioni di interesse generale o economico. «Nell'ambito della disciplina del diritto d'autore oggi sarebbe preferibile un sezionamento del mercato, nel senso di una fascia in cui è possibile la concorrenza e una fascia di servizio universale.» Da ciò deriva che il lavoro di costruzione normativa è sicuramente più complicato del semplice superamento del monopolio legale dell'art 180, perché per molti aspetti è corretta la scelta legislativa di mantenere il monopolio legale: sia come servizio universale del passato, sia aperto pure ad una competizione su vari soggetti disponibili a gestirlo secondo i principi europei.

### **3.3.3) L'esperienza del Regno Unito nell'attuazione della Direttiva Barnier**

Nel Regno Unito esistono 13 società di gestione collettiva dei diritti ed altre società che si occupano di licenze private. In un simile scenario, già altamente concorrenziale, questa direttiva stabilisce un'ulteriore espansione delle norme in vigore ed agevola il raggiungimento del Mercato Unico Digitale. Nel Regno Unito la gran parte del dibattito si è concentrata sugli utenti e sui titolari delle licenze, i concessionari. Nel 2011 c'è stata una riforma delle norme sul diritto d'autore effettuata dal professor Hargraves<sup>325</sup> che prende il

---

<sup>324</sup> D. SARTI, *Concorrenza e level playing field europeo nella gestione collettiva dei diritti d'autore e connessi* in *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, 2016

<sup>325</sup> BERTONI, MONTAGNANI; *La modernizzazione del diritto d'autore e il ruolo degli intermediari internet quali propulsori delle attività creative in rete*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, fasc. 1, 2015 Questa proposta di consultazione includeva anche misure per combattere la violazione del *copyright* online e per assicurarsi che l'istituto favorisse la migliore creazione e il miglior uso possibile di musica, libri, video e altro materiale protetto — che ha ricompreso l'ampliamento del regime di *fair dealing* tramite (i) l'introduzione dell'eccezione di copia privata, che renderebbe legale, ad esempio, il *format-shifting*, così da allineare la legge sul *copyright* alla tecnologia moderna e, soprattutto, alle ragionevoli aspettative dei consumatori; (ii) l'ampliamento dell'eccezione per fini di ricerca non commerciale, che ricomprirebbe anche il *data mining*, così da consentire ai ricercatori di ottenere nuovi progressi medici e scientifici; (iii) l'adozione dell'eccezione per la parodia e il *parody*, così da incentivare la creatività dei comici e, più in generale, di tutti i terzi, nonché, infine, (iv) l'ampliamento dell'eccezione per l'archiviazione

nome di *Hargreaves Review*. «Nel 2010, infatti, il Governo britannico aveva emanato, al fine di agevolare l'instaurarsi dell'economia digitale nel Regno Unito, il *Digital Economy Act* (DEA), la cui entrata in vigore è stata particolarmente dibattuta ed è avvenuta solo a seguito di alcuni emendamenti che tenessero in considerazione l'opposizione di alcune delle categorie interessate.[...] da qui la decisione del Governo britannico di aprire, nel maggio 2011, una consultazione circa l'attuazione di quelle raccomandazioni in materia di *copyright* che aveva pubblicamente accettato in risposta al riesame della legge sul *copyright* operato appunto nel rapporto *Hargreaves*»<sup>326</sup> durante questo processo riformatorio è stata posta molta attenzione alla gestione collettiva dei diritti, e particolarmente sui problemi degli utenti e dei licenziatari.

---

del materiale bibliotecario.

Il principio che il governo britannico dovrebbe seguire nel processo di modernizzazione è quello in base al quale le eccezioni dovrebbero essere introdotte o ampliate al massimo grado possibile. Ciò quindi non solo non dovrebbe compromettere gli incentivi per coloro che creano, ma dovrebbe anche mantenere la compatibilità tra, da un lato, il diritto europeo e internazionale e il c.d. “*three-step test*” e, dall'altro, quegli usi consentiti dal diritto d'autore che non devono essere limitati con alcun mezzo. Si chiede espressamente, ad esempio, che venga considerata la possibilità di proibire le modifiche al regime di eccezioni tramite il mezzo contrattuale, così da rendere indisponibili gli usi liberi delle opere protette.

Ad oggi il Governo britannico ha già approvato la maggior parte delle misure inserite nella citata proposta diretta a modernizzare il *copyright*. In particolare, il 14 maggio 2014 il Parlamento del Regno Unito ha approvato le eccezioni per ricerca e studio privato, *text e data mining*, educazione e insegnamento, archiviazione e conservazione, amministrazione pubblica e creazione di formati accessibili a persone con disabilità. Sono invece ancora in fase di approvazione le eccezioni di copia privata, per la parodia e il pastiche nonché per le citazioni, sottoposte il 9 giugno 2014 al vaglio del Parlamento.

Le eccezioni già approvate facilitano notevolmente l'accesso e la riproduzione di contenuti protetti da *copyright*. In particolare, le eccezioni per la ricerca e lo studio privato permettono a istituzioni come biblioteche o università di offrire ai propri utenti l'accesso a materiali protetti da *copyright* tramite computer e altri dispositivi *in situ*. Le medesime istituzioni potranno poi utilizzare ancora più agevolmente materiale protetto da *copyright* (potendone estrarre copie parziali) e quindi conservare nel proprio archivio copie di detto materiale. Occorre poi precisare che l'eccezione per *text e data-mining* è rimasta limitata, anche in sede di approvazione, alla ricerca per fini solamente non commerciali (come nel caso della ricerca in ambito universitario). Infine, l'eccezione per la Pubblica Amministrazione permette ora agli enti pubblici inglesi di condividere, anche online, documenti protetti da diritto d'autore in capo a terzi (come nel caso di progetti di privati che concorrono ad un bando pubblico). In precedenza, infatti, detti documenti potevano essere conservati unicamente in formato cartaceo e, per ottenerne la consultazione, occorreva recarsi presso l'ufficio competente. Infine, agli inizi di giugno è entrata in vigore un'ulteriore eccezione che permette ai privati di estrarre copia di lavori protetti da *copyright* per modificarne il formato e renderlo fruibile a persone disabili.»

<sup>326</sup> Ibidem.

Negli ultimi anni, mentre questa direttiva veniva sviluppata nell'UE, sono state introdotte delle leggi affinché le società di gestione collettiva sviluppassero dei codici di condotta, almeno in alcuni settori, tra cui l'ottenimento di una certa protezione per i titolari di licenze, e il diritto dei titolari di poter far parte del processo decisionale e di poter quindi avere un continuo *feedback* sulle loro attività. È stato anche previsto un arbitro finale in caso di controversia in un sistema che prevedeva solo casi di autoregolamentazione da parte delle società di gestione collettiva. Nel Regno Unito non sono previste autorizzazioni per aprire una società di gestione collettiva, tutti sono liberi di costituire queste società.

Per quanto riguarda il recepimento della direttiva, l'anno scorso è stato avviato il confronto con gli aventi diritto, al termine del quale è stato recepito il testo all'interno della legislazione britannica, a cui è seguita la rimozione delle leggi esistenti e dei codici di condotta.

Ci sono alcuni punti in cui le norme di recepimento si sono discostate dalla direttiva o sono state prese delle direzioni diverse. Ad esempio la Direttiva parla del potere dell'Assemblea Generale dei meccanismi di gestione collettiva<sup>327</sup>, mentre il legislatore britannico ha inserito alcuni elementi discrezionali per fornire più libertà e flessibilità a queste società, che sono molto diverse fra di loro in termini di struttura. O ancora la direttiva prevede che le società di gestione collettiva mettano a disposizione «dei propri membri e degli organismi di gestione collettiva per conto dei quali gestiscono diritti in virtù di un accordo di rappresentanza, procedure efficaci e tempestive per il trattamento dei reclami, in particolare per quanto riguarda l'autorizzazione a gestire diritti e il relativo ritiro o la revoca di diritti, le condizioni di adesione, la riscossione degli importi dovuti ai titolari dei diritti, le detrazioni e le distribuzioni»<sup>328</sup>, questa garanzia è stata estesa anche gli utilizzatori.

Anche nel Regno Unito esiste un'autorità nazionale competente chiamata Intellectual Property Office (IPO). Alla quale un avente diritto che abbia subito una lesione dello stesso può rivolgersi per il compimento di indagini sulle violazioni e per richiedere, dove necessario, l'adozione di misure di *enforcement*. L'ufficio svolge anche una funzione di controllo attivo delle

---

<sup>327</sup> Art. 8 Direttiva Barnier

<sup>328</sup> Art. 33 Direttiva Barnier

società di gestione e degli enti di gestione autonoma, specialmente sul controllo dell'effettiva trasparenza e stabilisce dei gruppi di lavoro che possano rappresentare i vari settori e supportare le *best practice*. Bisogna considerare le diversità tra i vari mercati, ogni mercato ha un suo *modus operandi* e presenta le sue proprie caratteristiche. L'autorità possiede inoltre anche dei poteri di tipo coercitivo, infatti se dovesse emergere, nel comportamento di una Collecting, una non conformità con la direttiva e quindi una violazione, vengono prese le misure necessarie per l'interruzione della condotta non conforme, anche attraverso l'imposizione di sanzioni finanziarie.

Nel Regno Unito una particolare attenzione riguarda le licenze, la Direttiva sancisce che: «Gli Stati membri garantiscono che le controversie tra gli organismi di gestione collettiva e gli utilizzatori, relative in particolare alle condizioni per la concessione di licenze vigenti e proposte o un'inadempienza contrattuale, possano essere presentate dinanzi a un tribunale o, se del caso, a un altro organismo indipendente e imparziale di risoluzione delle controversie con competenze in materia di legislazione sulla proprietà intellettuale.»<sup>329</sup>

Quindi le dispute riguardanti le licenze possano essere portate in tribunale o una procedura similare, questo ruolo è ricoperto dal Tribunale del diritto d'autore. Un elemento interessante di questo sistema è che solo il titolare di licenze o l'utilizzatore può deferire la disputa al tribunale, non l'organismo di gestione collettiva, questo perché è stato pensato come un meccanismo di equilibrio dei poteri, volto a incoraggiare le società di gestione collettiva ad adottare un comportamento favorevole ad una mediazione, tramite l'esperimento di altre possibilità di risoluzione alternativa delle controversie, ma siamo responsabili del controllo di questo approccio alle negoziazioni.

Per quanto riguarda la concorrenza, abbiamo visto come il sistema britannico sia già altamente concorrenziale, sono presenti molte società e molto ben radicate, che garantiscono agli utilizzatori un servizio semplice ed efficiente, ma al giorno d'oggi, con il miglioramento delle tecnologie, esse potrebbero subire ulteriori graduali cambiamenti. Nel 2016 è stata fondata una nuova società di gestione dei diritti d'autore per quanto riguarda immagini e fotografie, ed anche per quanto riguarda la musica ci sono nuovi enti di

---

<sup>329</sup> Art. 35 Direttiva Barnier

gestione indipendenti, ciò dimostra come i primi effetti della Direttiva sul mercato stiano già cominciando a manifestarsi. Sarà molto interessante osservare fin dove queste nuove società riusciranno effettivamente a mettere in dubbio la posizione dominante di alcune società già esistenti, e se questo porterà effettivamente ad un miglioramento dei servizi a disposizione degli aventi diritto e all'aumento della loro possibilità di scelta, oppure se si concretizzerà il rischio di una possibile frammentazione dei diritti<sup>330</sup>. Per evitare questo pericolo la politica del governo del Regno Unito si sta muovendo contestualmente per promuovere le licenze congiunte, e anche per espandere le funzioni delle autorità di garanzia, in particolare si avverte l'esigenza di favorire la conoscenza delle norme contenute nella direttiva da parte dei fruitori e degli aventi diritto. Soprattutto concentrandosi sulla natura dei dati richiesti dall'articolo 17 della Direttiva, che dispone l'adozione di norme volte a garantire che gli utilizzatori facciano pervenire, entro un termine concordato o prestabilito e in un formato concordato o prestabilito, all'organismo di gestione collettiva, le informazioni pertinenti a loro disposizione sull'utilizzo dei diritti rappresentati dall'organismo stesso, che sono necessarie per la riscossione dei proventi dei diritti e per la distribuzione e il pagamento degli importi dovuti ai titolari dei diritti. Nel decidere in merito al formato per la fornitura di tali informazioni, gli organismi di gestione collettiva e gli utilizzatori tengono conto, per quanto possibile, degli standard adottati su base volontaria nel settore. Spesso le società di gestione hanno difficoltà a reperire questi dati, perché gli utilizzatori non li forniscono o comunque sono difficilmente allineabili con quelli di cui già dispongono.

331

### **3.3.4) Il recepimento della Direttiva in Italia: Il fondamentale ruolo dell'Impact Assessment**

In Italia, dopo una lunga discussione in merito alla Direttiva Barnier, incentrata principalmente sull'abolizione o meno del monopolio legale

---

<sup>330</sup> Il passaggio ad una situazione in cui in un settore in cui gli utenti finali debbano rivolgersi a 4 o 5 potrebbe creare una certa difficoltà.

<sup>331</sup> L. PAWLEY, Head of Collective Rights Management IPO UK, Atti del convegno *Gli effetti della Direttiva Barnier nel Mercato Italiano e paneruopeo della gestione dei diritti d'autore e connessi*, 8 Giugno 2016, Luiss University Press

della SIAE previsto dall'art. 180 della L.d.A., lo Schema di Decreto attuativo della Direttiva elaborato dal Governo, anche sulla base lavoro di stesura del decreto di attuazione della Direttiva già iniziato dal Comitato Consultivo Permanente ad Ottobre 2015, ha deciso di optare per la conservazione del monopolio legale<sup>332</sup>. L'abolizione del monopolio, infatti, non è mai stata espressamente richiesta dalla Direttiva Barnier, più che altro l'obiettivo del legislatore europeo consiste nel garantire agli artisti la libertà di scegliere il soggetto a cui affidare i propri diritti, dovendo ciò interpretarsi come la scelta tra più società di Collecting operanti nell'Unione Europea<sup>333</sup>, una scelta che potrà dirsi libera solo in uno scenario che preveda regole omogenee per tutti i soggetti.

Per il recepimento della Direttiva, e delle sue molteplici sfaccettature, ha assunto una grande rilevanza un documento prodotto dalla Commissione Europea nel 2012, quando fu presentata la bozza di Direttiva, l'Impact

---

<sup>332</sup> Art 4 dello Schema di Decrto legislativo di attuazione del 16/12/2016 «I titolari dei diritti possono affidare a un organismo di gestione collettiva o a un'entità di gestione indipendente di loro scelta la gestione dei loro diritti – per le categorie o tipi di opere o di materiali protetti, nonché per i territori da essi indicati – indipendentemente dallo Stato membro di nazionalità, residenza o stabilimento dell'organismo di gestione collettiva, dell'entità di gestione indipendente o del titolare dei diritti. Relativamente all'attività di intermediazione dei diritti d'autore, resta però ferma l'esclusiva riservata alla SIAE dall'art. 180 della L. 633/1941. » Al riguardo, la relazione illustrativa chiarisce che l'esclusiva vale in Italia, mentre rimane ferma la possibilità per i titolari dei diritti d'autore di rivolgersi ad un organismo di gestione collettiva di un altro Stato membro, indipendentemente dalla nazionalità di quest'ultimo. Con riferimento all'esclusiva riservata alla SIAE in Italia, la stessa relazione illustrativa fa presente che, in base al considerando 12 della direttiva, la stessa non interferisce con le modalità di gestione dei diritti in vigore negli Stati membri (quali la gestione individuale, l'estensione degli effetti di un accordo tra un organismo di gestione collettiva rappresentativo e un utilizzatore, vale a dire l'estensione della concessione collettiva di licenze, la gestione collettiva obbligatoria, le presunzioni legali di rappresentanza e la cessione dei diritti agli organismi di gestione collettiva) e che neanche la legge delega ha previsto la possibilità di modificare i regimi di gestione attualmente vigenti. Il medesimo art. 4 prevede, altresì, che, prima di assumere la gestione, l'organismo di gestione collettiva o l'entità di gestione indipendente devono fornire ai titolari dei diritti le informazioni specificamente indicate.

<sup>333</sup> MARZANO, *Gli effetti della Direttiva Barnier sul diritto d'autore*, Intervista alla rivista *Formiche*, consultabile al seguente link: <http://formiche.net/2016/12/26/cosa-cambia-con-la-direttiva-barnier/>

«In altre parole, se non si è soddisfatti della *collecting* in Italia, si può scegliere, ad esempio, una *collecting* in Spagna, Francia o Germania. Sarà poi compito della *collecting* straniera scelta incassare i diritti (anche) in Italia, attraverso gli accordi di reciproca rappresentanza che da sempre legano tra loro le *collecting* di tutto il mondo. Ma la scelta di un'altra *collecting*, tra quelle che operano nei ventotto Paesi Ue, resterebbe sulla carta se un autore o artista si trovasse dinanzi a strutture tra loro disomogenee in termini di metodi di funzionamento, organi sociali e diritti concessi ai propri iscritti. Si spiega così la ragione di norme che regolino l'adesione, la partecipazione, la gestione, i bilanci e quant'altro costituisca la vita quotidiana di una *collecting*. Da qui la necessità di avere una direttiva comunitaria che preveda regole omogenee per tutti. Insomma, niente omogeneità, niente libertà di scelta.»

Assessment.<sup>334</sup> Il documento in questione, composto da 55 pagine, è fondamentale perché al suo interno si trova tutta la linea del ragionamento fatto dalla Commissione al momento di proposta della Direttiva. È tanto importante perché si legge ad esempio che «i mercati della raccolta dei diritti off line non sono contendibili» ciò perché «la raccolta dei diritti d'autore sul territorio è operazione assai costosa; una capillare rete di mandatari che operano la riscossione, i controlli, gli incassi e quant'altro è necessaria, ampia e onerosa. Le *collecting*, per far fronte a tali costi, tendono allora ad avere un'ampia base di associati. [...] Il risultato? Semplice: sempre, o quasi sempre, si creano monopoli di fatto; i mercati *offline* in questo ambito non sono contendibili; una *collecting* che opera da sola in un determinato settore è il destino.»<sup>335</sup>

Quindi non c'è possibilità di avere competizione dell'attività di *Collecting off line*, perché i costi di gestione di un'enorme rete di agenti e mandatari spingono le società ad avere una base di iscritti enorme per compensare i costi. Per questa ragione la Commissione ha deciso di creare, attraverso gli strumenti legislativi di cui dispone, un sistema di competizione a livello europeo nel mercato della musica *online*, un settore che per le sue caratteristiche<sup>336</sup>, al contrario della raccolta di diritti offline, si presta ad una struttura competitiva su scala globale. Inoltre il mercato della musica online secondo la commissione europea è quello che usufruisce maggiormente del sistema delle *Collecting*, in media l'83% degli incassi delle *Collecting* vengono da repertori musicali. L'unificazione del mercato musicale porta però non pochi problemi. *L'impact assessment* riporta che le piattaforme devono interloquire con un grande numero di *Collecting*, con il risultato che se una piattaforma, come *Spotify*, vuole offrire la musica in tutti gli stati membri dell'Unione, deve avere a che fare con le diverse *Collecting* di ogni Stato dell'UE.

---

<sup>334</sup> COMMISSIONE EUROPEA, SWD (2012) 204 Final 11/7/2012

<sup>335</sup> MARZANO, *Gli effetti della Direttiva Barnier sul diritto d'autore*, Intervista alla rivista *Formiche*, consultabile al seguente link: <http://formiche.net/2016/12/26/cosa-cambia-con-la-direttiva-barnier/>

<sup>336</sup> Vedi capitolo 1 Par. 1.3. Grazie alla nascita di strumenti di diffusione della musica a livello globale come Napster prima e Spotify poi il mercato digitale della musica online è già da tempo considerato "libero" da parte degli utenti.

Da qui nasce il sistema delle licenze multiterritoriali<sup>337</sup>, licenze che ogni *collecting* può rilasciare a uno di questi giganti del web, con effetto su tutto il territorio dell'Ue, evitando che la piattaforma, per poter consentire acquisti e ascolto di musica, debba munirsi di ventotto licenze con le *Collecting* che operano sui rispettivi territori. Una sola licenza per tutta l'Ue.<sup>338</sup> Ma per creare un simile sistema di diffusione online della musica a livello europeo, non basta fornire gli autori della libertà di scegliere a livello europeo a quale società affidare la gestione dei diritti, bensì bisogna mettere gli autori nella condizione di compiere una scelta che sia realmente informata. Un processo informativo che può essere completato solo attraverso un sistema che sia in primo luogo omogeneo, soprattutto dal punto di vista della forma giuridica (alcune sono società di capitali, altre associazioni o fondazioni o enti pubblici)<sup>339</sup> solo una volta raggiunta questa omogeneità sarà possibile occuparsi in particolare quelle politiche di *governance and transparency*, che la direttiva pone come requisiti essenziali.

Dunque, alla luce delle considerazioni sopra riportate, possiamo affermare che, ferma restando la competizione nel settore della musica online, il mantenimento del monopolio risponde anche ad esigenze sociali, cioè che i repertori che producono meno introiti possano essere sostenuti da i repertori che ne producano di più, e di opportunità economica, cioè, nel momento in cui si pone in essere il mercato unico delle licenze multi territoriali, non favorire lo smantellamento e la frammentazione dell'ente pubblico italiano più forte del settore, come sta avvenendo nel settore dei diritti connessi.

---

<sup>337</sup> Disciplinate dal Capo III del decreto di attuazione della Direttiva, artt. 29 - 37

<sup>338</sup> Cfr. MARZANO, Atti del convegno *Gli effetti della Direttiva Barnier nel Mercato Italiano e paneuropeo della gestione dei diritti d'autore e connessi*, 8 Giugno 2016, Luiss University Press Nel suo intervento l'Autore approfondisce anche il concetto di «passaporto europeo», inteso come sistema di filtraggio per consentire «l'accesso, la permanenza e l'operatività sul mercato multi territoriale della musica online solo a quei soggetti che dispongano delle infrastrutture idonee a poter gestire licenze per la musica online ad un numero indefinito di piattaforme.»

<sup>339</sup> A tal fine rileva, per la formazione di una scelta realmente informata in capo agli artisti, anche la previsione della direttiva, recepita anche dall'art. 3 del Decreto di attuazione, di distinguere tra organismo di gestione collettiva (un soggetto che, come finalità unica o principale, gestisce diritti d'autore o diritti connessi ai diritti d'autore per conto di più di un titolare di tali diritti, a vantaggio collettivo di costoro, e che è detenuto o controllato dai propri membri, e/o non persegue fini di lucro), ed entità di gestione indipendente, (un soggetto che ha – come uniche o principali – le medesime finalità dell'organismo di gestione collettiva ma che, a differenza di questo, non è detenuto né controllato, direttamente o indirettamente, integralmente o in parte, dai titolari dei diritti, e persegue fini di lucro) in base al perseguimento dello scopo di lucro.

Il contenuto della Direttiva però non si esaurisce solo con il tema del monopolio e nelle disposizioni in tema di licenze multi territoriali nel settore della musica online, questa infatti, è molto ricca di contenuti, al punto tale da essere ritenuta la Direttiva in tema di diritto d'autore in assoluto con più norme contenute al suo interno. Ad esempio la disciplina di adesione alle *collecting*<sup>340</sup>, l'attività delle assemblee dei loro membri<sup>341</sup>, quella degli organi amministrativi e di sorveglianza<sup>342</sup>, i tempi e le modalità per la ripartizione dei diritti incassati.

Lo Schema di decreto attuativo, atto n.366, è stato sottoposto all'esame della VII Commissione della Camera dei Deputati, (Cultura, scienza e istruzione), ai sensi degli articoli 1 e 20 della legge 12 agosto 2016, n. 170. La Commissione ha, altresì, udito le persone che hanno preso parte alle audizioni informali svolte il 17 gennaio 2017, tra i quali vi è la società *Soundreef*, una società nata a Londra che si pone quale principale competitor di SIAE sul territorio nazionale, nella persona di Davide D'Atri, fondatore e legale rappresentante della società; di seguito riporto i passi salienti del suo discorso nel merito del Decreto di attuazione:

«Venendo al merito dello Schema di Decreto approvato ed ora oggetto della Commissione Cultura, il Governo ha nei fatti spacchettato l'intermediazione in tre differenti azioni:

1. Informazioni sull'utilizzo. Tutti gli operatori possono andare dagli utilizzatori a chiedere come hanno utilizzato la musica. È stato sempre un nostro suggerimento al Governo ed apprezziamo molto che sia stato accolto. È un passo molto importante verso la trasparenza nei confronti di autori ed editori. Da esso in poi la SIAE e le altre società private come Soundreef competeranno per chi fa avere più informazioni più velocemente e più chiaramente ad autori ed editori.

2. Rilascio di licenze. Tutti gli operatori possono contrattualizzare direttamente con gli utilizzatori. Anche qui il Governo sembra averci ascoltato ma ci permettiamo di suggerire di chiarire meglio tale principio al

---

<sup>340</sup> Recepita con art. 5 del decreto attuativo

<sup>341</sup> Recepita con art. 9 del decreto attuativo

<sup>342</sup> Recepita con art. 11 del decreto attuativo

fine di evitare dubbi interpretativi volti a bloccare nei fatti gli effetti della riforma.

3. Riscossione. L'atto di riscuotere i compensi dall'utilizzatore continua invece a essere riservato a SIAE. Questo non è necessariamente negativo e comprendiamo lo spirito. Il punto è che dovete aggiungere condizioni a questa semplice previsione in maniera da rispettare gli operatori che devono incassare attraverso SIAE.

A SIAE devono essere imposte, da Decreto, regole simili, per esempio, alla telecomunicazioni nel rapporto tra Telecom e gli altri operatori privati: attivazione veloce e costi di attivazione ridotti. Questo significa che SIAE deve dare agli operatori autorizzati sul territorio italiano soldi entro 30 giorni dall'incasso e non dopo oltre 12 mesi ed applicare un aggio intorno al 3% e non intorno al 20% come propone SIAE. SIAE per noi infatti farebbe solo attività di riscossione proprio come Telecom fa solo l'attivazione grazie all'ultimo miglio. Questo ci porta a concludere ricordando che un'opera è sempre proprietà dell'autore ed editore che ne dispone come desidera affidandola all'intermediario che preferisce in Europa. Se l'intermediario prescelto da autore ed editore non da mandato a SIAE in quanto le condizioni che SIAE offre non sono accettabili allora spostiamo il problema sugli utilizzatori che si troveranno nella scomodissima posizione di:

- a) pagare l'intermediario diverso da SIAE non rispettando il Decreto
- b) utilizzare illecitamente le opere incorrendo in un grave reato civile e penale.
- c) non utilizzare le opere non affidate a SIAE.»<sup>343</sup>

La Commissione ha infine espresso il suo parere favorevole, seppur con alcune osservazioni, allo Schema di Decreto il giorno 31 Gennaio 2017, facendo le seguenti considerazioni:

---

<sup>343</sup> DAVIDE D'ATRI, *Soundreef alla camera: Buona legge o disastri per autori ed editori? Questione di virgole*, 19 Gennaio 2017, Blog di Soundreef consultabile al seguente link: <http://www.soundreef.com/it/blog/1/news-2/soundreef-alla-camera-buona-legge-o-disastro-per-autori-ed-editori-questione-di-virgole>

- sul piano generale, che la globalizzazione e lo sviluppo della tecnologia digitale pongono risvolti inediti per la configurazione stessa del diritto d'autore e per la sua riscossione e che, pertanto, sarebbe utile in un prossimo futuro una seria riflessione sull'istituzione di un'autorità o di un referente unico a livello europeo e sovranazionale;
- che lo schema di decreto delegato, in linea con i criteri direttivi della legge delega, fa salva l'esclusiva della SIAE, ai sensi dell'articolo 180 della L.d.A. e ritenuto, a tale proposito, tuttavia, che questa può essere l'occasione per la medesima SIAE di rivisitare il proprio modello organizzativo e di articolare sul territorio sportelli unici per lo spettacolo, in modo da rendere sempre più efficace e *customer oriented* la propria rete di mandatarî e che, in tale contesto, potrebbe essere presa in considerazione l'ipotesi di limitare o abolire l'istituto del bollino;
- che opportunamente l'articolo 6 dello schema di decreto legislativo stabilisce che «[g]li statuti degli organismi di gestione collettiva prevedono adeguati ed efficaci meccanismi di partecipazione dei propri membri ai processi decisionali. La rappresentanza delle diverse categorie di membri nei processi decisionali deve essere equa ed equilibrata», così garantendo che l'ordinamento della SIAE assicuri spazi specifici per la rappresentanza dei titolari dei diritti minori;
- che – quanto ai diritti connessi, disciplinati nello schema di decreto legislativo nei limiti consentiti dalla direttiva 26/2014/UE e dalla legge di delegazione europea n. 170 del 2016 – potrebbe essere affidata all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCom) una funzione di depositaria dei mandati, onde garantirne la trasparenza reciproca per tutti;

e ponendo al Governo diverse condizioni per la modifica dello Schema di Decreto, tra cui rilevano in modo particolare le seguenti modifiche:

- all'articolo 45, comma 1, sulle riduzioni ed esenzioni, sia riconsiderata la formulazione dell'intero capoverso comma 2-*bis*,

al fine di renderlo maggiormente aderente a quanto previsto dalla legge delega, nonché di assicurare che, nel relativo decreto ministeriale di attuazione, gli eventi inclusi nel regime di esenzione o riduzione soddisfino tutti i requisiti, anche sotto il profilo degli adempimenti procedurali, necessari per una ragionevole e proporzionata applicazione della misura;

- all'articolo 40, rubricato come «Vigilanza» sia assicurato all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCom) un ruolo nelle funzioni di ispezione e vigilanza, anche valutando l'opportunità di indicare tale Autorità come unico soggetto responsabile per lo svolgimento di tali funzioni;
- all'articolo 23, comma 1, lettera *a*), valutare l'opportunità di prevedere ulteriori informazioni che gli utilizzatori sono chiamati a fornire, quali ad esempio, oltre al «titolo originale», anche l'artista, l'interprete o l'esecutore.<sup>344</sup>

---

<sup>344</sup> VII COMMISSIONE DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, (Cultura, scienza e istruzione), Parere espresso ai sensi degli articoli 1 e 20 della legge 12 agosto 2016, n.170 sullo Schema di Decreto attuativo della Direttiva 24/2016, atto n.366. Si segnala anche la proposta di parere contrario riportata dal deputato Luigi Gallo in seguito alla mancata abolizione del monopolio *ex lege* della Società italiana degli Autori e degli Editori quale società di gestione collettiva dei diritti nei settori della musica, delle opere letterarie, delle arti figurative, dell'audiovisivo il quale comporta l'esclusione «di fatto, dell'intervento di altri organismi ovvero di altre entità di gestione; l'Italia è l'unico Paese – oltre al Portogallo – a prevedere un'apposita disciplina normativa che attribuisca una tale riserva di competenza alla SIAE»

## IL RUOLO DEGLI INTERMEDIARI INTERNET NELLA DIFFUSIONE DELLE ATTIVITÀ CREATIVE IN RETE

L'analisi della direttiva InfoSoc che abbiamo svolto nei precedenti capitoli ci porta a comprendere i metodi tramite i quali, attraverso i servizi degli operatori del Web, vengono veicolate le informazioni su Internet. Queste informazioni spesso contengono opere protette, ciò significa che in questi casi l'attività di trasmissione delle stesse si concretizza nella realizzazione di un'attività illecita. La difficoltà di imporre un controllo efficace delle azioni di trasmissione compiute degli utenti della rete è il motivo principale per cui avvengono violazioni del diritto di riproduzione e distribuzione online. L'utente che condivide illegalmente contenuti protetti è messo in condizione, grazie ai servizi che gli vengono messi a disposizione degli operatori della rete, di poter agire quasi in completo anonimato, rendendo così molto difficile se non impossibile per l'autorità l'individuazione dell'autore dell'illecito. Eppure esistono dei soggetti in grado di controllare i comportamenti degli utenti, e quei soggetti sono proprio i fornitori di servizi della società dell'informazione, conosciuti come *Internet Service Provider*<sup>345</sup>. Si tratta di soggetti giuridici generalmente organizzati come imprese, essi rivestono un'importanza cruciale all'interno della *new economy*<sup>346</sup> per la posizione centrale ricoperta nella distribuzione delle opere digitali.

---

<sup>345</sup> *L'Internet Service Provider (ISP)* ovvero il provider è un soggetto che offre servizi per l'accesso ad Internet permettendo di collegarsi alla rete ed è uno dei principali intermediari della rete Internet. L'Internet service provider, dunque, è una struttura commerciale e non tutti gli ISP sono uguali. Ci sono ISP di primo livello che hanno una rete di interconnessione velocissima, sono internazionali e sono direttamente connessi ad altri ISP di primo livello. Tali ISP hanno connessi a loro un certo numero di ISP di secondo livello (di cui sono fornitori) che vengono detti, in questo caso, utenti. Sul punto v., I. Cassano - G. Cimino, *Diritto dell'internet*, Padova, 2009; R. Bocchini (a cura di), *I contratti di somministrazione e di servizi*, Torino, 2006; Id. e D. Valentino, *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2016; F. Tommasi, *Protocolli TCP/IP e problematiche contrattuali di accesso alla rete Internet*, in R. SirottiGaudenzi, *Trattato breve di diritto della rete. Le regole di Internet*, Rimini, 2001, p. 127. V., altresì, in dottrina, N. DeLuca - E. Tucci, *Il caso Google/Vivi Down e la responsabilità dell'internet service provider. Una materia che esige chiarezza*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2011, p. 1215; M. Castells, *The Internet Galaxy*, in Oxford University Press, 2001, p. 37 ss.

<sup>346</sup> Dall'enciclopedia Treccani, *Dizionario di Economia e Finanza*, alla voce "New Economy", consultabile al seguente link: [http://www.treccani.it/enciclopedia/new-economy-\(Dizionario-di-Economia-e-Finanza\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/new-economy-(Dizionario-di-Economia-e-Finanza)/) (Consultato Ottobre 2016). «Si definisce new economy l'insieme dei fenomeni economici, ma anche sociali e culturali, associati all'impetuoso sviluppo delle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni che ha caratterizzato l'ultimo scorcio del 20° sec. a partire dagli Stati Uniti per poi estendersi agli

Esistono diverse tipologie di Internet Service Provider:

- I *service provider*, mettono a disposizione del pubblico i servizi di circolazione delle informazioni;
- Gli *access provider*, si occupano dello sviluppo e della gestione dei portali di accesso alla rete<sup>347</sup>;
- I *content provider*, c.d. fornitori di contenuti sono coloro i quali offrono al pubblico informazioni che transitano sulla rete;
- Gli *host provider*, ospitano i *content provider* mettendo a disposizione una porzione del proprio disco rigido, di cui, però, resta proprietario al fine di veicolare le informazioni che si intendono diffondere in rete.

La domanda che ci porremo in questo capitolo è se questi soggetti possono essere chiamati a rispondere delle violazioni del diritto d'autore commesse su Internet da utenti che hanno utilizzato i loro servizi, questa forma di responsabilità andrebbe qualificata come una responsabilità oggettiva, perché finalizzata a perseguire non l'autore dell'illecito, bensì un soggetto diverso.

La configurazione di forme di responsabilità oggettiva dei *provider* è stata molto dibattuta:

- Da un lato, l'individuazione dell'ISP quale responsabile per tutti gli illeciti commessi dai terzi che hanno usufruito dei servizi da lui messi a disposizione, ha il vantaggio di espandere in maniera significativa la tutela della posizione del titolare dei diritti che potrebbe così contare su un risarcimento assicurato, anche in assenza di forme di colpevolezza del provider. Infatti il soggetto danneggiato solitamente preferisce citare in giudizio il *provider* in quanto soggetto sempre conosciuto che può certamente contare sulla stabilità economica.
- Dall'altro lato c'è anche chi sostiene che nei confronti dell'ISP andrebbe configurata una responsabilità di tipo colposo o addirittura nessuna forma di responsabilità. In un approccio iniziale si era

---

altri Paesi industrializzati. Le imprese appartenenti ai settori economici da cui trae origine questo sviluppo si sono caratterizzate per ritmi di crescita sostenuti e hanno dato vita a un mercato estremamente ampio e dinamico.»

<sup>347</sup> Dietro la stipulazione di un contratto di fornitura essi offrono agli utenti il servizio di connettività; gli *access provider* hanno un ruolo fondamentale nella distribuzione dei contenuti, infatti la possibilità per gli utenti di connettersi tra loro è indispensabile per consentire la fruizione online dei contenuti.

evidenziato come l'Unione Europea aveva cercato di alleggerire la responsabilità dei *provider*, per aiutare l'iniziativa economica privata nella fase pionieristica del settore.<sup>348</sup> Ma questa scelta, una volta esaurita la fase di lancio del settore, necessita di essere seguita, come è sempre accaduto nella storia della responsabilità civile, dalla previsione di una disciplina della responsabilità più forte e più rigorosa a tutela della qualità dei *web services* resi agli utenti finali.<sup>349</sup>

Il dibattito sulla responsabilità dei provider, inoltre, ci porta a riflettere sulla reale portata degli obblighi di sorveglianza che gli sono attribuiti in capo agli ISP, se questi infatti fossero investiti di un preciso dovere di sorvegliare l'operato degli utenti della rete, questa previsione si ripercuoterebbe soprattutto sul piano sociale. Le limitazioni dell'immunità degli ISP comporterebbero così il rischio di una «censura collaterale»<sup>350</sup>, poiché l'intervento di questi non si concretizzerebbe solo nel controllare che le informazioni che vengono fatte circolare tramite i propri servizi siano conformi alla legge, bensì il timore di essere sanzionati indurrebbe i *provider* a rimuovere anche informazioni lecite, nel timore di essere esposto a responsabilità.<sup>351</sup> Per queste ragioni possiamo affermare che la natura di impresa privata mal si concilia con questa attività di controllo che dovrebbe spettare ad un potere pubblico.<sup>352</sup> Inoltre da un punto di vista prettamente giuridico, la configurazione in capo all'ISP di una forma di responsabilità oggettiva dovuta al mancato controllo dei contenuti telematici condivisi tra gli utenti, escluderebbe a priori qualsiasi possibilità per i *provider* di provare la propria estraneità, ciò perché oggi è ancora impossibile, oltre che

---

<sup>348</sup> Una riflessione molto interessante sul rapporto tra tutela della privacy e gli interessi economici dei provider è fatta da S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.

<sup>349</sup> V. R. BOCCHINI, *La responsabilità degli Internet Provider nella convergenza tecnologica*, in *Comunicazione e nuove tecnologie. New media e tutela dei diritti* a cura di A. Papa, Roma, 2011

<sup>350</sup> Questo perché ovviamente il timore di ricevere delle sanzioni porterebbe ad un controllo degli ISP sempre più invasivo nei confronti degli utenti. Questo è il principale motivo per cui la giurisprudenza statunitense ha sempre riconosciuto la più ampia tutela al provider che ospiti informazioni accessibili al pubblico. Per approfondire il concetto di «censura collaterale» nella letteratura statunitense v. BALKIN, *The future of free expression in a digital age*, *Pepperdine Law Review*, 2008, e ROSEN, *The right to be forgotten*, *Stanford Law Review Online*, 2012.

<sup>351</sup> Cfr. G. SARTOR e M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google e i rapporti regolatori USA/EU in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, fasc.4-5, 2014, p. 657

<sup>352</sup> Sul punto in questione si è espresso anche il TRIBUNALE DI ROMA, sez. IX civile, ordinanza 09/02/2007 «Peppermint»

inopportuno, per l'enorme quantità di dati che vengono diffusi in rete ogni giorno, predisporre un sistema efficace di filtraggio dei contenuti. Per questi motivi il legislatore ha deciso di non prevedere un regime di responsabilità oggettiva ma di basarsi sul criterio della colpa. Nella prestazione dei propri servizi dunque l'ISP deve conformarsi con specifiche regole di condotta, in violazione delle quali sarà chiamato a rispondere di eventuali lesioni degli interessi dei terzi. Così facendo la responsabilità dell'intermediario si concretizza solo in presenza di una condotta omissiva, e va ad aggiungersi alla responsabilità dell'autore dell'illecito. Questa scelta esprime un bilanciamento tra interessi contrapposti: il diritto del titolare ad ottenere il risarcimento per il danno subito e dall'altro la libertà di espressione e manifestazione del pensiero; al tempo stesso si consente ai *providers* di rispondere dei danni solo quando vi sia una reale negligenza, ad essi imputabile, nell'adozione delle misure preventive previste dalla legge.

Nonostante questo permane il problema dell'individuazione degli utenti che, tramite l'utilizzo di programmi di condivisione di files, effettuino *download* illegale di materiale protetto da diritto d'autore.<sup>353</sup> Per la repressione di questo tipo di illeciti è assolutamente necessario un maggiore coinvolgimento degli ISP<sup>354</sup> in quanto commessi tramite l'abuso della facoltà connettive da essi messe a disposizione degli utenti tramite appositi accordi contrattuali.<sup>355</sup>

Per quanto riguarda la natura del contratto stipulato tra i provider e gli utenti fruitori del servizio, esso dipende dalla natura del provider stesso.

---

<sup>353</sup> Problema che resta di difficile soluzione perché, come si legge nella Relazione annuale del Garante della Privacy del 2007 «Non è possibile per gli utenti privati svolgere attività di monitoraggio sistematico finalizzato all'individuazione di utenti che si scambiano file su internet.» Questo per la tutela del diritto alla riservatezza, come affermato anche dal Tribunale di Roma nel già citato caso «Peppermint», il quale ha ribadito che tali controlli spettano solo alla pubblica autorità.

<sup>354</sup> Di questo si è occupato il legislatore comunitario nella direttiva 29/2001/CE InfoSoc, ad esempio nel Considerando 59 è espressamente ricordato che, in ambito digitale, i servizi messi a disposizione dagli ISP possono essere utilizzati per il compimento di attività illecite e gli intermediari sono individuati come i soggetti che meglio di tutti possono porre fine a queste attività.

<sup>355</sup> MAIETTA, Angelo. *Il sistema delle responsabilità nelle comunicazioni via Internet in* CASSANO, Giuseppe; CIMINO, Iacopo Pietro, *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche*. CEDAM 2008. Pag.514. L'A. approfondisce la bipartizione tra responsabilità contrattuale, derivante dalla violazione degli obblighi convenzionalmente assunti dai *providers* e responsabilità extracontrattuale connessa alla commissione di illeciti aquiliani. Quest'ultima in particolare è oggetto di una specifica disciplina normativa, quale è quella delineata degli artt. 14-17 D.Lgs. 70/2003, che ha recepito la direttiva eCommerce.

Per quanto riguarda l'*host provider* ad esempio la giurisprudenza<sup>356</sup> ritiene che si tratti di appalto di servizi, anche se spesso viene confuso con il contratto di locazione, mentre una dottrina minoritaria sostiene che si tratti di somministrazione<sup>357</sup>. Infatti il contratto in questione contiene elementi tipici di entrambe le fattispecie.<sup>358</sup> All'appalto di servizi si suole ricondurre anche il contratto fra *access provider* e *content provider* dal momento che anche in questo caso la prestazione contrattuale consiste nella fornitura di un servizio a carattere continuativo.

### **1)La direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE e le proposte di riforma**

Le principali fonti normative in ambito europeo che si occupano specificamente della responsabilità degli operatori del web, cioè dei fornitori di servizi della società dell'informazione<sup>359</sup>, sono:

- La già citata Direttiva 2001/29/CE cd. InfoSoc, in materia di Copyright. La quale si occupa di disciplinare il traffico delle opere protette da diritto d'autore attraverso i servizi degli operatori del Web.
- La direttiva 2000/31/CE «relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico» cd. eCommerce. Lo scopo principale della direttiva è di creare un contesto armonizzato globale di parità di trattamento tra gli operatori del Web.

---

<sup>356</sup> Secondo una sentenza del 2001 del Tribunale di Prato: «Il contratto tra l'utente e un soggetto che svolga attività di provider, ha la natura di appalto di servizi»

<sup>357</sup> L'art.1570 c.c. detta un criterio di gerarchia tra le norme in materia di appalto e quelle di somministrazione, affermando che «Si applicano alla somministrazione, in quanto compatibili con le disposizioni che precedono, anche le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni.» Ma la dottrina maggioritaria è di opinione contraria in quanto ritiene che la somministrazione non possa avere ad oggetto i servizi, come si deduce dall'art.1559 c.c. «prestazioni periodiche o continuative di cose».

<sup>358</sup> Infatti l'art. 1677 c.c. dispone che « Se l'appalto ha per oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi, si osservano, in quanto compatibili, le norme di questo capo e quelle relative al contratto di somministrazione.»

<sup>359</sup> Con particolare riguardo alla responsabilità delle tre figure di intermediari previste dalla Direttiva E-Commerce: i fornitori di *Mere conduit*, *caching e hosting*.

- La direttiva 2004/48/CE cd. Enforcement. La direttiva riconosce l'assoluta necessità che gli stati membri muniscano i titolari dei diritti degli strumenti necessari per la tutela delle opere.

La più importante di queste è sicuramente la direttiva eCommerce, che all'art. 2 ci aiuta ad individuare gli elementi caratterizzanti dei «servizi della società dell'informazione»; si tratta di servizi che avvengono dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale. Possiamo notare subito come si tratti di una definizione molto ampia che abbraccia una vasta gamma di operatori, quindi, come già la corte di giustizia ha evidenziato<sup>360</sup>, rientrano in questi servizi anche *marketplace* come Ebay e Amazon o ancora i fornitori di servizi di advertising del web (*Google Adwords*) o ancora i quotidiani digitali e piattaforme di *social network*. E' bene notare che, tra i considerando della direttiva, si fa espressa esclusione dei servizi televisivi ordinari perché mancherebbe uno degli elementi principali che è quello della richiesta individuale del servizio, elemento invece presente nei servizi *on demand*.

Prima dell'entrata in vigore della Direttiva eCommerce la responsabilità del provider era sottoposta alla disciplina generale della responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. potendosi quindi configurare solo nei casi in cui il provider avesse contribuito attivamente al danneggiamento di un interesse tutelato tramite una condotta contraddistinta dagli elementi del dolo o della colpa. Ma l'inadeguatezza di questo sistema in ambiente digitale non tardò a mostrarsi, e per questo andavano già delineandosi ipotesi di una responsabilità oggettiva<sup>361</sup> a carico degli ISP per informazioni e dati pubblicati da terzi tramite i servizi da essi messi a disposizione, indipendentemente dal grado di partecipazione di questi nell'illecito. Da qui nasce l'esigenza di nuove norme in grado di definire i presupposti, i limiti e gli ambiti di applicazione della responsabilità dell'ISP.

---

<sup>360</sup> Corte giustizia UE, sez. III, 16/02/2012, n. 360

<sup>361</sup> DE LUCA-TUCCI, *Il caso Google/Vivi Down e la responsabilità dell'internet service provider. Una materia che esige chiarezza*, in *Giur. comm.*, 2011, p. 1215 e ss. «Si affermava l'equiparabilità del provider al direttore del giornale, donde l'obbligo anche per il primo di evitare e non agevolare comportamenti illeciti dei suoi utenti. Si è tentato di riconoscere in capo all'ISP una responsabilità oggettiva, ai sensi dell'art. 2050 c.c., equiparando il provider all'esercente attività pericolosa con il conseguente aggravamento dell'onere della prova per lo stesso, chiamato a rispondere del fatto illecito di un qualsiasi utilizzatore del web, ove non fosse in grado di provare di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno.»

L'intervento armonizzatore comunitario si è posto l'obiettivo di rimediare alla mancanza di coerenza tra le normative nazionali in materia. Pur non disciplinando la materia in modo esaustivo, il legislatore comunitario è intervenuto per enucleare alcune fattispecie di esonero da responsabilità a favore degli intermediari internet, e per sancire l'assenza a loro carico di un obbligo generale di sorveglianza sui dati trasmessi e memorizzati dagli utenti. L'obiettivo finale, che risalta in modo particolare dall'analisi dei considerando della direttiva, è ovviamente quello di agevolare lo sviluppo del commercio elettronico nel mercato interno, stabilendo un quadro giuridico generale chiaro per promuovere la certezza del diritto e l'innalzamento del livello di fiducia dei consumatori.<sup>362</sup>

Si tratta di obiettivi ambiziosi che mettono in risalto il ruolo delicato nel quale la disciplina giuridica dell'e-commerce si pone, cioè esattamente al centro di nuove istanze sociali ed economiche molto spesso in contrasto tra loro, infatti «da una parte la conoscenza può essere vista come la più promettente risorsa economica dell'era postindustriale (*Knowledge economy*), dall'altra bisogna porre l'accento sul valore della conoscenza come strumento di inclusione indispensabile per la crescita degli individui e delle aggregazioni sociali (*Knowledge society*)».<sup>363</sup>

---

<sup>362</sup> P. SANNA, *Il regime di responsabilità dei providers intermediari di servizi della società dell'informazione* in *Resp. civ. e prev.*, Fasc. 1, 2004, p. 279

<sup>363</sup> Per la distinzione tra «*Knowledge economy*» e «*Knowledge society*» vedi A.BERTONI; M.MONTAGNANI, *La modernizzazione del diritto d'autore e il ruolo degli intermediari internet quali propulsori delle attività creative in rete*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, fasc. 1, p. 111 «Una prima impostazione contempla la nascita di un nuovo modello economico per la crescita e la competitività dei paesi. In questo modello la conoscenza e la creatività fungono da volano per l'innovazione, considerata fattore di estrema rilevanza per le economie nazionali poiché essenziale per l'incremento della produttività. Lo strumento di internet ha la capacità di contribuire ad un aumento di produttività delle imprese attraverso l'abbattimento di numerosi costi nonché di rappresentare il motore per la nascita delle emergenti iniziative imprenditoriali basate sull'uso dell'informazione. Proprio dalla combinazione di internet e tecnologia digitale trae origine quel processo di evoluzione economica basato sulla generazione e sul trattamento delle informazioni che ha gradualmente condotto alla *Knowledge Economy*. Una seconda impostazione pone invece maggiormente l'accento sulla conoscenza come risorsa dal valore elevato per la società nel suo complesso alla luce del suo ruolo fondamentale nell'*empowerment* delle comunità e degli individui che le compongono. La diffusione capillare della rete quale mezzo tecnico volto allo scambio di informazioni ma prima di tutto la possibilità di accesso alla conoscenza rappresentano i pilastri della *Knowledge Society*. L'impulso propositivo esercitato dalla cultura verso l'innovazione rappresenta il possibile punto di convergenza tra le disallineate concezioni *business-oriented* e *citizen-oriented* della cultura.»

Quindi la primaria esigenza alla quale la normativa europea è chiamata a rispondere positivamente riguarda l'incentivazione di una politica di «uniformazione progressiva e sopranazionale delle regole, non fosse altro per ragioni di garanzia, efficienza e competitività delle imprese del settore, interessate da meccanismi di globalizzazione delle dinamiche di mercato.»<sup>364</sup>

La Direttiva eCommerce è stata fortemente influenzata, soprattutto dal *Digital Millennium Copyright Act* statunitense dal quale riprende la classificazione degli operatori in base alle attività svolte<sup>365</sup>, ma non solo. Infatti alcune costruzioni normative sono riprese anche dal modello tedesco, il *Teledienstegesetz* del 1997, individuato da autorevole dottrina come il modello prevalente che «limitandosi a fissare i presupposti, giuridici e tecnici, per l'esenzione da responsabilità degli intermediari e non sancendo una disciplina tipica dell'illecito, lascia aperto il rinvio alle regole ordinaria della responsabilità aquiliana»<sup>366</sup>. La disciplina tedesca si discosta dal DMCA per quanto riguarda il criterio d'imputazione, definito dalla dottrina come «orizzontale», perché prescinde dal tipo di illecito commesso dagli utilizzatori del servizio e si focalizza solo sulla tipologia del fornitore del servizio. Nell'ordinamento statunitense invece la responsabilità dell'ISP è stata definita in maniera «verticale», secondo il tipo di violazione commessa.<sup>367</sup>

Come la disciplina interna tedesca così anche la Direttiva eCommerce prevede casi di responsabilità sia civile che penale, una scelta che conferma ulteriormente il rapporto di «continuità ed intersezione»<sup>368</sup> tra diritto civile e penale in ambito informatico.

---

<sup>364</sup> S.SICA, *Recepita la direttiva sul commercio elettronico: commento al d.lgs. 70/03* in *Corriere Giuridico*, vol. 9, p.1225 e ss., 2003; Per ulteriori approfondimenti vedi anche S.SICA - P. STANZIONE, *Commercio elettronico e categorie civilistiche*. Milano, 2002; Invece per una analisi dei profili critici della normativa V. ZENO-ZENCOVICH, *Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata dal d.lgs. n. 70/2003*, in *Dir. inf.*, 505 e ss..

<sup>365</sup> Anche se vi sono differenze significative per quanto riguarda i soggetti responsabili. La Direttiva, a differenza del DMCA, non prevede come tali i motori di ricerca. Così come confermato dalla Sentenza del Tribunale di Roma del 11 Luglio 2011 cd. *About Elly*.

<sup>366</sup> S. SICA, *Il sistema delle responsabilità*, in G. COMANDÈ - S. SICA, *Il commercio elettronico, profili giuridici*, Torino, 2001, 220 e ss.

<sup>367</sup> G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli Internet providers*, p. 200 e ss., Torino, 2002

<sup>368</sup> V. ZENO-ZENCOVICH, *Rapporti fra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni su Internet* in *Dir.inf.*, 1999, p.1050

### 1.1) La norma di recepimento: il D.Lgs. 9 Aprile 2003, n.70

Il principale riferimento normativo italiano che stabilisce il regime di responsabilità dei *provider* è il D.Lgs 9 Aprile 2003, n.70 emanato in attuazione della direttiva 2000/31/CE. Specialmente gli articoli da 14, 15, 16 e 17 i quali operano la differenziazione delle condizioni integranti la responsabilità dell'intermediario in base al ruolo realmente giocato nel compimento di un atto illecito su Internet. L'intento della normativa è di armonizzare i profili di responsabilità degli intermediari, superando le divergenti normative nazionali e le diverse interpretazioni dei giudici territoriali.<sup>369</sup> È stato introdotto un principio generale in base al quale non è previsto nessun obbligo relativo alla sorveglianza e nessun comportamento attivo che comporti la ricerca di attività illecite commesse dai terzi e connesse al trasferimento ed alla memorizzazione di informazioni. L'unico obbligo di cui si fanno carico gli ISP è quello di informare prontamente le pubbliche autorità su eventuali presunte attività o materiali illeciti dei destinatari dei loro servizi dei quali vengano a conoscenza oppure comunicare alle stesse autorità, su specifica richiesta, le informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati. Il giudice sarà quindi chiamato a valutare se il provider abbia in qualsiasi modo influito sulle informazioni, e solo in tal caso potrà ritenersi responsabile. Per poter compiere questa valutazione dovremo considerare l'attività effettivamente svolta e distinguere la mera attività di intermediazione tecnica dalle condotte attive di partecipazione alla commissione dell'illecito. Questa previsione di un esonero di responsabilità dell'ISP risulta eccezionale rispetto al sistema generale della responsabilità civile. Per tale ragione i casi indicati nel decreto devono considerarsi tassativi e vanno interpretati restrittivamente.<sup>370</sup> Nei capitoli successivi faremo riferimento a tre distinti casi, o meglio attività dei prestatori di servizi.

---

<sup>369</sup> ANDREOLA, *Profili di responsabilità civile del motore di ricerca* in *Nuova giur.civ. comm.*, 2012

<sup>370</sup> M. COCUCCHIO, *La responsabilità civile per fatto illecito dell'Internet Service Provider* in *Responsabilità civile e Previdenza*, fasc. 4, p. 1321, 2015

## 1.2) **La proposta di legge Centemero e l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza**

Come detto in precedenza, l'avvento delle nuove tecnologie e la loro capacità di modificare il tessuto sociale hanno fatto emergere l'inadeguatezza dei tradizionali sistemi della responsabilità aquiliana per la risoluzione delle controversie nella società dei servizi dell'informazione. Più diventa difficile rintracciare geograficamente le attività svolte sul *web*, più diventa difficile individuare quale diritto sia applicabile e quale sia la giurisdizione relativa. La soluzione sarebbe la creazione di un diritto comune ed uniforme che permetterebbe quella certezza giuridica idonea a spingere operatori, utenti ed amministratori ad acquisire totale fiducia dello strumento di comunicazione. Con questo scopo fu presentata, il 26 Luglio 2011, ad iniziativa di alcuni deputati dell' allora maggioranza, la proposta di legge n. 4549 «Modifica degli articoli 16 e 17 del decreto legislativo 9 aprile 2003 n. 70, in materia di responsabilità e di obblighi dei prestatori di servizi dell'informazione e per il contrasto delle violazioni dei diritti di proprietà operate mediante la rete internet» (c.d. «Proposta Centemero»).<sup>371</sup> Lo scopo della proposta, costituita da due soli articoli, era di introdurre nuovi profili di responsabilità dell'ISP integrando gli artt. 16 e 17 del d.lgs. del 9 aprile 2003, n. 70<sup>372</sup> come segue:

---

<sup>371</sup> CAMERA DEI DEPUTATI, Atti Parlamentari XVI Legislatura, Proposta di legge n. 4549, 26 Luglio 2011 « Onorevoli colleghi. La contraffazione a mezzo della rete internet, così come la vendita attraverso questi canali telematici di prodotti la cui commercializzazione è riservata a canali regolamentati (come i farmaci), con conseguenze pregiudizievoli di estrema gravità sia per i titolari dei diritti di proprietà industriale violati, sia per la sicurezza e per la stessa salute dei cittadini (che anche la contraffazione mette spesso in pericolo, poiché i falsi sono spesso anche pericolosi o sono realizzati in modo non conforme alle prescrizioni sulla sicurezza dei prodotti) sta divenendo un problema sempre più grave, che raggiunge proporzioni di giorno in giorno più allarmanti. Questo problema ha assunto certamente un rilievo che non poteva essere previsto al momento dell'adozione della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, e nemmeno in quello dell'attuazione di essa nel nostro Paese, con il decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, emanato in forza della delega conferita al Governo dalla legge 1o marzo 2002, n. 39 (Legge comunitaria 2001), che non ha colto tutte le opportunità offerte dalla direttiva per delineare una soluzione equilibrata al problema della responsabilità degli internet service provider e, più in generale, dei fornitori di servizi via web.»

<sup>372</sup> Il D.Lgs. n. 70/2003 prevede l'obbligo dell'ISP di agire immediatamente per rimuovere dal proprio sito le informazioni rivelatesi illecite o per disabilitarne l'accesso, a seguito di apposita comunicazione da parte delle autorità competenti (cfr. art.16), e l'assenza, in capo all'ISP, di un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni trasmesse o memorizzate, nonché l'assenza dell'obbligo di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite (cfr. art. 17).

- L'obbligo dell'ISP di rimuovere le informazioni illecite o disabilitarne l'accesso anche a seguito di apposita comunicazione «da parte di qualunque soggetto interessato» e non più soltanto da parte delle autorità competenti (cfr. art. 1 della Proposta);<sup>373</sup>
- Mantenendo l'assenza, in capo all'ISP, di un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni trasmesse o memorizzate, ma prevedendo per altro verso l'esclusione del *safe harbor* di cui godono gli ISP ai sensi del D.Lgs. n. 70/2003 per coloro che «prestano anche strumenti o servizi ulteriori, in particolare di carattere organizzativo o promozionale [...]», e l'imposizione in capo a tutti gli ISP di un «dovere di diligenza» finalizzato a «individuare e prevenire taluni tipi di attività illecite» che dovrebbe comportare l'adozione di filtri che impediscano la circolazione di contenuti in violazione di diritti di proprietà intellettuale o industriale, anteriormente alla messa on line dei contenuti medesimi (cfr. art. 2 della Proposta).<sup>374</sup>

---

<sup>373</sup> Art. 1 Proposta di Legge n. 4549 che avrebbe dovuto sostituire l'articolo 16 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, con il seguente: «Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente a conoscenza 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'illiceità dell'attività o dell'informazione, avvalendosi a tal fine di tutte le informazioni di cui disponga, incluse quelle che gli sono state fornite dai titolari dei diritti violati dall'attività o dall'informazione, anche in relazione ad attività o a informazioni illecite precedentemente memorizzate dal prestatore a richiesta dello stesso o di altri destinatari del servizio; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti o di qualunque soggetto interessato, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore. 3. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse ».

<sup>374</sup> Art. 2 Proposta di Legge n.4549 che avrebbe dovuto sostituire l'articolo 17 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, con il seguente: «Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

Fatte salve le disposizioni di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore è comunque tenuto: a) ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione; b) a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano

---

l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e di prevenire attività illecite.

Il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente.

In ogni caso le esenzioni e le deroghe in materia di responsabilità previste dal presente decreto non si applicano: a) al prestatore che deliberatamente collabori con un destinatario del suo servizio al fine di commettere atti illeciti; b) al prestatore che metta a disposizione del destinatario dei suoi servizi oggetto del presente decreto, o comunque fornisca o presti a suo favore, anche strumenti o servizi ulteriori, in particolare di carattere organizzativo o promozionale, ovvero adotti modalità di presentazione delle informazioni non necessarie ai fini dell'espletamento dei servizi oggetto del presente decreto, che siano idonei ad agevolare o a promuovere la messa in commercio di prodotti o di servizi ad opera del destinatario del servizio; c) al prestatore che non abbia adempiuto al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi da esso e che è previsto dal diritto al fine di individuare e di prevenire taluni tipi di attività illecite.

In particolare, al fine di prevenire la violazione dei diritti di proprietà industriale, di cui al decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, tale dovere di diligenza comprende tra l'altro: l'adozione di misure che consentano di agevolare l'identificazione dei destinatari dei suoi servizi che agiscano nel commercio; l'adozione di filtri tecnicamente adeguati che non abilitino l'accesso ad informazioni dirette a promuovere o comunque ad agevolare la messa in commercio di prodotti o di servizi, in quanto tali informazioni contengano parole chiave che, negli usi normali del commercio, indicano abitualmente che i prodotti o i servizi a cui si applicano non sono originali, usate isolatamente o in abbinamento a un marchio o a un segno distintivo di cui il destinatario del servizio non abbia dimostrato di essere il titolare o il licenziatario; l'adozione di filtri tecnicamente adeguati che non abilitino l'accesso ad informazioni dirette a promuovere o comunque ad agevolare la messa in commercio di prodotti o di servizi la cui descrizione corrisponde alla descrizione di prodotti o di servizi contraffattori, che i titolari dei diritti di proprietà industriale ad essi relativi abbiano preventivamente comunicate al prestatore del servizio; l'esercizio di tali filtri anteriormente alla messa on line dell'informazione; la pubblicazione all'interno del sito del prestatore del servizio, in modo chiaro e visibile, di tale regola di esclusione; la sospensione della fruizione dei servizi dei destinatari di tali servizi che pongono in esame violazioni dei diritti di proprietà industriale per evitare che siano commesse nuove violazioni della stessa natura da parte degli stessi soggetti. Al fine di prevenire la violazione delle norme sulla commercializzazione di prodotti o di servizi soggetti a limitazioni legali nella vendita o nella fornitura, tale dovere di diligenza comprende tra l'altro: l'adozione di filtri tecnicamente adeguati che non abilitino l'accesso ad informazioni dirette a promuovere o comunque ad agevolare la messa in commercio di prodotti o di servizi, la cui commercializzazione è riservata a canali di vendita o di fornitura particolari o richiede la prescrizione medica; l'esercizio di tali filtri anteriormente alla messa on line dell'informazione; la pubblicazione all'interno del sito del prestatore del servizio, in modo chiaro e visibile, di tale regola di esclusione. Le esenzioni e le deroghe in materia di responsabilità previste dal presente decreto lasciano impregiudicata la possibilità di azioni inibitorie di altro tipo e, in particolare, delle azioni inibitorie previste dal codice della proprietà industriale, di cui al decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, e dalla legge 22 aprile 1941, n. 633, che obbligano a porre fine a una violazione di diritti della proprietà industriale o intellettuale o ad impedirla, anche con la rimozione dell'informazione illecita o con la disabilitazione dell'accesso alla medesima ».

La Proposta di legge Centemero, dopo essere stata discussa, non è riuscita a diventare legge. Fu assegnata alla Commissione Attività produttive ma non fu mai trattata ampiamente.<sup>375</sup> Anzi la proposta ha subito molte aspre critiche, principalmente perché cercava di imporre ai provider una serie di misure preventive che avrebbero comportato per loro degli oneri economici non irrilevanti. La critica più aspra riguardava il fatto che le conseguenze di questi oneri potessero riversarsi sugli utenti della Rete. Oggi però ci si chiede se i tempi odierni non siano maturi per un altro nuovo intervento legislativo in materia, soprattutto riguardo l'esclusione del *safe harbor* per tutti gli ISP che prestano anche «servizi di carattere organizzativo o promozionale», e l'imposizione in capo a tutti gli ISP di un «sistema di filtraggio» mirato e preventivo. Pur essendo molto onerose per i provider, queste attività sarebbero giustificate dal loro forte valore sociale contro la pirateria. Inoltre bisogna considerare ruolo di primo piano assunto nel tempo dai provider stessi nello scenario economico mondiale, e soprattutto nella diffusione del diritto d'autore. Molto spesso, infatti, questi soggetti si trovano a monitorare e gestire una mole immensa di dati, utilizzati principalmente per fare analisi di mercato e a scopi di *marketing*, questo, unitamente al continuo avanzare del progresso tecnologico, potrebbe portare sul lungo periodo ad un ripensamento circa la fattibilità o meno di un sistema di filtraggio su larga scala. Vista la rilevanza economica degli interessi in gioco, ripensare il ruolo degli ISP come garanti dei diritti dei titolari, pur con la conseguente compressione della loro libertà economica e d'impresa, potrebbe rappresentare una drastica soluzione ad un problema che appare altrimenti di difficile soluzione: il dilagare della pirateria informatica. In sostanza si tratterebbe di un sacrificio per un bene più grande. Attualmente però, anche alla luce degli insegnamenti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>376</sup>, sembra che i tempi di una simile presa di posizione non siano ancora maturi, essendo preferibile puntare su una campagna educativa degli utenti unitamente a strumenti di controllo apposti dai titolari dei diritti stessi.

---

<sup>375</sup> È possibile visualizzarne l'iter legislativo sul sito istituzionale della Camera dei Deputati. Consultabile al seguente link: <http://leg16.camera.it/126?tab=1&leg=16&idDocumento=4549&sede=&tipo=>

<sup>376</sup> Che, specialmente nel caso *Sabam vs. Scarlet*, ha lasciato intendere come la predisposizione di simili strumenti senza limiti di natura temporale tempo e a spese esclusive dell'ISP, non sia conforme alla normativa comunitaria sul commercio elettronico come interpretata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Vedi Capitolo 3, Par. 3.1

## 2) Le attività dei prestatori di servizi in rete

Nella recezione da parte del legislatore italiano della Direttiva eCommerce rileva in modo particolare la decisione di non tradurre le definizioni contenute negli artt.12 – 14 della Direttiva ma di continuare ad utilizzare termini stranieri per identificare le varie attività dei prestatori di servizi in rete. Questa scelta è sicuramente da apprezzare perché perfettamente conforme al carattere internazionale del tema trattato.

All'interno del genus dei servizi della società dell'informazione la direttiva eCommerce si occupa di tre figure di intermediari:

- a) Il fornitore di servizi di *Mere Conduit*;<sup>377</sup>
- b) Il fornitore di servizi di *Caching*;<sup>378</sup>
- c) Il fornitore di servizi di *Hosting*;<sup>379</sup>

Per quanto riguarda il primo di questi operatori, si considera fornitore di servizi di *Mere Conduit* colui che svolge attività di trasmissione di dati ed oltre a trasmettere fornisce anche l'accesso alla rete, come ad esempio gli operatori telefonici che mettono a disposizione degli utenti le reti Wi-Fi.

Il fornitore di servizi di *Caching*, si occupa della memorizzazione intermedia e temporanea di dati. Come vedremo nei capitoli successivi, nell'elaborazione giurisprudenziale questa figura è stata identificata anche negli operatori che forniscono servizi di ricerca, i cd motori di ricerca, come ad esempio Google. Questa interpretazione rappresenta un'evoluzione perché questi soggetti non sono espressamente menzionati dalla direttiva tra i fornitori di servizi di *Caching*.

La terza categoria invece riguarda i fornitori di servizi di *Hosting*, cd *Hosting Provider*, questo è il titolo con cui è rubricato l'articolo 14 della Direttiva eCommerce; si tratta appunto del fornitore di servizi di memorizzazione non temporanea, quindi permanente, di dati e informazioni.<sup>380</sup>

Vediamo a quale condizioni gli intermediari possono essere considerati responsabili, il dettato normativo della direttiva eCommerce elenca delle

---

<sup>377</sup> Art. 12 Direttiva 2000/31/CE

<sup>378</sup> Art. 13 Direttiva 2000/31/CE

<sup>379</sup> Art. 14 Direttiva 2000/31/CE

<sup>380</sup> La direttiva parla di memorizzazione di dati mentre nel DMCA si parla di «*storage*», quindi mera attività di stoccaggio, elemento importante perché è stato oggetto di differenti interpretazioni da parte della giurisprudenza statunitense.

condizioni al ricorrere delle quali è possibile riconoscere un'esenzione dalla responsabilità, si parla infatti di deroghe della responsabilità ordinaria in presenza di attività meramente tecnica, automatica e passiva, l'attività è tale quando manca un'attività di controllo sul dato che viene memorizzato o trasmesso. È bene evidenziare il carattere di eccezionalità delle deroghe, che ricorrono solo in presenza delle suddette condizioni.

Dunque, perché vi siano deroghe, l'operatore non deve né conoscere né in alcun modo controllare il dato che viene memorizzato o trasmesso e ancora la deroga non ci sarà laddove, al contrario, c'è un'attività di collaborazione dell'operatore con il terzo nel compimento dell'attività illecita. Queste regole si applicano trasversalmente a tutti gli intermediari, vediamo invece adesso nel dettaglio quali regole si applicano al regime di esenzioni e limitazioni della responsabilità delle singole figure di *Internet Service Provider*.

## **2.1) Trasporto di informazioni: Mere Conduit**

L'articolo 12 della direttiva subordina il regime di limitazioni della responsabilità al ricorrere di tutta una serie di condizioni, il fornitore di *Mere Conduit* non deve compiere nessuna attività di selezione o modifica dell'informazione come:

- Dare origine alla trasmissione;
- Selezionare il destinatario della trasmissione;
- Intervenire sull'informazione veicolata;

La norma è stata recepita dall'art. 14 del Decreto Legislativo 70/2003 rubricato «Responsabilità nell'attività di semplice trasporto - mere conduit» che sancisce testualmente che la prestazione di un servizio della società dell'informazione consiste nel «trasmettere su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione».

La norma riprende fedelmente la direttiva nell'elenco tassativo delle attività che il provider deve astenersi dal compiere per essere esentato dalla responsabilità. Qualora il fornitore di servizi compia una delle attività ivi descritte allora ciò qualificerebbe il suo comportamento come un illecito e sarebbe esposto all'obbligo di risarcire i danni che ne derivino. Queste tre condizioni presentano un'identità di ratio legis, ovvero il superamento del

limite che qualifichi l'attività dell'intermediario come mero trasporto di dati e informazioni. Infatti il prestatore di servizi che dia anche origine alla trasmissione non potrebbe qualificarsi come tale, perché un simile comportamento escluderebbe a priori la presunta estraneità del provider rispetto ai contenuti trasmessi; ugualmente nel caso in cui il provider selezioni direttamente i soggetti destinatari dei dati e non si limiti a metterli genericamente a disposizione degli utenti della rete la sua condotta non potrebbe più qualificarsi come passiva. Le medesime considerazioni già esposte valgono a maggior ragione per la terza attività che può essere posta in essere dal prestatore di servizi di mere conduit disciplinata dal legislatore: infatti se il provider intervenga per modificare i dati trasmessi, l'intervento dimostrerebbe il pieno coinvolgimento dell'intermediario al compimento dell'atto illecito. Queste tre condizioni non devono ritenersi cumulative ma basta il compimento di uno solo di questi atti per integrare un'ipotesi di responsabilità del provider. Per comprendere al meglio il dato normativo occorre specificare che l'attività dei fornitori di servizi di connettività è solitamente svolta in modalità completamente automatica, infatti la trasmissione dei dati avviene in forma scomposta, rendendo così il fornitore totalmente del tutto estraneo rispetto al contenuto degli stessi. L'analisi dell'attività tecnica compiuta dal fornitore è poi ulteriormente approfondita dal secondo comma dell'articolo 14 del Decreto, che sancisce che «le attività di trasmissione e di fornitura di accesso di cui al comma 1, includono la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo.» Dalla norma ricaviamo alcuni dati importanti:

- a) perché si possa ritenere estraneo all'attività di trasmissione, e quindi esente da responsabilità, la memorizzazione deve avvenire in forma automatica, intermedia e transitoria
- b) La memorizzazione deve avvenire solo per il tempo strettamente necessario alla loro trasmissione in rete, avvenuta la quale le informazioni devono essere immediatamente rimosse.

La norma dunque prevede uno standard di comportamento a carico del prestatore di servizi che non può ritenersi troppo invasivo. Anzi dal momento in cui, non gli è imposto un obbligo di predisporre sistemi di filtraggio per la

prevenzione degli illeciti, né è incaricato di impegnarsi attivamente nella «sensibilizzazione»<sup>381</sup> dei propri utenti e non è nemmeno tenuto alla rimozione dei contenuti illeciti se non su espressa richiesta dell'autorità giudiziaria<sup>382</sup> o dell'AGCom<sup>383</sup>, può dirsi che esso goda di un trattamento di particolare favore.

## **2.2) Raccolta temporanea di informazioni: Caching**

Diverso invece è il regime di esenzione per i fornitori di servizi di *caching*, per il quale il legislatore europeo ha previsto all'articolo 13 della Direttiva, sia comportamenti passivi come:

- Astenersi dal modificare informazioni;
- Non interferire con l'uso lecito della tecnologia per ottenere dati sull'impiego delle informazioni;

Sia una serie di comportamenti attivi, come:

- Attivarsi prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, non appena venga a conoscenza dell'avvenuta rimozione del dato o dell'informazione dal sito web sorgente, oppure quando vi è uno specifico ordine dell'autorità in questo senso;
- Conformarsi alle condizioni di accesso alle informazioni e alle norme di aggiornamento delle stesse.

La norma è stata recepita dall'art. 15 del D.Lgs. 70/2003 rubricato «Responsabilità nell'attività di memorizzazione temporanea - Caching» che descrive l'attività del prestatore come «memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di informazioni», la quale è esentata dalla

---

<sup>381</sup> RICCIO, *Op. cit.* Pag.203

<sup>382</sup> Art. 14 comma 3 D.Lgs. 70/2003 « L'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza può esigere anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 2, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse.» Secondo la norma dunque il prestatore deve attivarsi solo in seguito alla richiesta proveniente dall'autorità, l'intervento della quale determina per il prestatore l'effettiva conoscenza dell'illecito. Qualora il provider ometta di attivarsi prontamente per la rimozione del danno causato dall'illecito egli sarà senza dubbio considerato responsabile insieme all'autore materiale dell'illecito.

<sup>383</sup> La legge riconosce il potere di intervenire non solo all'autorità giudiziaria ma anche all'autorità amministrativa dotata di «funzioni di vigilanza», che per quanto riguarda gli illeciti commessi attraverso Internet può identificarsi nell'autorità garante per le Comunicazioni (AGCom) ma anche, qualora l'atto illecito possa configurare scopi anticoncorrenziali, nell'autorità garante per la Concorrenza ed il Mercato (AGCM).

responsabilità a patto che venga «effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltra ad altri destinatari a loro richiesta» e che vengano rispettate le già elencate condizioni, che la norma riprende testualmente dalla direttiva europea. Tra i caratteri descritti come qualificanti richiama in particolare l'attenzione il requisito della temporaneità, essa infatti è cruciale per poter operare la distinzione tra *il cache* e *l'host*. Nel caso del prestatore di servizi di *hosting*, come vedremo nel paragrafo successivo, la memorizzazione ha carattere duraturo e questo comporta l'applicazione di un diverso regime di responsabilità, nei servizi di *caching* invece la memorizzazione avviene solo per il tempo strettamente necessario ed in maniera strumentale ad una trasmissione verso nuovi utenti che ricerchino le informazioni messe a disposizione dall'utente che le ha generate. L'esempio più lampante del funzionamento di questo meccanismo è il *browser*, grazie al quale gli utenti sono in grado di rendere più efficaci e veloci le loro ricerche sul web.

Tra le condizioni a cui deve conformarsi il provider, che abbiamo elencato all'inizio del paragrafo, occorre soffermarsi in particolar modo su quella che prevede l'obbligo di agire per rimuovere o disabilitare l'accesso alle informazioni, non appena il provider venga a conoscenza del fatto che esse sono state rimosse dal luogo in cui si trovavano inizialmente, a questa ipotesi, infatti, è equiparata quella in cui l'ordine di procedere alla rimozione o alla disabilitazione provenga direttamente da «un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa». In virtù di quanto detto il fornitore di servizi di *caching*, per non incorrere in responsabilità, deve sempre costantemente essere vigile riguardo la presenza o meno in rete dei contenuti memorizzati, non potendo in nessun caso addurre l'impossibilità tecnica di rimuovere i contenuti dai propri server. Resta incertezza di capire le tempistiche e le modalità di comunicazione necessarie perché il *cache* possa ritenersi informato, non è chiaro se ad esempio possano bastare comunicazioni informali, come ad esempio una mail o una telefonata, per potersi presumere informato, o se vi sia sempre e comunque bisogno del provvedimento dell'autorità competente.

Se i *browser* possono essere facilmente ricompresi tra i fornitori di servizi di *caching* è dubbio invece il riconoscimento come tali dei cd motori di ricerca, che restano soltanto tra le righe dell'articolo 14 della direttiva 2000/31/CE,

mentre in altre normative, come ad esempio il DMCA negli Stati Uniti, vengono espressamente riconosciuti.<sup>384</sup> Il tema in questione è stato a lungo oggetto di dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza, e alla luce delle opinioni più autorevoli possiamo quindi ritenere che nell'ordinamento europeo l'attività dei motori di ricerca ricada comunque in quella di «*caching*» prevista e regolata dall'articolo 13 della direttiva<sup>385</sup>.

### 2.3)Memorizzazioni di informazioni: Hosting

Diverse ancora sono le condizioni di operatività del regime di esenzione per il fornitore di servizi di *hosting* sancite dall'articolo 14 della Direttiva, anche qui è assolutamente indispensabile che l'operatore:

- Non abbia effettiva conoscenza dell'attività illecita;
- Qualora ne acquisisca conoscenza, deve agire per rimuovere immediatamente le informazioni illecite;
- Non abbia nessun controllo sul dato che è memorizzato.

La norma è stata recepita nell'ordinamento italiano dall'art. 16 del D.Lgs. 70/2003 sul regime applicabile al prestatore che memorizza le informazioni richieste dal destinatario del servizio, l'*hosting*. La disciplina prevede, per questo tipo di *provider*, condizioni di esonero dalla responsabilità molto più rigide di quelle previste per le altre figure d'intermediari. Ciò perché le informazioni restano memorizzate per un lasso di tempo più lungo rispetto a quello degli altri intermediari, l'*host* infatti mette a disposizione dei suoi utenti uno spazio web nel quale è possibile conservare le informazioni, e ciò rende le informazioni stesse più facilmente conoscibili da parte del *provider*. L'art. 16 fissa, per la configurazione in capo al provider della responsabilità civile e per quella penale, il medesimo presupposto, cioè la conoscenza

---

<sup>384</sup> MONTAGNANI, *Primi orientamenti in materia di responsabilità dei fornitori di servizi cloud per violazione del diritto d'autore in rete* in *Rivista di Diritto Industriale*, fasc.3, 2014, pag. 177

<sup>385</sup> Il tema è stato oggetto di dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza. Sul punto si rinvia a COMELLI, GIOVE, *Responsabilità del provider per mancata rimozione di link a materiale illecito* (Nota a Trib. Roma sez. IX 16 giugno 2011;22 marzo 2011), in *Dir. ind.*, 2012, 84 ss.; CASSANO, IASELLI, *Caso "About Elly": la responsabilità dell'Internet service provider*, in *Corr. mer.*, 2011, 922 ss., in particolare 927. Cfr. anche RICCIO, *Alla ricerca della responsabilità dei motori di ricerca* (Nota a Trib. Roma, 22 marzo 2011), in *Danno e resp.*, 2011, 753 ss.; GIOVANELLA, *La responsabilità per linking a files audiovisivi contraffatti e l'incerta natura del motore di ricerca* (Nota a ord. Trib. Roma, 22 marzo 2011), in *Danno e resp.*, 2011, 847 ss.

dell'illiceità, la differenza tra le due imputazioni sta nella diversa graduazione della consapevolezza:

- Per quella penale è richiesta l'effettiva conoscenza dell'illiceità dell'informazione memorizzata;
- Per quella civile invece basta che l'illiceità sia considerata manifesta, cioè deve risultare da ulteriori fatti o circostanze conoscibili diffusamente.<sup>386</sup>

La giurisprudenza, chiamata a pronunciarsi su quando possa configurarsi una conoscenza realmente effettiva si è espressa come segue «in mancanza di un ruolo attivo sulla conoscenza e controllo dei dati memorizzati, e senza conoscibilità della eventuale natura illecita di tali dati, [...] il requisito della conoscibilità effettiva della pretesa illiceità dei contenuti online, necessario ai fini della valutazione di responsabilità dell'ISP, non può essere dimostrato unilateralmente dalla parte che assume la lesione, ma è necessario che un organo giurisdizionale competente ne dichiari l'effettiva illiceità dei dati o ne ordini la rimozione.»<sup>387</sup>

Potrà quindi configurarsi un'imputazione di responsabilità quando, dopo la comunicazione dell'illecito da parte dell'autorità, idonea a generare nell'ISP l'effettiva conoscenza dell'illecito, il provider non agisca prontamente per bloccare le attività illecite. Per la peculiare posizione dell'*hosting*, inoltre, il quale è sempre in condizione di oscurare o rimuovere il materiale memorizzato nei propri server, egli non potrà invocare l'impossibilità di attivarsi prontamente per la rimozione.

Il secondo comma dell'art. 16 delinea un caso in cui le suddette esclusioni dalla responsabilità non si applicano, cioè quando «il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore», l'ipotesi in questione rientra tra quelle di responsabilità per fatto altrui, disciplinate dall'art. 2049 c.c., perché il provider potrà essere riconosciuto corresponsabile nei casi di un atto illecito commesso dal destinatario del servizio ma sotto il controllo e la direzione del *provider*.

---

<sup>386</sup> V. ZENO-ZENCOVICH, I rapporti tra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni su Internet in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, fasc. 4, 1999, p. 1050 ss.; T. PASQUINO, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, Milano, 2003; F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003; S. SICA, *Le responsabilità civili*, E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Milano, 2003, p. 267 ss

<sup>387</sup> TRIBUNALE DI FIRENZE, 25 Maggio 2012

L'ultimo comma invece, come nei casi precedenti, ribadisce il potere dell'autorità giudiziaria ed amministrativa di esigere che il provider si attivi per far cessare le violazioni.

#### **2.4)L'analisi giurisprudenziale: *Hosting* attivo e passivo**

Ovviamente quanto appena detto rappresenta il dato normativo, bisogna adesso capire come questo è stato interpretato dalla giurisprudenza. Negli ultimi anni si sono susseguite numerose pronunce volte a modernizzare la disciplina contenuta nel D.Lgs 70/2003, ritenuta non più attuale alla luce delle varie problematiche emergenti. In particolare, riguardo il fornitore di servizi di *hosting*, si avverte sempre di più la necessità di affrontare i problemi legati a questa figura di intermediario, elencati nel paragrafo precedente, alla luce del nuovo ruolo che i soggetti informatici ricoprono nella società moderna. Infatti i provider, oggi non ricoprono più un ruolo «completamente passivo e neutro rispetto all'organizzazione e alla gestione dei contenuti immessi dagli utenti, organizzazione da cui deriva anche un sostegno finanziario in ragione dello sfruttamento pubblicitario connesso alla presentazione di tali contenuti»<sup>388</sup> È quindi fondamentale stabilire quando effettivamente non sia a conoscenza dell'attività illecita, quando debba intervenire per rimuovere le informazioni e quando non può dirsi esistente un controllo dell'operatore sui dati memorizzati. Il Considerando 46 della Direttiva e Commerce chiarisce come la conoscenza del fornitore di servizi di *hosting* può avvenire non soltanto a seguito di un'informazione da parte del titolare del diritto ma anche nei casi in cui si renda conto autonomamente dell'esistenza di un'attività illecita. Possiamo desumere una regola generale, che si applica a tutti i fornitori di servizi della società dell'informazione, che è appunto il regime di responsabilità civile ordinaria e poi una disciplina speciale, che è sancita dalla direttiva eCommerce, che è esclusivamente per le tre figure di intermediari che abbiamo appena elencato, a condizione che ricorrano gli elementi fattuali di specie.

Passando all'esame della giurisprudenza, prima dell'introduzione della Direttiva eCommerce che rappresenta la legge speciale, vedremo come

---

<sup>388</sup> CASSANO, SCORZA, VACIAGO, (a cura di). *Diritto dell'internet. Manuale operativo*. Padova, CEDAM, 2012. Pag.425

l'evoluzione giurisprudenziale è giunta oggi a conclusioni che non sono molto lontane da quelle dei primi giudici che decidevano in assenza di un quadro normativo speciale.

Prima dell'entrata in vigore del D.lgs. 70/2003, i giudici si muovevano, in presenza delle determinate condizioni, tra la responsabilità extracontrattuale ordinaria ex art. 2043 e la responsabilità per attività pericolosa ex art. 2050.

In particolare con riferimento alla prima ipotesi il Tribunale di Catania nel 2004 aveva ipotizzato una responsabilità extracontrattuale colposa, identificabile lì dove il *provider* ha il sospetto che ci siano attività illecite e nonostante ciò ometta di intervenire per la rimozione, dolosa dove al contrario fosse consapevole dell'attività illecita e continui a consentirla.<sup>389</sup>

Alla luce del criterio d'imputazione della colpa era inoltre necessario stabilire «se in capo al provider sussistesse un obbligo di vigilanza o se fosse esigibile il controllo preventivo sul materiale immesso in rete, e ancora se sussistesse un obbligo d'intervento successivo o, meglio, se questo fosse esigibile, mentre restava sullo sfondo la questione della fonte di tali obblighi di intervento, preventivo e successivo.»<sup>390</sup> In questa linea, orientata verso il principio della colpa come criterio d'imputazione della responsabilità del provider si colloca una pronuncia del Tribunale di Roma nel 1998 aveva ricostruito la responsabilità del *provider* in termini di colpa omissiva, cioè culpa in vigilando, dove aveva il provider omesso di controllare e di predisporre una serie di strumenti idonei a impedire ex ante il verificarsi di attività illecite in violazione dei diritti dei terzi.<sup>391</sup>

Nel tempo abbiamo assistito a un'evoluzione anche nella giurisprudenza e nel modo in cui i giudici hanno interpretato le norme comunitarie e nazionali di recepimento, c'è un filone giurisprudenziale maggioritario che ha individuato tutta una serie di elementi in base ai quali il *provider* non può più dirsi mero fornitore di servizi di stoccaggio perché compie anche una serie di attività aggiuntive alla sola memorizzazione di dati che fa allontanare questa figura da quella originariamente pensata dal legislatore comunitario. Questi elementi caratteristici che sono stati individuati dalla giurisprudenza li possiamo schematizzare come segue:

---

<sup>389</sup> TRIBUNALE DI CATANIA, 29 Giugno 2004

<sup>390</sup> M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'Internet Service provider*, Giuffrè, 2010, p. 176

<sup>391</sup> TRIBUNALE DI ROMA, 4 Luglio 1998

- A) Per quanto riguarda il fornitore di servizi di *Hosting*, se svolge attività non di mero stoccaggio ma anche di pubblicazione di contenuti, in tal caso fa un qualcosa in più rispetto al mero *storage* e già questo lo porta fuori dal perimetro della norma comunitaria, oltre a questo la giurisprudenza ha visto che l'operatore spesso organizza questi contenuti attraverso un'attività di correlazione e catalogazione.
- B) E ancora, quando vi è controllo dei contenuti? Ad esempio quando il provider predispone una serie di termini e di condizioni d'uso del servizio che già prevedono la facoltà dell'operatore di escludere ex ante la pubblicazione di una serie di contenuti, ad esempio i contenuti pornografici. L'operatore in questi casi si riserva un potere di controllo ex ante e questo lo pone fuori dalle attività di mero stoccaggio.
- C) Si è visto inoltre che questi operatori utilizzano i contenuti a fini pubblicitari.

Questi elementi hanno portato i giudici a stabilire che questo tipo di operatori non possa qualificarsi come un fornitore di servizio di hosting così come delineato dal legislatore comunitario. Il Tribunale di Roma ha emesso una serie di ordinanze cautelari contro noti portali di live streaming che consentivano lo streaming di contenuti audiovisivi di noti operatori televisivi. Ad esempio «*Live.tv*» metteva a disposizione degli utenti dei *link* che consentivano all'utente di accedere ai contenuti calcistici. In questi casi il giudice ha affermato che « la condotta del resistente non può ritenersi neutra rispetto ai contenuti ospitati dal suo portale perché non soltanto sfrutta la prendibilità del materiale per offrire spazi pubblicitari ma svolge operazioni tecniche di organizzazione e selezione del materiale, finalizzate ad una miglior fruizione dello stesso da parte degli utenti.»<sup>392</sup>

Questo insieme di elementi ha condotto il Tribunale di Milano, e non solo, con le sentenze del 2011 contro due noti operatori del Web: *Italia Online s.r.l.*<sup>393</sup> e *Yahoo*<sup>394</sup>, in merito alla condivisione illecita online di filmati protetti dal diritto d'autore, ad ipotizzare una distinzione fra “*hosting attivo*” e “*hosting passivo*”. Il primo di questi svolge un ruolo nella trasmissione,

---

<sup>392</sup> TRIBUNALE ROMA, Sez. Proprieta' Industriale e Intellettuale, 25/05/2013

<sup>393</sup> TRIBUNALE MILANO Sez. Proprieta' Industriale e Intellettuale, 07/06/ 2011

<sup>394</sup> TRIBUNALE MILANO. Sez. Proprieta' Industriale e Intellettuale, 09/09/2011

indicizzazione e organizzazione dei contenuti, mentre il secondo offre solo un servizio di memorizzazione delle informazioni. In conformità a queste definizioni, si comprende il diverso ruolo svolto dalle due tipologie di *provider* nella diffusione dei contenuti perché il primo assume un ruolo più incisivo, la conseguenza immediata di questa diversità di ruolo è una differente applicazione del regime di responsabilità. Nel silenzio della legge, la giurisprudenza ritiene che al *provider* passivo possa applicarsi la limitazione di responsabilità analizzata nel precedente paragrafo, mentre per il *provider* attivo sarà applicabile la regola generale della responsabilità civile ex art. 2043.

La massima della sentenza contro *Italia Online*, infatti, sancisce che «sussiste la responsabilità del prestatore di servizi, e nella specie la violazione del diritto d'autore su brani di filmati tratti da programmi televisivi, diffusi in rete tramite il servizio di *hosting* (con il quale il titolare di una piattaforma telematica consente la condivisione di contenuti audio/video inviati dagli utenti e la visualizzazione degli stessi da parte di terzi) ove si tratti di *hosting* attivo, ovvero quando il prestatore di servizi predisponga una organizzazione della gestione dei contenuti immessi dagli utenti, anche in stretta connessione con la visualizzazione dei messaggi pubblicitari, ed abbia altresì un potere di controllo sui contenuti stessi e di eventuale loro rimozione, ponendo così in essere attività che vanno ben oltre la mera fornitura all'utente di uno spazio di memorizzazione di contenuti e di un software di comunicazione che ne consenta la visualizzazione a terzi come si verifica nell'*hosting* passivo»<sup>395</sup>. La condanna di *Italia Online* è avvenuta in primo luogo perché, a fronte di numerose segnalazioni da parte di RTI (Reti Televisive Italiane) riguardanti la messa a disposizione di materiale illecito, ha omesso di intervenire, violando gli obblighi a cui sono soggetti i fornitori di servizi in casi di segnalazione degli illeciti, anche se non provenienti dall'autorità<sup>396</sup>.

Nella sentenza contro *Yahoo*, pronunciata sempre dal Tribunale di Milano nel Settembre del 2011, che si pone in continuità con quanto stabilito dalla precedente pronuncia, si evincono gli elementi che differenziano la posizione dell'*hosting* attivo rispetto al *provider* che si limita a mettere a disposizione

---

<sup>395</sup> TRIB. MILANO. Sez. prop. ind. e int. 7 giugno 2011, n.7680. In *Dir. inf.* 2011, 4-5, 660.

<sup>396</sup> Sul punto vedi par. 2.3 del presente capitolo

uno spazio per la memorizzazione delle informazioni trasmesse dagli utenti; questi elementi sono:

- 1) l'associazione di messaggi pubblicitari ai contenuti immessi in rete dagli utenti al fine di finanziare l'attività del *provider*;
- 2) la regolamentazione contrattuale con cui il prestatore medesimo si riserva determinati diritti sui materiali caricati sulla propria piattaforma;
- 3) il servizio di segnalazione dell'eventuale illiceità del contenuto immesso;
- 4) la predisposizione di un servizio di visualizzazione di altri video correlati a quello cercato dall'utente.

Gli hosting attivi così individuati non possono in alcun modo essere considerati neutrali rispetto ai contenuti, comportando la non applicabilità della disciplina dell'art.16 del D.Lgs.70/2003.

Questo filone giurisprudenziale è però radicalmente mutato negli ultimi anni. Infatti nel secondo grado di giudizio della causa contro *Yahoo*<sup>397</sup> la Corte di appello, annullando la precedente decisione, si è infatti espressa per l'illegittimità dell'addebito al provider, sulla base di una serie di indici che lo identificavano come «attivo», della responsabilità per condotte illecite che, pur rilevabili dal prestatore, erano state poste in essere dagli utenti dei servizi. La Corte, infatti, ha statuito che: «il regime della responsabilità di *Yahoo* Italia va inquadrato nel regime di responsabilità del prestatore di servizi di *hosting*, qualificandosi tale operatore come colui che procura ai propri clienti un servizio di accesso a un sito, senza proporre altri servizi di elaborazione dei dati».

Il ragionamento della Corte d'appello mette in discussione il regime giuridico che il Tribunale avrebbe dovuto applicare alle diverse tipologie di provider, questo sarebbe stato male orientato a causa di una sbagliata interpretazione di alcuni Considerando della Direttiva eCommerce. L'errore del giudice di primo grado è inquadrabile in un'erronea interpretazione del regime giuridico applicabile agli hosting provider, «le deroghe alla responsabilità [...] 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

---

<sup>397</sup> CORTE D'APPELLO DI MILANO, 7 gennaio 2015, n.29

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»<sup>398</sup> e ancora: «il prestatore che deliberatamente collabori con un destinatario del suo servizio al fine di commettere atti illeciti non si limita alle attività di *mere conduit* e di *caching* e non può pertanto beneficiare delle deroghe in materia di responsabilità previste per tali attività»<sup>399</sup>. La Corte d'appello finisce quindi per escludere che la delicata posizione ricoperta dai servizi di hosting, si traduca nel concetto di attività, e che esso basti per escludere l'applicazione delle esenzioni di responsabilità previste dalla legge.

In conformità a questo ragionamento, i giudici di merito hanno escluso la configurabilità di un «hosting attivo», come immaginato dal Tribunale di primo grado.<sup>400</sup>

## **2.5) La responsabilità degli ISP per le violazioni del diritto d'autore online**

La normativa europea e successivamente quella nazionale hanno regolato fin nel dettaglio il regime di responsabilità applicabile alle singole tipologie di intermediari, ma non si sono occupate di disciplinare le diverse tipologie di illeciti commettabili attraverso i servizi messi a disposizione degli intermediari internet, né in generale e nemmeno in particolare per quanto riguarda le violazioni del diritto d'autore online.<sup>401</sup> Per trovare una disciplina

---

<sup>398</sup> Considerando 42 Direttiva eCommerce

<sup>399</sup> Considerando 44 Direttiva eCommerce

<sup>400</sup> Per approfondimenti vedi anche BASSINI, POLLICINO, *Evoluto, ma non attivo. La Corte d'appello di Milano travolge la più recente giurisprudenza sull'hosting provider*. 27 gennaio 2015 Articolo di "Il sole 24 ore". Reperibile al seguente link: <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/avvocatoAffari/mercatiImpresa/2015-01-27/evoluto-ma-non-attivo-corte-d-appello-milano-travolge-piu-recente-giurisprudenza-hosting-provider-090142.php>

<sup>401</sup> Le pronunce giurisprudenziali esaminate nei capitoli precedenti ci hanno portato alla conclusione che non può configurarsi una responsabilità oggettiva in carico ai provider, come avrebbero voluto le grandi case cinematografiche, le quali hanno subito ingenti perdite a causa dei servizi messi a disposizione dagli ISP. Ma va sempre accertata caso per caso la presenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa.

legislativa che possa ricomprendere questo tipo di illeciti dobbiamo applicare le norme contenute nella legge n.633/41 come modificato dalla L. 128 del 22 Maggio 2004<sup>402</sup> che si occupa proprio di fattispecie di distribuzione di opere coperte dal diritto d'autore e dei casi di scambi di dati tramite il *file sharing* funzionante tramite già citata tecnologia *peer-to-peer*<sup>403</sup>.

In particolare l'art. 171-ter, comma 2, lettera a-bis: il quale punisce chiunque « in violazione dell'art. 16<sup>404</sup>, a fini di lucro, comunica al pubblico immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore, o parte di essa»; La formulazione ben si presta a ricomprendere nella fattispecie anche l'attività di un provider, che, mettendo a disposizione di un utente il proprio servizio, cioè la possibilità di memorizzare dei contenuti, fattualmente partecipi alla comunicazione di un'opera al pubblico tramite l'immissione «in un sistema di reti telematiche». Nei casi che riguardano lo scambio tra utenti di opere protette contenute in file multimediali, teoricamente il provider è chiamato a rispondere, qualora ometta di comunicare all'autorità competente la violazione compiuta dall'utente nei visti nei precedenti paragrafi (Artt. 14 – 17 D.lgs 70/2003). La normativa ha posto al provider degli ulteriori obblighi in merito alla collaborazione con l'autorità contro la pirateria e lo scambio illecito di contenuti protetti. Essi consistono nel riferire alla polizia le informazioni in proprio possesso per individuare gli autori, e successivamente porre in essere le misure dirette a impedire l'accesso ai siti in questione<sup>405</sup>, chiaramente a seguito di provvedimento dell'autorità giudiziaria.<sup>406</sup>

### **3) La giurisprudenza della Corte Europea**

A fronte della creazione di strumenti per la tutela dei contenuti creativi caricati online, sempre più invasivi nella sfera dei diritti inalienabili degli

---

<sup>402</sup> Cd Decreto Urbani, dal nome di Giuliano Urbani, Ministro per i Beni e le Attività Culturali durante il secondo governo Berlusconi. Si occupa principalmente del finanziamento pubblico per certe attività cinematografiche e sportive.

<sup>403</sup> Vedi note (55) e (56)

<sup>404</sup> Art.16 L.d.A. prevede il «Diritto di comunicazione e messa a disposizione del pubblico»

<sup>405</sup> Per un'applicazione pratica del caso in questione vedi CASSAZIONE PENALE, 29 settembre 2009, n.49437, sez. III ; MERLA, *Diffusione abusiva di opere in Internet e sequestro preventivo del sito web: il caso "The Pirate Bay"* in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica* (II), fasc.3, 2010, p. 448

<sup>406</sup> Vedi commi 5 e 6 dell'art. 1 del Decreto

utenti, la Corte di Giustizia Europea non ha mancato di esprimere la sua opinione sul rapporto che intercorre tra il diritto d'autore e diritti della persona. In merito a questo sono sorti numerosi contenziosi in ambito sovranazionale che hanno portato all'adozione di principi di diritto ai quali tutte le legislazioni e le Corti nazionali sono state chiamate a conformarsi. Oggetto primario del conflitto è un fenomeno che abbiamo ampiamente visto nei capitoli precedenti, la valutazione della legittimità degli strumenti utilizzati dai titolari dei diritti d'autore per proteggere le proprie creazioni. Una delle prime controversie<sup>407</sup> è stata quella che ha visto protagonisti la Productores de Musica de Espana (Promusicae)<sup>408</sup> e la società Telefonica de Espana SAU, configurabile come ISP. Il contenzioso ha avuto origine a seguito del rifiuto, operato dall' ISP, di fornire alla Promusicae i dati personali dei propri clienti correlati ai loro indirizzi IP, a seguito di plurime violazioni avvenute attraverso utilizzo di tecnologia *peer to peer*. La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla conformità delle richieste del provider con la normativa posta a protezione dei dati personali. Una volta individuato il quadro normativo di riferimento, consistente in due direttive: InfoSoc del 2001 e Enforcement del 2004, ha stabilito che queste sono dirette ad assicurare la protezione del diritto d'autore ma senza arrecare pregiudizio alla tutela dei dati personali, invitando il legislatore nazionale ad interpretare le direttive in maniera tale da «garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario. [...] in sede di attuazione delle misure di trasposizione delle dette direttive, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme a tali direttive, ma anche evitare di fondarsi su un'interpretazione di esse che entri in conflitto con i detti diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto comunitario, come il principio di proporzionalità.»

La decisione della Corte è stata confermata, l'anno successivo, nell'ordinanza avente a oggetto la domanda pregiudiziale proposta alla Corte dalla Suprema Corte austriaca (Oberster Gerichtshof) il 13 novembre 2007, sulla causa *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH contro*

---

<sup>407</sup> Sentenza CGE del 29 gennaio 2008, *Productores de Musica de España (Promusicae) c. Telefonica de España SAU*, C-275/06

<sup>408</sup> Si tratta di un'associazione tra produttori ed editori di registrazioni audio/video

*Tele2 Telecom-munication GmbH*<sup>409</sup>, nella quale è stato confermato dalla corte che nell'ambito della libertà lasciata agli Stati membri dalla legislazione comunitaria, essi devono bilanciare i diversi diritti fondamentali in gioco<sup>410</sup>. Queste decisioni della Corte vanno a confermare quanto detto in precedenza<sup>411</sup> in merito al bilanciamento del diritto d'autore inteso come diritto a trarre soddisfazione economica dall'utilizzo delle proprie opere e diritti fondamentali, in quanto non da vedere contrapposti uno all'altro ma in rapporto di correlazione l'uno con l'altro.

### 3.1) Scarlet VS SABAM

Nel quadro giuridico appena disegnato si va ad inserire una sentenza molto importante, conosciuta come sentenza «Scarlet». La sentenza in esame vede come parti contrapposte la Scarlet Extended SA, un Internet Service Provider che opera in Belgio, e dall'altro la SABAM (*Società belga des auteurs compositeurs et éditeurs*). La seconda invocava, davanti al Tribunale di Bruxelles, la violazione del diritto d'autore relativo ad alcune opere musicali dalla stessa gestite, a fronte della quale richiedeva l'ingiunzione al provider di effettuare il blocco di tutte le condivisioni di *files* contenenti opere musicali che avvenivano attraverso i propri software attraverso la rete *peer to peer*. Il tribunale adito, dopo aver accertato le violazioni, ha condannato, conformemente alle richieste della SABAM, la società Scarlet a far bloccare la condivisione e lo scambio dei file. La sentenza è stata impugnata in appello da Scarlet, la quale sosteneva che le fosse stato imposto un obbligo generale di sorveglianza in aperto contrasto con le norme comunitarie. La Corte d'appello a sua volta ha poi rimesso la questione alla Corte di Giustizia, ponendo il quesito se fosse legittima l'imposizione da parte di un giudice di un obbligo di predisporre un sistema di filtraggio, o meglio di blocco generalizzato e preventivo, delle interazioni tra gli utenti sulle reti elettroniche, con lo scopo di identificare i download illegali di *files* musicali, e se dovesse applicarsi anche a questi casi il principio di proporzionalità. La predisposizione di un tale sistema di filtraggio, con costi a carico esclusivo degli ISP, per poter raggiungere l'obiettivo di bloccare le comunicazioni

---

<sup>409</sup> Corte di Giustizia del 19 febbraio 2009, C-557/07

<sup>410</sup> Vedi anche PIZZETTI, *Il caso del diritto d'autore..* Giappichelli, Torino, 2013. P. 83.

<sup>411</sup> Vedi Cap. 1 Par. 3.1

lesive del diritto d'autore, dovrebbe analizzare tutte le comunicazioni di dati che transitano sulla rete della Scarlet, e successivamente bloccare tutte quelle che si rivelino essere illecite o a rischio di illiceità, non solo quelle lesive dei diritti della ricorrente. Configurando la lesione del diritto alla protezione dei dati personali e della libertà d'informazione, entrambi tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali.

La Corte si è pronunciata rilevando che l'ingiunzione richiesta dalla SABAM obbligherebbe la Scarlet a procedere a un'osservazione diretta dei dati privati dei clienti al fine di prevenire eventuali violazioni, configurando così l'ipotesi di un obbligo generale di sorveglianza incompatibile sia con le disposizioni della Direttiva eCommerce in tema di responsabilità dei provider, sia con i citati diritti tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Inoltre ha aggiunto che, sebbene la tutela del diritto di proprietà intellettuale rientri nei diritti tutelati dalla Carta stessa, da ciò non può desumersi che tale diritto sia «intangibile» e che debba essere tutelato in modo assoluto. La Corte prosegue precisando che una sorveglianza generalizzata su tutte le comunicazioni realizzate sulla rete messa a disposizione dal *provider*, per di più illimitata nel tempo, comporterebbe un eccessivo onere economico per l'ISP e inoltre una grave violazione dei diritti degli utenti, con rispettiva lesione sia dell'art. 3 della Direttiva 2004/48/CE, il quale richiede che le misure adottate per assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale siano «leali ed eque» e non «complesse o costose» e anche dei diritti dei clienti dell'ISP tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

La decisione della Corte è stata poi confermata anche nella successiva decisione *SABAM - Netlog*<sup>412</sup>, riguardo all'obbligo di un operatore di *social network* di impedire ai propri utenti la condivisione di opere audiovisive sulle proprie pagine di profilo.<sup>413</sup>

---

<sup>412</sup> Sentenza del 16 febbraio 2012, causa C-360/10.

<sup>413</sup> Per approfondimenti sulla sentenza in questione vedi MONTANARI, *Prime impressioni sul caso SABAM c. Netlog: gli Internet Service Provider e la tutela del diritto d'autore online in Diritto del Commercio Internazionale*, fasc.4, 2012, pag. 1082

### 3.2) UPC Telekabel vs Constantin Film e Wega

Nel recente caso *Telekabel*<sup>414</sup>, che vedeva la Constantin Film Verleih GmbH (Constantin Film) e la Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH (Wega), due società di produzione cinematografica, contrapposte ad un sito Internet che offriva senza previo accordo con loro, la possibilità di scaricare tramite *download* o quella di guardare in *streaming* alcuni film dalle stesse prodotti, adivano il giudice austriaco al fine di ottenere la pronuncia di un'ordinanza di ingiunzione nei confronti di UPC Telekabel Wien GmbH (UPC Telekabel), un Internet Service Provider che si occupava di fornire il servizio di accesso ad internet, per il blocco dell'accesso dei suoi abbonati al sito Internet in questione, dal momento che tale sito era colpevole di violare il loro diritto connesso sulle opere cinematografiche. L'ordinanza emessa dal giudice austriaco imponeva al provider di attuare il blocco del nome del dominio e dell'indirizzo IP attuale e futuro del sito contestato, lo stesso poi sospendeva la sua attività in seguito all'intervento delle forze di polizia. Il giudice di appello, infine, ha confermato quanto stabilito in primo grado, cioè la violazione del diritto connesso ai sensi dell'art. 8 comma 3 della Direttiva InfoSoc<sup>415</sup> ma ha modificato parzialmente l'ordinanza emessa in primo grado, ritenendo che al provider potesse solo essere richiesto, in forma di obbligo di risultato, di proibire ai suoi abbonati l'accesso al sito, lasciando allo stesso discrezionalità sulle modalità da adottare, che sono state invece specificate dettagliatamente dall'ordinanza di primo grado ( blocco del nome dominio e indirizzo IP). L'UPC Telekabel ha a sua volta proposto ricorso per «Revision»<sup>416</sup> sostenendo che non possa essere ritenuto che i suoi servizi siano utilizzati per violare un diritto d'autore o un diritto connesso ai sensi dell'art. 8 comma 3 della Direttiva poiché non intercorreva nessun rapporto commerciale con i gestori del sito Internet contestato e poiché non è stata dimostrata la violazione del diritto da parte dei suoi abbonati. Adduceva inoltre l'inefficacia delle misure di blocco alternative e la loro eccessiva onerosità. In questo contesto è stato deciso di sospendere il procedimento e sottoporre alla Corte di Giustizia europea le seguenti questioni pregiudiziali:

---

<sup>414</sup> Sentenza del 27 marzo 2014, causa C-314/12

<sup>415</sup> Art. 8 comma 3 Direttiva 29/2001/CE «Gli Stati membri si assicurano 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 connessi.»

<sup>416</sup> «Ricorso per Cassazione»

- 1) Se l'articolo 8 comma 3 della Direttiva «Infosoc» debba interpretarsi nel senso che un soggetto, il quale metta a disposizione del pubblico in Internet materiali protetti senza l'autorizzazione dei titolari dei diritti, utilizza i servizi del fornitore di accesso dei soggetti che accedono a tali materiali.

In caso di risposta negativa alla prima questione:

- 2) Se una riproduzione, effettuata per uso privato, e una riproduzione transitoria o accessoria, siano ammissibili soltanto qualora l'originale usato per la riproduzione sia stato riprodotto, diffuso o reso accessibile al pubblico in modo lecito. la Corte ha affermato che ad un fornitore di accesso a internet può essere ordinato di bloccare l'accesso dei suoi abbonati a un sito *web* che violi il diritto d'autore. Una tale ingiunzione e la sua esecuzione devono, tuttavia, garantire un giusto equilibrio tra i diritti fondamentali interessati.

In caso di risposta affermativa alla prima o alla seconda questione, e della conseguente necessità di adottare provvedimenti inibitori nei confronti del fornitore di accesso degli utenti:

- 3) Se sia compatibile con il diritto dell'Unione, in particolare con la necessità di operare un bilanciamento fra i diritti fondamentali delle parti coinvolte, vietare a un fornitore di accesso in modo totalmente generale di consentire ai suoi abbonati l'accesso a un determinato sito Internet fintanto che in quest'ultimo siano, esclusivamente o prevalentemente, resi accessibili contenuti senza l'autorizzazione del titolare dei diritti, qualora il fornitore di accesso possa evitare sanzioni per la violazione di tale divieto dimostrando di avere comunque adottato tutte le misure ragionevoli.

In caso di risposta negativa alla terza questione:

- 4) Se sia compatibile con il diritto dell'Unione, in particolare con la necessità di bilanciamento dei diritti fondamentali delle parti coinvolte, prescrivere a un fornitore di accesso determinate misure volte a rendere più difficile ai suoi abbonati l'accesso a un sito Internet nel

quale siano resi disponibili contenuti in modo illecito, qualora tali misure comportino un impiego di mezzi non trascurabile e possano essere facilmente aggirate anche senza particolari conoscenze tecniche»

La Corte ha risposto affermativamente alla prima questione sancendo che l'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29 dev'essere interpretato nel senso che un soggetto che metta a disposizione del pubblico su un sito Internet materiali protetti senza l'accordo del titolare dei diritti, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, di tale direttiva, utilizza i servizi del fornitore di accesso ad Internet dei soggetti che consultano tali materiali, il quale deve essere considerato un intermediario ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29. Infatti «da nessuna parte è stabilito che, affinché l'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva sia applicabile, dovrebbe esistere un rapporto contrattuale tra il fornitore di accesso ad Internet e il soggetto che commette la violazione del diritto d'autore o di un diritto connesso» e nemmeno che «per ottenere la pronuncia di un'ingiunzione nei confronti di un fornitore di accesso ad Internet, i titolari di un diritto d'autore o di un diritto connesso sono tenuti a dimostrare che taluni abbonati di detto fornitore consultino effettivamente, sul sito Internet in parola, i materiali protetti messi a disposizione del pubblico senza l'accordo del titolare dei diritti.»

Inoltre ha risposto affermativamente anche alla terza questione, rilevando anzitutto che, nell'ambito di una simile ingiunzione, i diritti d'autore confliggono soprattutto con la libertà d'impresa dei fornitori di servizi internet e con la libertà di informazione degli utenti. Per quanto riguarda in particolare il diritto alla libertà d'impresa dei fornitori, quindi, la Corte ha affermato che detta ingiunzione non lo pregiudichi poiché, da un lato, essa lascia al suo destinatario l'onere di determinare le misure concrete da adottare per raggiungere il risultato perseguito, e, dall'altro, essa gli consente di sottrarsi alla responsabilità dimostrando di avere adottato tutte le misure ragionevoli.

In conclusione, la Corte ha ritenuto che i diritti fondamentali in parola non ostino ad una simile ingiunzione, alla duplice condizione che le misure adottate dal fornitore di accesso a) non privino inutilmente gli utenti di internet della possibilità di accedere in modo lecito alle informazioni

disponibili, e *b*) abbiano l'effetto di impedire o almeno rendere difficili le consultazioni non autorizzate di materiali protetti.<sup>417</sup>

---

<sup>417</sup> STAZI, *La tutela del diritto d'autore in rete: Bilanciamento degli interessi, opzioni regolatorie europee e modello italiano* in *Dir. Dell'Informazione e dell'Informatica*, fasc. 1, 2015, p. 89



## CONCLUSIONI

Nel moderno contesto del Mercato Unico Digitale il diritto d'autore è, da un punto di vista economico, un vero e proprio fattore della produzione, che fa da propulsore delle industrie culturali e creative, le quali in Europa fondano il loro successo sul legame tra culture nazionali molto diverse. Con un fatturato di oltre cinquecento miliardi di euro ed un crescente aumento dei posti di lavoro nel settore (occupati per oltre il 20% da giovani) possiamo rilevare come le industrie culturali stiano letteralmente trainando la crescita economica Europea. La produzione di contenuti creativi è già oggi, ma sarà destinata ad esserlo ancora di più negli anni a venire, il fiore all'occhiello dell'economia europea, così come la manifatture tecnologiche lo sono per l'economia asiatica. Queste osservazioni rivestono un'importanza cruciale per il possibile ruolo che le industrie culturali e creative saranno chiamate a giocare negli anni a venire, perché le opere dell'ingegno sono la linfa vitale sulla quale si fondano i nuovi servizi e le nuove tecnologie. Tutto questo è stato preso in considerazione dalle Istituzioni europee nella progettazione di future politiche e strategie per il Mercato Unico Digitale, volte a migliorare l'efficienza e la competitività globale dell'Unione Europea. Il processo di digitalizzazione della società sta muovendo oggi i suoi primi passi e ponendo le prime problematiche; in particolare riguardo al diritto d'autore abbiamo visto come, per una sua efficace tutela nell'era digitale, occorra bilanciare l'accesso alla conoscenza e all'informazione con la necessità per gli autori e gli altri titolari di diritti sulle opere dell'ingegno di essere effettivamente tutelati e di avere diritto ad un'adeguata remunerazione da parte degli utilizzatori. La risposta iniziale a questa problematica è stata l'adozione di stringenti misure di protezione tecnologiche delle opere, come le misure anti copia o quelle di identificazione e controllo dell'accesso, che però si sono dimostrate inefficaci a prevenire violazioni di massa del diritto d'autore online. I contenuti tecnologicamente protetti, una volta eluse le protezioni, venivano diffusi in rete con troppa facilità, e proprio la diffusione e l'utilizzo online delle opere dell'ingegno ha favorito la nascita di nuovi modelli di business, in particolare in quei mercati che per primi si sono dovuti confrontare con la transizione dall'analogico al digitale. Per adeguarsi all'ambiente moderno il diritto di proprietà intellettuale è stato obbligato ad

evolversi, e lo ha fatto trovando un modo di saper garantire equilibrio tra le posizioni dei titolari di diritto d'autore e di diritti connessi e i fruitori di contenuti, la previsione del regime di eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, impostato secondo dall' art. 5 della Direttiva 29/2001/CE come *three step test*, un principio di diritto internazionale. Secondo il *three step test* le eccezioni si applicano solo in casi specifici e speciali, non devono danneggiare lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non devono arrecare ingiustificati pregiudizi ai legittimi interessi dei titolari dei diritti. Attualmente il principio è mitigato da una necessaria flessibilità in capo agli Stati membri, anche in virtù delle diversità culturali tra i paesi dell'UE; sebbene la sua applicazione risulti efficace è comunque auspicabile un'ulteriore armonizzazione del quadro europeo nell'ottica di un mercato unico dei contenuti digitali, soprattutto riguardo i contenuti generati dagli utenti e il caso particolare dell'eccezione per le copie private, per le quali sembra opportuno muoversi verso una maggiore armonizzazione dei criteri che costituiscono la base dei sistemi di pagamento, pur mantenendo saldo il principio di sussidiarietà, indispensabile per far fronte alle differenze tra i sistemi di distribuzione dei vari Stati. Per poter effettivamente garantire l'equilibrio tra i titolari di diritto d'autore e di diritti connessi e i fruitori di contenuti, alla previsione di eccezioni e limitazioni si devono accompagnare adeguati strumenti tecnici come la possibilità per i titolari di concedere, più facilmente ed a condizioni vantaggiose, licenze ai distributori di contenuti, passando anche dalle molteplici soluzioni che offre il sistema delle società di Collecting. Serve sistema di *licensing* che non alimenti la già notevole disparità tra le remunerazioni dei fornitori di servizi in rete rispetto quelle dei creatori di contenuti. Va richiamata, al riguardo, la Direttiva 2014/26/UE sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e connessi e sulle licenze multi territoriali sulle opere musicali online, in fase di recepimento anche nel nostro paese, che ha rivisto le regole per le licenze multi territorio con la prospettiva di facilitare l'accesso a tali servizi. Questa Direttiva va ad aggiungersi, in un'ottica di armonizzazione tra gli ordinamenti civilistici dei paesi membri, alla Direttiva InfoSoc, 29/2001/CE, che disciplina principalmente i diritti esclusivi dei titolari, tra i quali, quelli che risentono di più dell'applicazione in ambiente tecnologico sono sicuramente il diritto di riproduzione e di distribuzione, che sono stati pensati originariamente per un contesto molto

diverso e il nuovo diritto di comunicazione e messa a disposizione del pubblico; a completare il quadro ci sono anche la Direttiva Enforcement 48/2004/CE, e la Direttiva eCommerce 31/2000/CE.

Con l'iniziativa «Agenda Europea per il digitale» dal 2010 l'Unione Europea si è posta l'obiettivo di promuovere la creazione di un mercato unico che si concentri unicamente sui prodotti digitali e creativi, ma un progetto così ambizioso non è semplice da portare a termine, anche a causa delle molteplici differenze esistenti tra le varie legislazioni nazionali, che continuano ad esistere nonostante il processo di armonizzazione. Deve superarsi in primo luogo il concetto di territorialità, ereditato dalla Convenzione di Berna, soprattutto per quanto riguarda la portabilità dei contenuti, quello che si prospetta oggi è, infatti, un mercato europeo digitale di contenuti creativi ancora molto frammentato a causa del *geo-blocking*, in particolare nel settore audiovisivo, nel quale però da alcuni anni la comparsa di soggetti come *Netflix*, che fornisce contenuti cinematografici in *streaming on demand* su più dispositivi diversi contemporaneamente. Non dobbiamo fare l'errore di pensare che il blocco geografico derivi solo da una difformità di legislazioni, perché molto spesso esso è legato agli accordi stipulati tra fornitori e distributori, la cui scelta è condizionata dalle restrizioni territoriali nelle licenze e dalle condizioni commerciali dettate dagli ISP, le conseguenze di questa scelta si riversano soprattutto a discapito dell'efficienza del servizio reso agli utenti. In ragione di queste considerazioni sarebbe ideale affrontare il problema della portabilità dei contenuti con iniziative di natura contrattuale, come fatto per il settore musicale con la già citata Direttiva Barnier. Una possibile soluzione potrebbe apparire il raggiungimento di un modello uniforme per la fornitura di servizi intra-stati, ma dobbiamo pensare anche che una struttura contrattuale identica per servizi così diversi e diversamente strutturati finirebbe con il collidere con i principi fondamentali del diritto d'autore e con la legittima possibilità in capo ai creatori di trarre profitto dalla concessione di licenze territoriali.

In questo quadro si inserisce lo spinoso problema della pirateria informatica, consapevoli o meno, gli utenti diffondono illegalmente materiali protetti su Internet ogni giorno, per la tutela dei diritti d'autore online, oltre alla vigilanza della SIAE, è stato previsto un apposito procedimento amministrativo davanti all'AGCom. L'Autorità ha emanato, con Delibera n.

680/13/CONS il «Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003 n. 70» con lo scopo di rispondere prontamente, con provvedimenti mirati, come la rimozione del materiale ritenuto illecito diffuso tramite reti di comunicazione elettronica, alle violazioni degli utenti. Il procedimento è stato pensato per dare una rapida soluzione ai titolari dei diritti e chiunque altro abbia interesse effettivo, che pretendono la rimozione delle loro creazioni dalla disponibilità di chiunque sul web, ma non punisce la condotta trasmissiva dei singoli utenti, ai quali si applica però l'art. 171-ter, L.d.A. La disciplina contenuta nel Regolamento si basa su tre condizioni fondamentali: l'educazione alla legalità, la promozione dell'offerta legale di contenuti digitali e la necessaria fase di *enforcement*, cioè di repressione delle violazioni del diritto d'autore.

Proprio a proposito di *enforcement*, nell'ambito delle proposte in materia previste nella strategia europea per il mercato unico digitale detiene particolare rilevanza proprio il rafforzamento degli strumenti di tutela dei contenuti protetti, per questo la sopracitata attività congiunta della SIAE e dell'AGCom è indispensabile per fermare l'operato di quei soggetti che svolgono la pirateria di professione, conseguendone anche ingenti ricavi a fronte di violazioni del diritto d'autore di carattere massivo ed idoneo a falsare il mercato dell'offerta dei contenuti legali e quindi l'industria culturale e creativa. SIAE e AGCom inoltre hanno sostenuto che il problema strettamente connesso è che questo non potrà che avvenire passando anche per la definizione di un ruolo di maggiore responsabilità per quei soggetti che possiamo definire i veri protagonisti della «*New Economy*», gli intermediari internet o *Internet Service Provider*, ad oggi privi di un vero e proprio obbligo di sorveglianza sulle violazioni del diritto d'autore commesse dagli utenti della rete. La responsabilità degli Intermediari, chiamando in causa la Direttiva eCommerce, va modificata. In particolare, come già rilevato dalla giurisprudenza, il punto chiave sta nella definizione del confine tra il ruolo passivo e attivo del provider, in virtù dell'attività di organizzazione, selezione e presentazione di contenuti che alcuni di essi svolgono, non è giusto che godano delle esenzioni alla responsabilità, in virtù anche della grande dimensione e del ruolo chiave giocato da queste imprese sul mercato dei contenuti digitali.



## BIBLIOGRAFIA

AUTERI, *Diritto di autore*, in AA.VV. (a cura di) *Diritto Industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2001, pag. 491

ANDREOLA, *Profili di responsabilità civile del motore di ricerca* in *Nuova giur.civ. comm.*, 2012

BALKIN, *The future of free expression in a digital age*, *Pepperdine Law Review*, 2008

BASSAN, *Diritto degli Audiovisivi*, Giuffrè, Milano, 2012

BASSINI, POLLICINO, *Evoluto, ma non attivo. La Corte d'appello di Milano travolge la più recente giurisprudenza sull'hosting provider*. 27 gennaio 2015 Articolo di "Il Sole 24 ore"

BORRUSO, RUSSO, TIBERI, *L'informatica per il giurista. Dal bit a Internet*. III ed. Giuffrè Editore, Milano, 2009, pag. 408

BERTANI, *Internet e l'amministrativizzazione della proprietà intellettuale in Il regolamento AGCOM sul diritto d'autore*, *Quaderni di Aida n. 25*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 3 ss.

BOCCHINI, *La responsabilità degli Internet Provider nella convergenza tecnologica*, in *Comunicazione e nuove tecnologie. New media e tutela dei diritti* a cura di A. Papa, Roma, 2011

BOCCHINI (a cura di), *I contratti di somministrazione e di servizi*, Torino, 2006

BERTONI; MONTAGNANI. *La modernizzazione del diritto d'autore ed il ruolo degli intermediari internet quali propulsori delle attività creative in rete* in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, p. 111

CASO, *Digital Right Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Cedam, Padova, 2004 pag. 165-166

CASO, *Il debutto in sordina delle licenze Creative Commons: questioni di responsabilità precontrattuale* in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, fasc. 2, 2015, pag. 322

CASSANO, IASELLI, *Caso "About Elly": la responsabilità dell'Internet service provider*, in *Il Corriere del merito*, 2011

CASSANO, SCORZA, VACIAGO (a cura di), *Diritto dell'internet. Manuale operativo. Casi, legislazione, giurisprudenza*, Cedam, Padova, 2013

CASTELLS, *The Internet Galaxy*, in *Oxford University Press*, 2001, p. 37 ss.

COCUCCIO, *La responsabilità civile per fatto illecito dell'Internet Service Provider* in *Responsabilità civile e Previdenza*, 2015, fasc. 4, p. 1321

CHIMIANTI, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore*. Giuffrè, Milano, 2005, p. 134

CHRISTENSEN, CLAYTON M., *The innovator's dilemma: when the new technologies cause great firm to fail*, in *Harvard Business Review Press*, 1997

COMELLI, GIOVE, *Responsabilità del provider per mancata rimozione di link a materiale illecito* (Nota a Trib. Roma sez. IX, 16 giugno 2011; 22 marzo 2011), in *Dir. ind.*, 2012, fasc. 1, p. 84 ss.

DE CATA, *La responsabilità civile dell'Internet Service provider*, Giuffrè, 2010, p. 176

DE LUCA ; TUCCI, *Il caso Google/Vivi Down e la responsabilità dell'internet service provider. Una materia che esige chiarezza*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2011, p. 1215

DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003

ERCOLANI, *Il diritto d'autore e i diritti connessi*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 319

FALCE, Valeria. *La modernizzazione del diritto d'autore*. Giappichelli, Torino, 2012

FALCE, Valeria. *Decreto Monti e liberalizzazione delle Collecting*, Relazione presentata in occasione del Convegno AIDA *Convegno sul diritto d'autore: gli artisti e le loro Collecting*, Milano, 20 Aprile 2012

FINOCCHIARO; DELFINI, (a cura di). *Diritto dell'Informatica*. UTET Giuridica, Milano, 2014.

FINOCCHIARO, *L'equilibrio titolare/Users nel diritto d'autore dell'Unione Europea in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II)*, fasc.3, 2016, p. 499

GHIDINI, Gustavo. *Profili evolutivi del diritto industriale*. Giuffrè, 2008

GINSBURG, J. *Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the "Three Step Test" for Copyright Exception*. Columbia Law School, 2001

GINSBURG; MARZANO, *Le difficili giornate del diritto d'autore sulla rete internet*, in IDA, 2009, p. 424 es ss.

GIOVANELLA, *La responsabilità per linking a files audiovisivi contraffatti e l'incerta natura del motore di ricerca* (Nota a ord. Trib. Roma, 22 marzo 2011), in *Danno e resp.*, 2011, p. 847 ss.

GUNTHER PETTERI, *The plan for a digital single market and reforming EU Copyright rules*. In *European Intellectual Property Review*, 2015

FRANCESCHELLI, *Digital Single Market: Diritto d'autore e società dell'informazione a pagamento* in *Rivista di Diritto Industriale*, 2015, fasc. 6, pag. 247

LA ROCCA, F. *Limiti ed eccezioni al diritto d'autore* in *Rivista di diritto industriale*, 2016, p. 342 ss.

LIBERTINI, *Gli effetti della Direttiva Barnier nel Mercato Italiano e paneuropeo della gestione dei diritto d'autore e connessi*, Atti del convegno 8 Giugno 2016, Luiss University Press

MAGGIO, *Diritto d'autore e commercio elettronico: Il mercato dell'usato dei programmi per elaboratore* in CASSANO; VACIAGO; SCORZA, *Diritto dell'Internet. Manuale operativo*, Cedam, Padova, 2012, p 452

MARGONI, T. *Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore in Internet*, Trento Law and Technology Research Group, Research Paper n. 9, 2012

MARTUSCIELLO, Workshop "Il diritto d'autore online: Modelli a confronto" Conclusioni alla prima sessione, 2014

MARZANO, *Gli effetti della Direttiva Barnier nel Mercato Italiano e paneuropeo della gestione dei diritto d'autore e connessi*, Atti del convegno 8 Giugno 2016, Luiss University Press

MARZANO, *Diritto d'autore e Digital Technologies*. Giuffrè, 2005

MAIETTA, *Il sistema delle responsabilità nelle comunicazioni via Internet* in CASSANO; CIMINO, *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche*. Cedam, Padova, 2008, p. 514

MENSI, FALLETTA, *Il diritto del web: Casi e materiali*. Padova, Cedam, Padova, 2015

MERLA, *Diffusione abusiva di opere in Internet e sequestro preventivo del sito web: il caso "The Pirate Bay"* in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica* (II), fasc.3, 2010, p. 448

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

MONTAGNANI, *La distribuzione online delle opere d'ingegno*. Giuffrè, 2012

MONTANARI, *Prime impressioni sul caso SABAM c. Netlog: gli Internet Service Provider e la tutela del diritto d'autore online* in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc.4, 2012, p. 1082

MUSCO, *Il rispetto dei diritti d'autore e connessi nell'attuazione italiana della direttiva n. 2007/65/CE sui servizi di media audiovisivi* in *Dir. informatica*, fasc.2, 2010, p. 215

MULLER, *Opere d'arte figurativa. Diffusione e riproduzione on line. Illiceità se manca consenso dell'autore* in IDA, 2009, p. 146 ss.

PASQUINO, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, Milano, 2003

PASTORE, *Soft Law, gradi di normatività, teoria delle fonti* in *Lavoro e Diritto*, Il Mulino, 2003

PATRONI GRIFFI, *Il diritto di distribuzione* in AIDA 2010 p. 197

PROSPERETTI, *La circolazione delle opere digitali* in CASSANO, VACIAGO, SCORZA, *Diritto dell'Internet. Manuale operativo*, Cedam, Padova, 2012, p. 411

PAWLEY, Head of Collective Rights Management IPO UK, *Gli effetti della Direttiva Barnier nel Mercato Italiano e paneruoepo della gestione dei diritto d'autore e connessi*, *Atti del convegno* 8 Giugno 2016, Luiss University Press

PALMIERI, *Il mercato della gestione collettiva* in AIDA 2013, p. 63

PITRUZZELLA, *Gli effetti della Direttiva Barnier nel Mercato Italiano e paneruoepo della gestione dei diritto d'autore e connessi* *Atti del convegno*, 8 Giugno 2016, Luiss University Press

PIZZETTI, *Il caso del diritto d'autore*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 83

QUATTRONE, *Gli effetti della Direttiva Barnier nel Mercato Italiano e paneruoepo della gestione dei diritto d'autore e connessi*, *Atti del convegno*, 8 Giugno 2016, Luiss University Press

RICCIO, *La responsabilità civile degli Internet providers*, p. 200 ss., Torino, 2002

RICCIO, *Alla ricerca della responsabilità dei motori di ricerca* (Nota a Trib. Roma, 22 marzo 2011), in *Danno e resp.*, 2011, 753 ss.

RIVARO, *L'applicazione del principio di esaurimento alla distribuzione digitale di contenuti protetti* in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 4, Giuffrè, 2014

RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995

ROMANO, *Il diritto di riproduzione nel contesto della convergenza dei media* in AIDA 2010

ROSEN, *The right to be forgotten*, *Stanford Law Review Online*, 2012

SANNA, *Il regime di responsabilità dei providers intermediari di servizi della società dell'informazione* in *Resp. civ.e prev.*, fasc. 1, 2004, p. 279

SARTI, *Concorrenza e level playing field europeo nella gestione collettiva dei diritti d'autore e connessi* in *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, Padova, 2016

SARTI in *Appunti in tema di estensione e legittimità del monopolio SIAE* in *AIDA*, 2015, p. 902

SARTOR, VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google e i rapporti regolatori USA/EU* in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, fasc.4-5, 2014, p. 657

SICA, *Il sistema delle responsabilità*, in COMANDÈ, SICA, *Il commercio elettronico, profili giuridici*, Torino, 2001, 220 ss.

SICA, *Recepita la direttiva sul commercio elettronico: commento al d.lgs. 70/03* in *Corriere Giuridico*, 2003, vol. 9, p.1225 ss.

SICA, STANZIONE, *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002

SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, Maggioli Editore, 2014

STAZI, *La tutela del diritto d'autore in rete: Bilanciamento degli interessi, opzioni regolatorie europee e modello italiano* in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II)*, fasc.1, 2015, pag. 89 e ss

STRIPPOLI, *La tutela giuridica del Software: l'ordinamento giuridico italiano e statunitense a confronto* in *Giust. civ.*, fasc.7-8, 2004, pag. 389

SZAMOSSZEGI, *Fair Use in the U.S. Economy. Economic Contribution of Industries Relying on Fair Use*, 2007, *Computer & Communications Industry Association*

TOMMASI, *Protocolli TCP/IP e problematiche contrattuali di accesso alla rete Internet*, in SIROTTI GAUDENZÌ, *Trattato breve di diritto della rete. Le regole di Internet*, Rimini, 2001, p. 127

TOSI (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Milano, 2003, p. 267 ss

TOSI, Emilio. *La tutela degli audiovisivi e dei contenuti digitali nelle reti di comunicazione elettronica tra diritto d'autore online e responsabilità civile degli ISP* in FINOCCHIARO, DELFINI, (a cura di). *Diritto dell'Informatica*. UTET Giuridica, Milano, 2014. Giuffrè, Milano, 2006.

VALENTINO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2016

ZENO-ZENCOVICH, *Diritto d'autore e libertà d'espressione: una relazione ambigua* in AIDA, Firenze, 2005. p. 150 e ss.

ZENO-ZENCOVICH, *Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata dal d.lgs. n. 70/2003*, in *Dir. inf.*, 505 e ss.

## SITOGRAFIA

AMERICAN ASSEMBLY, *Research on Infringement and Enforcement*, Novembre 2011, consultabile al seguente indirizzo: <http://piracy.americanassembly.org/wp-content/uploads/2011/11/AA-Research-Note-Infringements-and-Enforcement-November-2011.pdf> (Consultato in data Ottobre 2015)

ATTIVISSIMO, *I cd della Sony infettano windows* nel Blog *Il disinformatico*, Novembre 2015, consultabile al seguente indirizzo: <https://attivissimo.blogspot.it/2005/11/ixt-i-cd-della-sony-infettano-windows.html>

BAGNOLI ROSSI, *Tutela dei contenuti? Più responsabilità ai giganti del Web* nella rivista online *Key4biz*, Ottobre 2015, consultabile al seguente indirizzo: <https://www.key4biz.it/federico-bagnoli-rossi-fapav-tutela-dei-contenuti-piu-responsabilita-ai-giganti-del-web/135576/>

BASSINI, POLLICINO, *Evoluto, ma non attivo. La Corte d'appello di Milano travolge la più recente giurisprudenza sull'hosting provider*. 27 gennaio 2015 Articolo di "Il sole 24 ore". Reperibile al seguente link: <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/avvocatoAffari/mercatiImpresa/2015-01-27/evoluto-ma-non-attivo-corte-d-appello-milano-travolge-piu-recente-giurisprudenza-hosting-provider-090142.php>

BIONDI, *Serve una scossa per il mercato unico digitale* in *Sole 24 Ore*, 23 Maggio 2016, consultabile al seguente link: <http://www.ilsole24ore.com/art/impresa-e-territori/2016-05-23/serve-scossa-il-mercato-unico-digitale-084039.shtml?uuid=ADAWXTN>

CAMERA DEI DEPUTATI. Iter legislativo, consultabile al seguente link: <http://leg16.camera.it/126?tab=1&leg=16&idDocumento=4549&sede=&tipo>

COMMISSIONE EUROPEA, *Consultazioni pubbliche sulla revisione delle norme europee sul diritto d'autore*, 2013, consultabile al seguente indirizzo: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/consultation-document\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/consultation-document_en.pdf) (Consultato Aprile 2016)

COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Verde: Le industrie culturali e creative, un potenziale da sfruttare* in COM(2010)183 Consultabile al seguente indirizzo: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1469102303634&uri=CELEX:52010DC0183> (Consultato in data Settembre 2016)

COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Regolamento del parlamento europeo 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*, 25 Maggio 2016. Consultabile al seguente indirizzo: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-289-IT-F2-1.PDF>

COSIMI, *Netflix, gli abbonati sono meno del previsto* nella rivista *Wired*, 19 Luglio 2016, consultabile all'indirizzo: <http://www.wired.it/economia/business/2016/07/19/netflix-conti/> ( Consultato il 1 Agosto 2016)

D'ATRI, *Soundreef alla camera: Buona legge o disastri per autori ed editori? Questione di virgole*, 19 Gennaio 2017, Blog di *Soundreef*, consultabile al seguente link: <http://www.soundreef.com/it/blog/1/news-2/soundreef-alla-camera-buona-legge-o-disastro-per-autori-ed-editori-questione-di-virgole>

*Ebook Lab Italia, Che cos'è un e-book?* Consultabile al seguente indirizzo: <http://www.ebooklabitalia.com/ebook-faq/che-cosa/> ( Consultato a Giugno 2016)

KING, *The day the Napster died* nella rivista *Wired*, 15 Maggio 2002, consultabile al seguente indirizzo: <http://www.wired.com/2002/05/the-day-the-napster-died/> (Consultato in data 13 Febbraio 2016)

LEWIS, *The problem with Spotify* nella rivista *New Musical Express*, 11 Settembre 2009, consultabile al seguente indirizzo: <http://www.nme.com/blogs/nme-blogs/the-problem-with-spotify>

LIPTAK; ALTER, *Challenge to Google Books Is Declined by Supreme Court* in *New York Times*, 18 Aprile 2016. Consultabile al seguente indirizzo: [http://www.nytimes.com/2016/04/19/technology/google-books-case.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2016/04/19/technology/google-books-case.html?_r=0)

MARZANO, *Dda online: verso la fine del free riding*, nella rivista online *Key4biz*, 8 ottobre 2015, consultabile al seguente indirizzo: <https://www.key4biz.it/ddaonline-verso-la-fine-del-free-riding-intervento-di-paolo-marzano-comitato-consultivo-diritto-dautore/136087/> (Consultato il 10 Dicembre 2015)

MARZANO, *Gli effetti della Direttiva Barnier sul diritto d'autore*, Intervista alla rivista *Formiche*, consultabile al seguente link: <http://formiche.net/2016/12/26/cosa-cambia-con-la-direttiva-barnier/>

MONTAGNANI, *Esaurimento del diritto di distribuzione online: tempo di cambiare le regole?* Dalla Rivista Online *Medialaws*, Febbraio 2011, consultabile all'indirizzo: <http://www.medialaws.eu/esaurimento-dei-diritti-di-distribuzione-online-tempo-di-cambiare-le-regole/> (Consultato il 1 Ottobre 2015)

MOSCA, *Spotify va alla grande ma resta in perdita* nella rivista *Wired*, 26 Maggio 2016, consultabile all'indirizzo: <http://www.wired.it/economia/business/2016/05/26/introiti-spotify/> (Consultato il 1 Agosto 2016)

NATALE, *Copyright: Saltano fuori i piani dell'europa per il 2016* nella rivista online Key4biz, consultabile al seguente link: <https://www.key4biz.it/copyright-saltano-fuori-i-piani-ue-per-il-2016/142396/>

OXERA, OLIVER & OHLBAUM segnala potenziali perdite per i consumatori, in termini di accesso ai contenuti ed aumento dei prezzi, fino a 9,3 miliardi di euro l'anno, consultabile al seguente link: [http://www.oxera.com/getmedia/5c575114-e2de-4387-a2de-1ca64d793b19/Cross-border-report-\(final\).pdf.aspx](http://www.oxera.com/getmedia/5c575114-e2de-4387-a2de-1ca64d793b19/Cross-border-report-(final).pdf.aspx) (Consultato Giugno 2016)

SCORZA, *Diritto d'autore: da oggi gli artisti liberi di scegliere* in Il Fatto quotidiano, 20 Dicembre 2012, consultabile al seguente link: <http://www.ilfattoquotidiano.it/2012/12/20/diritti-dautore-da-oggi-artisti-liberi-di-scegliere/>

SCORZA, *L'estinzione dell'IMAIE: una lezione di cui far tesoro*, dell'11 Maggio 2009, consultabile nella rivista online Punto Informatico al seguente link: <http://punto-informatico.it/2619281/PI/Commenti/estinzione-dell-imaie-una-lezione-cui-far-tesoro.aspx>

*Secure Digital Music Initiative* (SDMI), consultabile il seguente indirizzo: <http://cyber.law.harvard.edu/property/MP3/sdmi.html>

SIAE, Sito istituzionale, consultabile al seguente indirizzo: [https://online.siae.it/site/OlafDDS\\_Autori.asp?l=C&click\\_level=3400.0500.0600](https://online.siae.it/site/OlafDDS_Autori.asp?l=C&click_level=3400.0500.0600)

SZAMOSSZEGI, *Fair Use in the U.S. Economy. Economic Contribution of Industries Relying on Fair Use*, 2007, *Computer & Communications Industry Association*, consultabile al seguente indirizzo: <http://www.cciainet.org/wp-content/uploads/library/FairUseStudy-Sep12.pdf>

TRECCANI, alla voce «*Free Rider*», consultabile nella versione online al seguente indirizzo: [http://www.treccani.it/enciclopedia/free-rider\\_\(Dizionario-di-Economia-e-Finanza\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/free-rider_(Dizionario-di-Economia-e-Finanza))

TRECCANI, alla voce «Pirateria Informatica», consultabile nella versione online al seguente indirizzo: [http://www.treccani.it/enciclopedia/pirateria-informatica\\_%28Lessico-del-XXI-Secolo%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/pirateria-informatica_%28Lessico-del-XXI-Secolo%29/)

TRECCANI, Dizionario di Economia e Finanza, alla voce “New Economy”, consultabile al seguente link: [http://www.treccani.it/enciclopedia/new-economy\\_\(Dizionario-di-Economia-e-Finanza\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/new-economy_(Dizionario-di-Economia-e-Finanza)/)

TYNAN, *The 25 worst tech products of all time in PCWorld*, 26 Maggio 2006, consultabile al seguente indirizzo: [http://pcworld.com/article/125772/the\\_25\\_worst\\_tech\\_products\\_of\\_all\\_time.html](http://pcworld.com/article/125772/the_25_worst_tech_products_of_all_time.html) (Consultato il 25 gennaio 2016)

Ufficio Studi AIE, *Rapporto sullo stato dell’editoria in Italia 2015. La sintesi*, ottobre 2015, consultabile al seguente indirizzo: [http://www.aie.it/Portals/default/Skede/Allegati/Skeda105-3554-2015.10.13/3\\_Rapporto2015\\_LaSintesi.pdf](http://www.aie.it/Portals/default/Skede/Allegati/Skeda105-3554-2015.10.13/3_Rapporto2015_LaSintesi.pdf)

*United States Court of appeal for the second circuit* No. 13-4829 *Authors Guild v. Google Inc.* October 16, 2015 (<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/13-4829/13-4829-2015-10-16.html>)

ZORLONI, *Che cos’è Soundreef, la start up che vuole fare concorrenza alla SIAE* su *WIRED*, 27 Ottobre 2016. Consultabile al seguente indirizzo: <http://www.wired.it/economia/business/2016/10/27/soundreef-startup-siae/> (Cons. Dicembre 2016)