

LUISS



**DOTTORATO DI RICERCA
DIRITTO ED IMPRESA XXXII CICLO**

COORDINATORE CHIAR.MO PROF. A. GULLO

USER-ADAPTED CONTENT

L'ELEFANTE NELLA STANZA DEL DIRITTO D'AUTORE DELL'UNIONE EUROPEA?

CANDIDATO

DOTT.SSA

ANDREA GIULIA MONTELEONE

TUTOR

CHIAR.MO PROF.

GUSTAVO OLIVIERI

INDICE

Introduzione	4
---------------------------	----------

Capitolo Primo

User-Generated Content: fenomeno e definizione

1. <i>Il Web 2.0 e le piattaforme</i>	9
2. <i>User-Generated Content, il fenomeno.....</i>	17
3. <i>Tentativi di definizione</i>	24
4. <i>User-Adapted Content</i>	31
5. <i>Considerazioni conclusive.....</i>	37

Capitolo Secondo

User-Adapted Content: inquadramento giuridico

1. <i>Introduzione.....</i>	42
2. <i>User-Adapted Content come opere derivate</i>	45
3. <i>La disciplina dell'opera derivata, il conflitto con i diritti patrimoniali</i>	58
4. <i>Le libere utilizzazioni.....</i>	70
4.1. <i>Citazioni.....</i>	75
4.2. <i>Caricatura, parodia o pastiche</i>	88
4.3. <i>Considerazioni sull'applicabilità delle eccezioni della Direttiva 2001/29/CE agli UAC.....</i>	93
5. <i>Il possibile conflitto con i diritti morali.....</i>	97
6. <i>Considerazioni conclusive.....</i>	101

Capitolo Terzo

Spunti Comparativi: Canada e U.S.A.

1. <i>Introduzione.....</i>	106
2. <i>Canada: l'eccezione per contenuti generati dagli utenti</i>	107

3. <i>L'adozione di un'eventuale specifica eccezione per UAC in Unione Europea</i>	114
4. <i>U.S.A.: il fair use</i>	119
5. <i>Il possibile recepimento del fair use in Unione Europea</i>	135
6. <i>Considerazioni conclusive</i>	145

Capitolo Quarto

User-Adapted Content nella Direttiva 2019/790/UE

1. <i>Introduzione</i>	150
2. <i>I lavori sul testo dell'articolo 17 della Direttiva 2019/790/UE</i>	151
3. <i>L'articolo 17 della Direttiva 2019/790/UE</i>	165
4. <i>La soluzione contrattuale</i>	176
5. <i>La soluzione tecnologica</i>	189
6. <i>Le eccezioni al diritto d'autore</i>	204
7. <i>I diritti morali degli autori</i>	211
8. <i>Proposte per un recepimento sovranazionale</i>	213
Conclusioni	228
Bibliografia	238

INTRODUZIONE

Il Web 2.0 ha segnato il passaggio dal *web* dinamico a quello partecipativo determinando l'abbandono dell'uso meramente passivo di internet a favore di uno attivo, da cui è conseguita la trasformazione dell'utente in autore tramite la diffusione di una nuova modalità di interazione, che è insieme produzione e consumo, caratteristica principale dei c.d. *social media*.

Questo termine è utilizzato per fare riferimento ad una pluralità di servizi e prodotti molto diversi tra loro ed accomunati da un elemento ben individuabile, ovvero, il contenuto generato dagli utenti, o “*User-Generated Content*” (“UGC”).

Invero, gli UGC possono essere considerati come un'evoluzione tecnologica della naturale tendenza umana a produrre espressioni creative riutilizzando materiale preesistente, dunque la novità consisterebbe principalmente nel loro attuale volume e nel fatto che quasi ogni utente di internet oggi può facilmente creare e condividere contenuti.

A riprova della complessità del fenomeno, si rileva che una definizione generale e onnicomprensiva di UGC sembra impossibile da sviluppare. L'espressione dovrebbe infatti includere tutti e i vari tipi di contenuti generalmente disponibili *online*, indifferentemente dal loro merito e dalla circostanza che sia un prodotto del tutto originale o, piuttosto, modifica e adattamento di materiale preesistente.

Tuttavia, il gradiente di creatività espresso è essenziale ai fini della distinzione tra diversi tipi di UGC. Ebbene, nell'ipotesi in cui l'utente crei autonomamente ed originariamente un UGC, questo deve essere considerato un'opera dell'ingegno in senso stretto. Del pari, quando l'attività dell'utente sia limitata al caricamento sulle piattaforme di opere dell'ingegno, senza che egli abbia ottenuto il consenso del titolare

dei diritti, non possono esservi dubbi circa l'illegalità dell'atto che costituirà un plagio od una contraffazione. Invece, l'ipotesi che maggiormente qui interessa è quella in cui, pur essendo un qualche gradiente di originalità dimostrato, l'UGC sia basato su materiale preesistente, configurando più tecnicamente un "*User-Adapted Contenti*" ("UAC").

Tale particolare interesse discende da due diverse circostanze: gli UAC sono la categoria più diffusa e quella che svela un maggiore attrito rispetto al diritto d'autore. Pertanto, questi sono stati oggetto dell'attenzione della Commissione europea nel quadro di riforma del sistema del diritto d'autore europeo.

Così inquadrata le premesse fattuali e tecnologiche, la ricerca è finalizzata ad individuare il punto di conflitto tra UAC e diritto d'autore e l'eventuale disciplina applicabile in via analogica - anche facendo riferimento ad esperienze straniere particolarmente rilevanti quali il Canada e gli Stati Uniti d'America - nonché a valutare gli effetti che la Direttiva 2019/790/UE può assumere nei confronti del fenomeno in oggetto, nonostante questa non affronti direttamente il tema ma proponga una disciplina solo indiretta.

A tal fine, si è ritenuto necessario procedere in senso logico con lo scopo di far emergere le ragioni della scelta operata dal legislatore europeo e le funzionalità che il sistema istituito può avere.

Pertanto, il Capitolo Primo fornisce un inquadramento generale del fenomeno degli UGC sia dal punto di vista tecnologico, tramite un'analisi del Web 2.0 e delle piattaforme di condivisione dei contenuti, sia dal punto di vista più attinente al diritto d'autore, ovvero l'impatto che questi nuovi strumenti hanno avuto sulla creazione di forme espressive innovative e l'individuazione di nuovi mezzi di condivisione di contenuti protetti.

Sono dunque passati in rassegna i più autorevoli tentativi di definizione del fenomeno che, pur adottando soluzioni piuttosto simili, si soffermano in parte su aspetti diversi della tematica. In particolare, la Commissione europea, in occasione delle consultazioni pubbliche svolte nel 2014, ha ristretto molto la definizione di UGC creando una forte ambiguità terminologica. Infatti, i lavori del legislatore europeo sono stati limitati ai soli UAC, quali opere derivate da materiale preesistente. Tuttavia, non sono state chiarite le ragioni di tale scelta e sono stati del tutto trascurati gli UGC originali, che costituiscono comunque un fenomeno di estensione rilevante.

Dunque, attenendosi alle indicazioni fornite dalla Commissione europea, il Capitolo Secondo approfondisce la disciplina dell'opera derivata alla luce del diritto d'autore europeo, ordinamento giuridico di riferimento del presente lavoro.

A tal proposito, deve rilevarsi che tale fattispecie non è armonizzata e per tracciarne i confini si è ritenuto necessario ragionare *a contrario*. Da un lato, infatti, si affronta il tema delle eccezioni al diritto d'autore che coinvolgono direttamente il diritto di rielaborazione: citazioni, caricature, parodie o *pastiche*, tutte facoltative ai sensi della Direttiva 2001/29/CE, e non del tutto armonizzate a livello europeo. Per questa ragione, la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea è analizzata al fine di individuare gli elementi che consentano di comprendere quali possano essere le condizioni per produrre opere derivate senza ledere i diritti di altri soggetti su opere preesistenti e se tali principi siano applicabili in via analogica agli UAC, anche rispetto al possibile conflitto tra elaborazioni creative ed i diritti morali degli autori.

Il Capitolo Terzo, poi, tenta un'analisi comparata di modelli stranieri che si sono rivelati particolarmente sensibili al fenomeno degli UGC e per tale motivo sono stati anche individuati dalla Commissione europea,

nel corso dei lavori per l'adozione della Direttiva 2019/790/UE, come possibili riferimenti per la disciplina della fattispecie.

Tuttavia, l'introduzione di una specifica eccezione al diritto d'autore a favore degli UAC, sul modello della Section 29.21 del *Copyright Act* canadese, pur essendo stata sostenuta dalla dottrina, fa dubitare della sua compatibilità con il c.d. *three-step test* della Convenzione di Berna e dei TRIPS.

La medesima perplessità pare sorgere anche rispetto all'adozione, nel diritto d'autore europeo, di un sistema simile al *fair use* statunitense, che consente usi liberi purchè effettuati con scopo trasformativo. Ebbene, pur essendosi la giurisprudenza americana svelata particolarmente favorevole agli UAC in virtù dell'esercizio del *fair use*, un approccio strettamente casistico non pare preferibile in un sistema in cui si vuole tendere alla massima armonizzazione e certezza giuridica.

Dunque, abbandonata l'ipotesi relativa all'introduzione di una nuova eccezione - sia essa specificatamente costruita per regolare il fenomeno degli UAC, oppure di portata più generale - il legislatore europeo, che sembrava deciso ad intervenire in materia sin dai primi atti dell'*iter* di riforma, ha assunto poi un atteggiamento piuttosto incerto che è sfociato nel testo della Direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, adottata il 17 aprile 2019, oggetto del Capitolo Quarto.

La Direttiva, è bene chiarirlo, non affronta esplicitamente il tema degli UAC e, tramite l'articolo 17 - dedicato all'utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* - mostra un'evidente predilezione per l'alternativa contrattuale pure proposta in fase di discussione.

Ciononostante, alcune riflessioni possono comunque essere spese rispetto all'effetto che il sistema istituito dall'articolo 17 può avere sugli UAC all'esito dell'interazione del dato normativo con la realtà fattuale su cui la norma insiste, in cui le tecnologie di filtraggio dei contenuti

costituiscono lo standard di mercato. A tal proposito, sorgono profonde incertezze e pesanti interrogativi con riferimento all'effettivo rispetto dei diritti degli utenti - pure riconosciuti dal diritto d'autore come giusto contrappeso per preservare la libertà di espressione -, in quanto le scarse previsioni legislative non sembrano sufficienti a preservare l'interesse della collettività alla ricchezza dei contenuti culturali e alla limitazione dei monopoli autoriali.

Alla luce di queste considerazioni, sembra quindi che la fase di recepimento della Direttiva 2019/790/UE assuma particolare rilevanza al fine di garantire un attento intervento regolatorio che miri in particolare ad assicurare il giusto bilanciamento degli interessi coinvolti, nonché a vigilare perché sia scongiurato il rischio di condotte abusive. Tale vigilanza dovrebbe essere auspicabilmente svolta da un soggetto pubblico che funga da garante degli interessi della collettività, unico per tutto il territorio dell'Unione Europea. Nell'impossibilità di procedere in questo senso, il medesimo ruolo potrebbe essere altresì svolto dalle singole autorità nazionali purché in maniera concertata. Questo per evitare che la disomogeneità delle risposte generi diversi livelli di tutela ed immobilizzante incertezza giuridica in un ambiente dinamico e sovranazionale quale quello creato dalle piattaforme di condivisione dei contenuti.

CAPITOLO PRIMO

USER-GENERATED CONTENT

FENOMENO E DEFINIZIONE

SOMMARIO: *1. Il Web 2.0 e le piattaforme - 2. User-Generated Content, il fenomeno - 3. Tentativi di definizione - 4. User-Adapted Content - 5. Considerazioni conclusive.*

1. Il Web 2.0 e le piattaforme

L'utilizzazione massiva e non autorizzata di opere sui *social network* - e sulle piattaforme più in generale - è un fenomeno della rete caratterizzante la maggior parte delle attività digitali, tanto comune da essere ormai ingiustamente considerata una condizione fisiologica di internet.¹ Alla diffusione di tale fenomeno contribuisce senz'altro la difficoltà di tutelare efficacemente i diritti d'autore nell'ambiente digitale; al contempo, però, è il diritto d'autore ad essere frustrato dalla mutevolezza della tecnologia e dalle potenzialità che questa sprigiona.² Tale rapporto conflittuale tra tecnologia e diritto non è certo una novità, tantomeno per il diritto d'autore che, nato con l'invenzione della stampa, ha subito ripensamenti e ammodernamenti sotto l'impulso dello sviluppo industriale dei mezzi di riproduzione.³

¹ C. GEIGER, *Legalize it? Quelques réflexions sur la mise en œuvre du droit d'auteur dans le contexte de l'utilisation non autorisée des œuvres sur internet*, in *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, AA.VV., Collection of the CEIPI, 61, LexisNexis, Paris 2014, p.167.

² *Ibid.*

³ *Id.*, p.168. Nello stesso senso: J. FARCHY, *Le droit d'auteur est-il soluble dans l'économie numérique?*, *Réseaux*, 110, 6, 2001, p.17; N. ELKIN-KOREN, *Governing Access to User-Generated-Content: the changing nature of private ordering in digital*

Tuttavia, due sono le circostanze che distinguono questa nuova fase di crisi: l'ampiezza del fenomeno e la qualità della riproduzione, infatti, ciascuno ha ormai le capacità tecniche per realizzare una copia perfetta di un'opera dell'ingegno. Pertanto, per richiamare la celebre teoria della c.d. "distruzione creatrice" di matrice schumpeteriana,⁴ secondo cui l'innovazione, distruggendo ciò che è preesistente, può impattare su determinati settori così intensamente da obbligare le società che vi appartengono ad evolversi - pena l'estinzione -, sorge oggi la necessità di adattare nuovamente il diritto d'autore alla tecnologia, pena il suo totale superamento.⁵

Sembrerebbe, dunque, che sia davvero arrivato il momento di ripensare il sistema di tutela autoriale, in quanto le modifiche intervenute negli

networks, in *Governance, Regulations and powers on the internet*, E. BROUSSEAU – M. MARZOUKI – C. MEADEL (ed), Cambridge University Press, 2009, p.1; U.S.A. DEPARTMENT OF COMMERCE INTERNET POLICY TASK FORCE, *Green Paper on Copyright Policy, Creativity, And Innovation In The Digital Economy*, July 2013, p.6.
⁴ J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, 1942. Vedi anche, J.D. POTTS HARTLEY – J.A. BANKS – J.E. BURGESS – R.S. COBCROFT – S.D. CUNNINGHAM – L. MONTGOMERY, *Consumer co-creation and situated creativity*, *Industry and Innovation*, 15, 5, 2008, pp.459-474, mettono in relazione le fasi della distruzione creativa con quelle di evoluzione dei mercati. Questi ultimi, inizialmente caratterizzati da monopoli capitalistici spazialmente limitati, si sarebbero successivamente frazionati, a seconda della propria specializzazione, in una moltitudine di mercati competitivi, per essere infine soppiantati da nuovi mercati che hanno superato sia le originarie limitazioni territoriali che la differenziazione determinata dalla specializzazione.

⁵ R. ASHCROFT - G. BARKER, *Is copyright law fit for purpose in the Internet era? An economic and legal perspective*, European Commission, 2014, partendo dall'assunto che internet - e le tecnologie informatiche in generale - siano *driver* importanti per la crescita economica e che, al contrario, una regolazione non adeguata costituisca un ostacolo all'innovazione, rilevano che questa fase di distruzione creativa cui abbiamo assistito, avvenuta senza il consenso dei titolari dei diritti, ha dato origine ad una situazione di grave inefficienza in cui ha prevalso un modello di sfruttamento parassitario. Al contrario, affermano, se il processo fosse stato accompagnato da un sistema di tutele più opportuno, l'evoluzione avrebbe determinato risultati più soddisfacenti. Infatti, secondo gli autori, p.14: «*The perception that copyright may pose a risk of a chilling effect on the process of creative destruction is mistaken. Quite the contrary: copyright supports the process of creative destruction and ensures that it proceeds efficiently*».

ultimi decenni hanno sempre affrontato questioni marginali ed evitato interventi radicali.⁶

Non può ignorarsi infatti che le principali fonti del diritto d'autore, a partire dalla Convenzione di Berna fino alle direttive europee in materia, siano risalenti ad epoche in cui internet non era neppure immaginabile o, a quando, pur essendo già una realtà, non aveva le caratteristiche e il ruolo che oggi gli riconosciamo.⁷

D'altra parte, negli ultimi decenni, la rete ha subito un'importante evoluzione sia dal punto di vista tecnologico che rispetto all'entità della sua diffusione. Superata la fase di mera sperimentazione, internet è stato lungamente caratterizzato da pagine statiche dove il contenuto era aggiornato dal gestore e di cui l'utente poteva fruire solo passivamente, il c.d. Web 1.0,⁸ poi soppiantato dapprima dal Web 1.5, in cui erano presenti forme embrionali di interazione, e infine, dal Web 2.0.⁹

⁶ In tal senso, N. ELKIN-KOREN, *Tailoring Copyright To Social Production, Copyright Culture, Copyright History*, Theoretical Inquiries L., 12, 309, January 2011, p.1, secondo cui, pur sembrando un tale processo di aggiornamento "frazionato" l'unico possibile in questo contesto giuridico e storico, non manca chi propone un radicale ripensamento del modello del diritto d'autore e la sostituzione all'attuale assetto proprietario con un sistema incentrato, invece, sulla socializzazione delle perdite e l'istituzione di meccanismi di compensazione. La dottrina statunitense ha ampiamente teorizzato questo ripensamento integrale, in particolare L. LESSIG, *Remix. Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, The Penguin Press, 2008; W.W.III FISHER, *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*, Stanford University Press, chapter 7, September 2007.

⁷ La pervasività di internet e la diffusione di molteplici c.d. *device*, ha consentito a Y. RACICOT, *Le tout-à-l'écran*, Médium, 15, 2008, p.98, di coniare l'espressione "Homo ecranicus" per indicare questa fase di sviluppo della società e di evoluzione della specie umana come inscindibilmente legata allo "schermo" (in francese *ecran*).

⁸ J. HAFKESBRINK - M. SCHROLL, *Innovation 3.0: embedding into community knowledge - collaborative organizational learning beyond open innovation*, Journal of Innovation Economics & Management, 7, 2011, p.67, individuano le tappe dello sviluppo del Web 1.0 nel passaggio dal c.d. "information web", quando la rete era solo uno strumento per la fornitura di informazioni, al c.d. "transaction web" con la diffusione dell'e-commerce. Ma entrambe le tipologie di servizi, aggiungono gli autori, sono state comunque caratterizzate da un elevato grado di staticità e dall'assenza di una vera interazione.

⁹ *Id.*, p.68, nel tratteggiare le differenze tra Web 1.0 e 2.0 enfatizzano le circostanze che, mentre il primo era caratterizzato da c.d. "corporate individualism", il secondo da una collaboratività che ne determina una natura antropocentrica. Tuttavia,

Il primo ad aver individuato le caratteristiche differenziali di quest'ultimo, è stato O'Reilly, il quale ha enfatizzato il concetto di rete come piattaforma dove ciascuno può contribuire alla costruzione e allo sviluppo del prodotto digitale.¹⁰ In altre parole, il Web 2.0 ha segnato il passaggio dal *web* dinamico a quello partecipativo.¹¹

Questa rivoluzione ha avuto un impatto che non può considerarsi limitato nei suoi effetti al mondo digitale e alla rete ma, come

aggiungono, la prossima fase del *web* sarà più “*tecnocentrica*” in quanto il Web 3.0 (il *web* “*semantic*”) si fonda sul tentativo di catturare il significato dell'informazione e di porla in relazione con la cultura preesistente tramite l'utilizzo di meta-dati. In altre parole, il *web* sarà in grado di “*comprendere*” le richieste degli utenti per soddisfarle. Gli stessi autori, pp.55-57, individuano i vari stati dell'innovazione del *web* e ne chiariscono le caratteristiche evolutive da lineare a sistemica, aperta, preconizzando un futuro stadio di evoluzione, un Web 4.0 che sarà fondato sulla convergenza tra tecnologie e porterà internet direttamente nel mondo “*reale*”, il c.d. “*Internet of Things*”. Sull'evoluzione del *web*, cfr. anche J.A. OBAR – S. WILDMAN, *op.cit.*, 2015, p.6.

¹⁰ T. O'REILLY, *What Is Web 2.0, Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software*, 2005, sostiene che è Web 2.0 tutto quanto riesca a sfruttare i benefici dell’“*architettura della partecipazione*” e produca esperienze - più che contenuti - per gli utenti. Il fenomeno del Web 2.0 ha interessato anche la sociologia in quanto sembra aver avuto effetti relazionali importanti. Da questo punto di vista, il Web 2.0 costituirebbe un fenomeno più ampio, ovvero, come autorevolmente sostenuto da M.J. FLEUTIAUX, *Web 2.0 et contrefaçon de droit d'auteur; de nouveaux outils pour de nouveaux usages*, in AA.VV., *Contrefaçon sur internet, Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0., Le droit des affaires, Propriété intellectuelle*, 33, LexisNexis, 2009, p.7, esso sarebbe un insieme di strumenti che hanno permesso l'emancipazione dell'utente in quanto attore dell'ambiente digitale. Sul punto, anche: M. CLÉMENT-FONTAINE, *Les Communautés épistémiques en ligne: un nouveau paradigme de la création*, RIDA 235, 2013, p.123. P. TRUDEL, *Web 2.0 Regulation: A Risk Management Process*, Can. J. L. & Tech., 7, 2010, p.243, secondo cui l'espressione Web 2.0 ha finito per essere utilizzata per riferirsi ad una serie di fenomeni eterogenei e non ben definiti, ma accomunati dall'alto livello di coinvolgimento degli utenti nella produzione di contenuti. Al contempo, poi, l'espressione è riferibile anche al Web 2.0 come architettura di rete per l'interconnessione tra utenti.

¹¹ È emblematico che il giornale TIME abbia designato il “Personal Computer” come “persona dell'anno” 1983 e, invece “You”, ovvero i singoli internauti, come “persona dell'anno” 2006. <http://content.time.com/time/covers/0,16641,19830103,00.html> e <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,1570810,00.html> Sul significato di questa scelta, cfr. M.W.S. WONG, *User Generated Content and the Open Source/ Creative Commons Movement: Has the Time Come for Users Rights?*, Fordham-Ipa, 4th Annual Asian IP Law & Policy Day, 2007, p.7; N. ELKIN-KOREN, *User-Generated Platforms*, in *Working within the boundaries of Intellectual Property*, R. DREYFUSS - D.L. ZIMMERMAN – H. FIRST (ed.), Oxford University Press, 2010, p.2.

autorevolmente sostenuto, se l'invenzione della stampa ha consentito al popolo di leggere, internet gli ha permesso di scrivere, creare, partecipare attivamente alla vita culturale di un gruppo cui sente di appartenere.¹²

Del pari, il superamento della fruizione meramente passiva di contenuti ha determinato la diffusione di una nuova modalità di interazione tra utenti e piattaforme, caratteristica principale dei c.d. *social media*,¹³ che

¹² B. BAYART, *La neutralité du réseau*, in *La Bataille Hadopi*, AA.VV., InLibroVeritas, 2009: «*L'imprimerie a permis au peuple de lire; Internet va lui permettre d'écrire*». Tale effetto è tanto dirompetene da aver fatto dubitare che la libertà di espressione fosse effettiva prima dell'avvento di internet e del Web 2.0. Anche: L. MAUREL, *Droit d'auteur et création dans l'environnement numérique. Des conditions d'émancipation à repenser d'urgence*, Mouvements, 79, 2014, p.101. Ad ogni buon conto, mentre molto si può discutere circa l'esercizio del diritto di espressione prima della rivoluzione informatica, certo è che il Web 2.0 abbia contribuito ad una forte democratizzazione della rete. In tal senso, A. COUTANT – T. STENGER, *Les médias sociaux: une histoire de participation*, Le Temps des médias, 18, 2012, p.80, distinguono le quattro tappe di tale processo: (i) una fase iniziale caratterizzata da produzioni specializzate; (ii) la diffusione delle prime piattaforme di *e-commerce* negli anni '90 con un primordiale dinamica interattiva; (iii) la creazione dei *blog* determina una partecipazione sempre maggiore; (iv) la creazione dei *social networks* (a partire dal 2004).

¹³ Anche *social networks*. Spesso, queste espressioni sono utilizzate come sinonimo del Web 2.0 ma è una tendenza non del tutto corretta dal punto di vista metodologico in quanto i primi, in realtà, sono solo uno dei fenomeni in cui il secondo si esplica, sebbene, forse, il più rilevante quantomeno in termini numerici. In tal senso: T. STENGER - A. COUTANT, *Introduction*, Hermès, La Revue, 59, 2011, p.9; A. COUTANT - T. STENGER, *op.cit.*, 2012, pp.77 ss., definiscono *social media* quelle applicazioni *online* che si fondano sull'ideologia e la tecnologia del Web 2.0 e permettono creazione e scambio di contenuti. Tale caratteristica determina, secondo gli autori, l'ambiguità terminologica per cui spesso si confondono le diverse espressioni di: Web 2.0, *web partecipativo*, *media partecipativi*, *social networks*, etc. Gli stessi autori, p.84, ravvedono negli UGC addirittura l'elemento centrale dell'intero fenomeno economico dei *social media*. Ciò in quanto è da questi che deriva il profitto nella misura in cui garantirebbero la fedeltà degli utenti alla piattaforma in maniera direttamente proporzionale a quanto gli stessi sentono di partecipare attivamente alla creazione e miglioramento del servizio. Nello stesso senso, E. WHITE, *The Berne Convention's Flexible Fixation Requirement: A Problematic Provision for User-Generated Content*, Chicago Journal of International Law, 13, 2, 18, 2013, p.691. J.A. OBAR – S. WILDMAN, *Social media definition and the governance challenge: An introduction to the special issue*, Telecommunications Policy, 39, 9, Quello Center Working Paper, 2647377, 2015, p.1, tentano di individuare gli elementi utili a ricostruire una definizione di *social media*, ovvero: (i) Web 2.0; (ii) *user-generated content*; (iii) gruppi dedicati per specifici interessi; (iv) interconnessione tra gli utenti. Anche, S. CUNNINGHAM – D. CRAIG, *Social Media Entertainment: The New*

è insieme di produzione (*production*) e consumo (*consumption*), ovvero c.d. *prosumption*.¹⁴

Questo termine è utilizzato per fare riferimento ad una pluralità di servizi e prodotti molto diversi tra loro ed accomunati da un elemento ben individuabile, ovvero, il contenuto generato dagli utenti, o “*User-Generated Content*” (nel prosieguo, “UGC”).¹⁵ Infatti, la maggior parte

Intersection of Hollywood and Silicon Valley, NYU Press, February 2019, p.33. Invece, EUROPEAN COMMISSION, *Online Platforms and the Digital Single Market*, COM(2016) 288, p.32, fa storicamente risalire la creazione delle piattaforme *social media* alla fine degli anni '90 riconoscendo tuttavia che solo nel primo decennio degli anni 2000 queste hanno assunto le caratteristiche che gli riconosciamo. Al contempo, la Commissione ammette l'impossibilità di fornire una definizione univoca di *social media* proponendo come utile quella utilizzata nel procedimento Facebook/Whatsapp (COMP/M.7217/2014 para. 46) ovvero: «*services which enable users to connect, share, communicate and express themselves online through a mobile app*».

¹⁴ Il termine è fatto risalire agli studi di A. TOFFLER, *The Third Wave*, Bantam Books, 1980, p.266, il quale ha teorizzato che la c.d. *prosumption* sia in realtà una condizione predominante nelle società pre-industriali (*first wave*) che è stata soppiantata, in seguito all'industrializzazione, da una netta separazione tra produttori e consumatori (*second wave*). Ciononostante, anche la società contemporanea sembra caratterizzata da un ritorno alla primordiale confusione di ruoli tra i soggetti del mercato (*third wave*). Ancora, G. RITZER - N. JURGENSON, *Production, Consumption, Prosumption. The nature of capitalism in the age of the digital “prosumer”*, *Journal of Consumer Culture*, 10, 2010, p.14, chiariscono che, sebbene il fenomeno della *prosumption* sia diffuso da tempo e caratteristico delle società che abbiano intrapreso una fase di industrializzazione più avanzata, una serie di cambiamenti sociali, tra cui anche il Web 2.0 e gli UGC, vi hanno attribuito una sempre maggiore centralità. Ancora, p.19, gli autori sostengono che è con il Web 2.0 che la *prosumption* è esplosa in quanto non è stata determinata da questa tecnologia, ma il coinvolgimento di ogni singolo utente della rete ne ha determinato una grandezza senza precedenti.

¹⁵ T. STENGER - A. COUTANT, *op.cit.*, 2011, p.10, chiariscono che l'espressione *social media* è generalmente usata per indicare: i *blog*, le comunità *online*, i *wikis*, le piattaforme di condivisione di contenuti e, infine, i *social networks*. Coerentemente, OECD, DIRECTORATE FOR SCIENCE, TECHNOLOGY AND INDUSTRY, COMMITTEE FOR INFORMATION, COMPUTER AND COMMUNICATIONS POLICY, WORKING PARTY ON THE INFORMATION ECONOMY [WPIE], *Participative Web: User Created Content*, DSTI/ICCP/IE(2006)7/FINAL, S. WUNSCH-VINCENT – G. VICKERY, April 12, 2007, p.8, per cui: «*the rise of the amateur creators is one of the main features of the so-called participative web*». Nello stesso senso, Y. RACICOT, *op.cit.*, 2008, p.94, sottolinea come il Web 2.0 non sia più solo una modalità di accesso alle informazioni ma, al contrario, uno strumento di creazione di informazioni che determina un riposizionamento dell'utente al centro del sistema culturale. J.A. OBAR - S. WILDMAN, *op.cit.*, 2015, p.6, rilevando la difficoltà di definire il fenomeno dei *social media* in maniera esaustiva, al contempo sottolineano la necessità che siano tenuti distinti dai *social network*. Quest'ultima espressione, infatti, enfatizza l'aspetto relazionale del

di questi servizi è incentrato sulla creazione e condivisione di contenuti diversi a seconda del *social media* di riferimento.¹⁶

Per questo può condividersi la convinzione che, alla sua essenza, il Web 2.0 sia luogo di creazione di valore e di contenuti.¹⁷

Per quanto attiene alla creazione di valore, particolare rilevanza assume la circostanza che i servizi siano perlopiù gratuiti,¹⁸ sebbene tale

fenomeno ma trascura la circostanza che ormai le piattaforme sono veri e proprio media perché consentono e/o facilitano la comunicazione.

¹⁶ T. STENGER - A. COUTANT, *op.cit.*, 2011, p.12, secondo cui la maggior parte dei siti accomunati dalla denominazione “*social media*” si differenziano per i singoli scopi perseguiti dalla comunità degli utenti. C. SOLIMAN, *Remixing sharing: sharing platforms as a tool for advancement of UGC sharing*, 22 Alb. L.J. Sci. & Tech., 2011-2012, p.282, ritiene che il ruolo delle piattaforme è tanto pregnante che, di fatto, governano e regolano non solo i comportamenti degli utenti, ma anche i loro diritti. J.A. OBAR – S. WILDMAN, *op.cit.*, 2015, p.5, rilevano come la definizione di *social media* sia ancora fortemente incerta e che ciò determini la comune confusione con i *social network*. Il problema, tuttavia, non sta nella definizione empirica dei diversi soggetti, quanto nell’individuazione delle loro caratteristiche essenziali dal momento che sono una fattispecie polimorfa. Sul rapporto tra Web 2.0 e UGC, calzante è la metafora utilizzata dai medesimi autori, p.7, per cui gli UGC sono: «*la benzina che fa funzionare il Web 2.0*».

¹⁷ Sul tema della creazione di valore, A. COUTANT - T. STENGER, *op.cit.*, 2012, p.80, per cui la partecipazione è al servizio della piattaforma, il desiderio di alimentare il proprio profilo genera il profitto del prestatore del servizio, infatti il suo valore commerciale e finanziario si fonda proprio sulla capacità di sfruttare tale desiderio di condivisione. Sulla creazione di contenuti, OECD, *Internet Economy Outlook*, 2012, p.4: «*Digital content is arguably the most important driver of consumer Internet adoption, with related revenues growing rapidly across all sectors*». Ancora, C. GEORGE - J. SCERRI, *Web 2.0 and User-Generated Content: legal challenges in the new frontier*, Journal of Information, Law and Technology, 2, 2007, p.4, per cui la filosofia alla base del Web 2.0 è improntata alla collaborazione, cooperazione, interazione. Per questo centrale al Web 2.0 è il fenomeno dell’utente come editore, critico, giornalista, artista, interprete etc. Sul concetto di collaborazione: T. STENGER - A. COUTANT, *Les réseaux sociaux numériques: des discours de promotion à la définition d’un objet et d’une méthodologie de recherche*, Hermes - Journal of Language and Communication Studies, 44, 2010, p.209, per cui l’elemento più interessante, ma al tempo stesso critico, del Web 2.0 e delle piattaforme è la natura “*relazionale*” di queste tecnologie.

¹⁸ M.J. FLEUTIAUX, *op.cit.*, 2009, p.8. G. RITZER - N. JURGENSON, *op.cit.*, 2010, p.28, per cui le piattaforme sono in grado, in particolare nel breve termine, di offrire gratuitamente i propri servizi in quanto, sebbene il costo dell’infrastruttura sia alto, il costo marginale per il singolo utente è quasi vicino allo zero. In tal senso: M.P. CHANTEPIE, *Économie du Web 2.0: économie de contrefaçon ou de Nouvelles gratuités?*, in AA.Vv., *Contrefaçon sur internet, Les enjeux du droit d’auteur sur le WEB 2.0, Le droit des affaires*, Propriété intellectuelle, 33, LexisNexis, 2009, p.42: “*il produttore è la folla*”. Ancora, J. FARCHY - C. MÈADEL - G. SIRE, *La Gratuité, à*

modello determini un fenomeno di potenziale sfruttamento degli utenti e di quanto da loro prodotto nella misura in cui, nel suo insieme, il sistema spinge alla condivisione di tutto meno che dei profitti.¹⁹

quel prix?, Presses des Mines, Les cahiers de l'EMNS, 2015, p.85, per cui il mercato dei *social networks* funziona essenzialmente su un modello multi-versante gratuito per l'internauta e finanziato dalla pubblicità. P. SIRINELLI, *Flux économiques et droit du Web 2.0*, Dalloz IP/IT, 2016, p.167, ha enfatizzato, in particolare, il fatto che ciascuna piattaforma abbia trovato metodi diversi per sfruttare economicamente quanto prodotto dai propri utenti, tramite contratto, tramite lo sfruttamento dei dati personali raccolti o tramite pubblicità: «*C'est dire que l'on est en présence d'un écosystème complexe où chacun trouve sa place et une source de profit à partir d'un phénomène simple: le désir de consommation d'oeuvres de l'esprit de la part des internautes*». Anche V.L. BENABOU, *Rapport De La Mission Du CSPLA Sur Les "Œuvres Transformatives"*, Rapp. De La Mission Fabrice Langrognet, 2014, p.18, spende delle riflessioni sul tema della gratuità sottolineando come molte piattaforme, pur essendo basate su sistemi privi di contropartita monetaria diretta, non possono comunque essere considerati gratuiti, adottando diversi modelli economici tramite la valorizzazione dei beni e servizi complementari, la valorizzazione indiretta o la valorizzazione delle esternalità. Tuttavia, A. LOTHIAN, *Living in a Den of Thieves: Fan Video and Digital Challenges to Ownership*, Cinema Journal, Summer 2009, 48, 4, p.134, autorevolmente rileva che: «*Freedom is a slippery concept, especially when it comes to digital media. When we think about questions of copyright and digital ownership through cultural theft, freedom from domination lines up with freedom from having to pay, at least on the surface. Theft, piracy, and the commons are all concerned with getting things for free, and current configurations of online media and culture are hospitable to their insurrectionary modes of ownership. Online theft comes with comparatively few sticky logistic and ethical quandaries; with a little geek knowledge and some access to technology, one can steal as much culture as one has access to bandwidth and has storage space*».

¹⁹ M.P. CHANTEPIE, *op.cit.*, 2009, p.41, affronta direttamente il problema dello sfruttamento di quanto prodotto dagli utenti sottolineando la caratteristica appropriabilità indiretta dei ricavi generati e la conseguente appropriazione di tali ricavi da parte delle piattaforme come contropartita per il servizio prestato a titolo gratuito. G. RITZER - N. JURGENSON, *op.cit.*, 2010, p.26, secondo cui lo sfruttamento degli utenti nel Web 2.0 è una condizione evidente. Le piattaforme infatti detengono le risorse, gli utenti sono i produttori di contenuti ma il profitto viene comunque trattenuto prime senza meccanismi di condivisione. Anche L. GUIBAULT – G. WESTKAMP – B. HUGENHOLTZ – M. VAN EECHOU – N. HELBERGER – L. STEIJGER – M. ROSSINI – N. DUFFT – P. BOHN, *Study On The Implementation And Effect In Member States' Laws Of Directive 2001/29/EC On The Harmonisation Of Certain Aspects Of Copyright And Related Rights In The Information Society, Final Report*, Institute for Information Law (IViR), February 2007, p.166, individuano un fenomeno di sfruttamento degli utenti in quanto, pur ammettendo che il loro interesse dell'utente non è primariamente quello di guadagnare dalla creazione di contenuti, comunque tale condizione meramente soggettiva non può valere a giustificare l'attuale mancanza di tutela nella misura in cui: «*users are actively contributing content and thereby creating business value*».

2. *User-Generated Content, il fenomeno*

Per quanto attiene alla creazione di contenuti, fattispecie che maggiormente interessa ai fini di questa ricerca, si deve far riferimento ai menzionati UGC, pertanto è necessario soffermarsi sulla precisa individuazione del fenomeno e la sua definizione.

Infatti, anche se la diffusione degli UGC è generalmente associata all'avvento dei *social media* e dei *social networks*, secondo una ricostruzione più rigorosa, UGC come contenuto generato dagli utenti, è un fenomeno più risalente.²⁰

Da un lato, infatti, gli UGC possono essere considerati come un'evoluzione tecnologica della naturale tendenza umana a produrre espressioni creative riutilizzando materiale preesistente che ha caratterizzato il tradizionale processo di creazione.²¹

²⁰ S. HETCHER, *User-Generated Content and the Future of Copyright: Part One- Investiture of Ownership*, Vand. J. Ent. Tech. L., 10, 2007-2008, pp.863 ss. Nello stesso senso: N. ELKIN-KOREN, *op.cit.*, 2010, p.5. Anche, EUROPEAN COMMISSION, *Public Consultation on the review of the EU copyright rules*, 2014, p.28: «*This kind of activity is not “new” as such. However, the development of social networking and social media sites that enable users to share content widely has vastly changed the scale of such activities and increased the potential economic impact for those holding rights in the pre-existing works. Re-use is no longer the preserve of atehcnically and artistically adept elite. With the possibilities offered by the new technologies, re-use is open to all, at no cost. This in turn raises questions with regard to fundamental rights such the freedom of expression and the right to property*». Anche il Legislatore europeo conferma la risalenza del fenomeno, infatti lo menziona già nel cons. 16 della Direttiva 2007/65/UE, ora cons. 22 della Direttiva 2010/13/UE, che esclude dall'ambito di applicazione della disciplina di settore: «*i siti internet privati e i servizi consistenti nella fornitura o distribuzione di contenuti audiovisivi generati da utenti privati a fini di condivisione o di scambio nell'ambito di comunità di interesse*».

²¹ R. LOBATO – J. THOMAS – D. HUNTER, *Histories of user-generated content: Between formal and informal media economies*, WIPO Working Paper, October 2010, p.4, fanno addirittura risalire nel tempo il fenomeno UGC, riconoscendone le caratteristiche già nelle lettere dei lettori pubblicate sui giornali, sia per quanto attiene all'aspetto soggettivo che all'aspetto psicologico relativo al desiderio di partecipazione. G. FROSIO, *Rediscovering Cumulative Creativity From the Oral Formulaic Tradition to Digital Remix: Can I Get a Witness?*, J. Marshall Rev. Intell.Prop. L., 13, 2014, p.345: «*(D)igging for “minerals”, appropriating and reusing them to produce follow-on creativity is exactly what creativity is all about*». Ancora, G. FROSIO, *Re-Imagining Digital Copyright Through the Power of Imitation:*

Dall'altro lato, anche gli UGC “*digitali*” non possono essere considerati espressione di un fenomeno del tutto nuovo, essendo possibile ricomprendere in questa categoria anche strumenti come *mailing list*, siti internet e *blog*, che costituiscono gli aspetti più tradizionali della rete.²²

Tuttavia, sebbene un primo riferimento a UGC sia rinvenibile già nel 1995,²³ il termine è diventato di uso comune solo più tardi, tra il 2005 e il 2006 con la diffusione del Web 2.0, quando la rilevanza del fenomeno è accresciuta in ragione del potenziale economico che ha sprigionato e dell'impatto che ha avuto sul tradizionale modello di distribuzione dei prodotti culturali.²⁴

Lessons from Confucius and Plato, Peking University Transnational Law Review, 5, 1, 2017. N. HELBERGER - L. GUIBAULT - E.H. JANNSEN - N.A.N.M. VAN EIJK - C.J. ANGELOPOULOS - J.V.J VAN HOBOKEN, *Legal aspects of UCC*, IViR, 2008, p.3: «*User created content is as old as human creativity*»; D. GERVAIS, *The Tangled Web of UGC: Making Copyright Sense of User-Generated Content*, Vand. J. Ent. & Tech. L., 11, 2008-2009, p.843; M. RICOLFI, *Making Copyright Fit for the Digital Agenda*, 12th EIPIN Congress 2011, Constructing European IP: Achievements and new Perspectives Strasbourg, February 24th – 25th, 2011, European Parliament, p.4: «*creators and public are finally merging into each other*».

²² EUROPEAN COMMISSION, *Public Consultation on the review of the EU copyright rules*, 2014, p.28. P. AKESTER, *A Practical Guide to Digital Copyright Law*, CIPR Practice Series, 3, 2007, p.107: «*User generated content refers to various kinds of publicly available (often web based) media content produced by end users. The media is usually text, audio or video, hyperlinks or combination of these types. The following are examples of UGC: blogs, social networks, photosharing sites, news sites, review sites, podcasts, video-sharing sites*». T. M. WOODS, *Working Toward Spontaneous Copyright Licensing: A Simple Solution for a Complex Problem*, Vanderbilt J. of Ent. and Tech. Law, 11, 4, p.1163. Tuttavia, c'è chi vorrebbe escludere tali tipi di prodotti dal novero degli UGC per la loro natura privata, in tal senso, cfr. J. SUNDELL, *Tempting the Sword of Damocles: Reimagining the Copyright/DMCA Framework in a UGC World*, Minn. J.L. Sci. & Tech., 12, 2011, p.338.

²³ Cercando il termine su LexisNexis, l'articolo più risalente che fa riferimento a UGC è del 1995: D. BLANKENHORN, *Judge: Prodigy is Liable for User-Generated Content*, Interactive Age, June 5, 1995. Anche: V.L. BENABOU, *Rapport De La Mission Du CSPLA Sur Les “Œuvres Transformatives”*, Rapport de la Mission Fabrice Langrognon, 2014, p.16, enfatizza la risalenza del tema.

²⁴ L. GUIBAULT – G. WESTKAMP – B. HUGENHOLTZ – M. VAN EECHELD – N. HELBERGER – L. STEIJGER – M. ROSSINI – N. DUFFT – P. BOHN, *op.cit.*, 2007, p.13, per cui gli UGC sono uno degli elementi più caratterizzanti e dirompenti del Web 2.0.

Ebbene, pur essendo molti degli interrogativi sollevati in relazione agli UGC già noti da tempo e comuni alle forme di creazione analogiche, la pervasività del Web 2.0 ha elevato la complessità della discussione e attirato l'attenzione su due soggetti finora inediti per il diritto d'autore: utenti e piattaforme.²⁵ D'altra parte, può sostenersi che la novità del fenomeno consiste proprio nel volume di UGC che oggi è prodotto e nel fatto che quasi ogni utente di internet può creare e condividere contenuti.²⁶

Ancora, ciò che rende più complessa la comprensione della fattispecie è il fatto che gli elementi ad esso centrali (piattaforme e contenuti), pur essendo ontologicamente distinti ed empiricamente distinguibili, sono intrinsecamente legati, tanto che non si può effettivamente separare, soprattutto in sede di regolazione, UGC e piattaforme, in quanto i primi assumono caratteristiche e natura diverse in ragione delle seconde.²⁷

Difatti, la diffusione dei *social media* specificatamente dedicati ad incentivare gli utenti nella creazione e condivisione di contenuti ha

²⁵ *Id.*, p.179: «*User-created content is as old as human creativity*».

²⁶ EUROPEAN COMMISSION, *Public Consultation on the review of the EU copyright rules*, 2014, p.28, dà atto del fatto che l'attività di creazione da parte di non professionisti non è nuova in quanto tale, ma la novità sta piuttosto nella possibilità che oggi è riconosciuta al *quisque de populus* di condividere le proprie creazioni al di fuori della ristretta cerchia della propria quotidianità. EUROPEAN PARLIAMENT, DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS, LEGAL AFFAIRS, *The Relations Between Copyright Law And Consumers' Rights From A European Perspective*, 2010, p.15: «*User-generated content or user-created content is the outcome of the increasing involvement of the user in web 2.0 applications, such as blogs, podcasts, wiki, file or video sharing. Individuals can now easily produce and share digital created, sometimes made from existing copyrighted content. The issue is not anecdotal as many business models build on user-generated content*».

²⁷ OECD, *op.cit.*, 2007, p.15: «*UCC types and their distribution platforms are thus difficult to dissociate*». A. BENAMAR, *Télécommunications: la révolution par les services, les usages et les modèles économiques*, *Géoeconomie*, 50, 3, 2009, par.136, rileva che gli UGC presuppongono l'esistenza delle piattaforme in quanto sono queste a consentire di distribuire e creare contenuti multimediali. Ancora, p.282, le piattaforme di condivisione di contenuti svolgono un ruolo essenziale non solo nell'influenzare i comportamenti degli utenti, ma anche nel regolarli (tramite le condizioni di utilizzo dei loro servizi) ed educarli.

innanzitutto creato la necessità - il “bisogno” - di produrre e poi, per l’effetto c.d. *network*, conseguentemente determinato un esponenziale ampliamento del numero di partecipanti e del modo in cui questi interagiscono.²⁸

Volendo analizzare il fenomeno da una prospettiva più ampia, le piattaforme sembrano aver assunto un ruolo sociale nella misura in cui spingono gli utenti a creare e dunque aprono: «*the door for the public to actively participate in cultural production*».²⁹

Di fatto, diversamente da quanto avviene con i media tradizionali caratterizzati da un flusso unidirezionale delle informazioni, le piattaforme garantiscono che tutti abbiano la possibilità di partecipare allo sviluppo delle idee e della cultura tramite un elevato livello di interazione che le rende al contempo vetrine e mercati di contenuti.³⁰

²⁸ D. GERVAIS, *op.cit.*, 2008-2009, p.843. S. M. O’CONNOR, *Creators, Innovators and Appropriation Mechanism*, 22 Geo. Mason L. Rev., 2015, p.983: «*The business models of Google/YouTube, Facebook, Pinterest, Instagram, and other search firms and social media platforms rely on content as a mere “commodity” that is sent through the systems by users as fuel for this community of users to engage with the platforms in ever-increasing amounts*». Anche, US DEPARTMENT OF COMMERCE, INTERNET POLICY TASK FORCE, *op.cit.*, 2013; R. GARCIA – T. HOFFMEISTER, *Social Media Law, in a nutshell*, West Academic Publishing, 2017, p.11.

²⁹ J.T. CROSS – P.K. YU, *The Copyright Holdout Problem and New Internet-Based Services*, in *Remuneration of Copyright Owners: Regulatory Challenges of New Business Models*, L. KUNG-CHUNG – R.M. HILTY (ed.), Springer, 2017, p.6. J. MEESE J., *Authors, users, and pirates*, The MIT Press, 2018, p.95, rileva che oggi il ruolo delle piattaforme non è solo di facilitatore ma anche di vera e propria collaborazione, infatti, per fare un esempio, YouTube offre anche la possibilità agli utenti di maggiore successo di lavorare direttamente con loro aiutandoli a: «*develop branded content, typically in the form of product placement, integration and themed videos around consumer brands*». Nello stesso senso anche, S. CUNNINGHAM – D. CRAIG, *Social Media Entertainment: The New Intersection of Hollywood and Silicon Valley*, NYU Press, February 2019.

³⁰ G. BOUCHAGIAR, *Re-Shaping Creativity: Proposals for Classification of Works and Flexible Opt-In Mechanisms*, NETTIES Conference 2018 of IAFeS - International Association for Sciences, 2018, p.1: «*Countless platforms encourage this “artistic and scientific pandemonium”*, while users play a key-role in the participatory process of cultural production».

Questa tendenza può certamente indurre a dubitare della qualità di quanto creato *online*³¹ ma, al contempo, svela una resistenza al modello di produzione culturale c.d. *mainstream* che non era sembrata prevedibile.³²

Infatti, la creatività e l'innovazione hanno dimostrato di essere fenomeni molto più ampi e complessi di quelli commerciali in cui incentivi sociali possono essere anche più determinanti di quelli economici;³³ per questo, la creatività nel mondo digitale è diventata sinonimo di partecipazione e collaborazione.³⁴ Questa tendenza non può dirsi sia del tutto nuova, infatti la sua origine può individuarsi nel fenomeno di personalizzazione dei prodotti generalisti che ha caratterizzato la cultura dell'amatoriale, del riuso, e del miglioramento dei prodotti sin dagli anni '80 del secolo scorso.³⁵ Già in questa tendenza si poteva intravedere, infatti, la finalità identitaria di

³¹ K. ERICKSON, *User illusion: ideological construction of "user-generated content" in the EC consultation on copyright*, Internet Policy Review, 3, 4, 2014, constata la divisione tra entusiasti del boom produttivo in quanto ha ripercussioni dirette sulla politica culturale e lo sviluppo della cultura partecipativa, e gli scettici della *creative economy* secondo cui il fatto che gli utenti non partecipino alla divisione dei profitti economici generati costituisce per loro un danno. A tal proposito l'autore usa l'espressione "*Loser Generated Content*".

³² G. BOUCHAGIAR, *op.cit.*, 2018, p.2: «*Others welcome new genres of works that users create ("amateur culture") as the (latter's) first breath after their deep "consumerist coma" and argue that user-generated content has become the driving force of the internet informational revolution*». D. HALBERT, *Mass Culture and the Culture of the Masses: A Manifesto for User-Generated Rights*, Vand. J. Ent. & Tech. L., 11, 2009, p.929, per cui in una realtà - quale quella attuale - costituita da masse di consumatori, gli UGC mettono in crisi direttamente il modello di distribuzione monopolistica. Anche, G. COLANGELO, *La proprietà delle idee*, Il Mulino, 2015, p.44.

³³ G. BOUCHAGIAR, *op.cit.*, 2018, p.3. OECD, *op.cit.*, 2007, p.13, individua i principali "*social drivers*": desiderio di interattività, condivisione, contribuzione, partecipazione attiva alla comunità.

³⁴ A. BERTONI – M.L. MONTAGNANI, *Foodporn: experience-sharing platforms and UGC: how to make copyright fit for the sharing economy*, E.I.P.R., 39, 7, 2017, p.2, rileva come la collaborazione è un concetto chiave dell'economia di mercato attuale caratterizzata, infatti, dal fenomeno della *sharing economy*.

³⁵ M.T. SCHÄFER, *Bastard Culture, How User Participation Transforms Cultural Production*, Amsterdam University Press, 2011, p.79.

determinate attività ed il crescere dell'importanza del riconoscimento sociale e dell'identificazione come *driver* del processo creativo.

Quindi, internet - ed in particolare il Web 2.0 - ha solo ampliato tale processo di innovazione e partecipazione rendendo più facile ed immediata la condivisione delle idee e riducendo al minimo le barriere di ingresso al mercato.³⁶

Ancora, tale assenza di costi iniziali di produzione ha determinato un duplice effetto. Innanzitutto, il ridursi (fino al venir meno) dell'importanza degli incentivi economici alla creazione, oggi sostituiti dal desiderio di partecipare attivamente alla vita culturale.³⁷

In secondo luogo, la quasi-assenza di costi di produzione ha generato anche un fenomeno di decentralizzazione della produzione, comunicazione e disseminazione dell'informazione che ha trasformato ciascun fruitore in fornitore di contenuti e messo in crisi il modello di produzione e distribuzione culturale prevalente.³⁸

³⁶ D. SLATER – P. WRUUCK, *We Are All Content Creators Now: Measuring Creativity and Innovation in the Digital Economy*, Global Innovation Index, 2012, p.163: «*As a result, more music, video, written works, and other content are published now than ever before! And through a decade of economic and technological upheaval, the entertainment industry's global revenue grew 50% while consumer spending also increased*».

³⁷ Il fattore economico era invece considerato come forte incentivo alla produzione dalla tradizionale teoria della creatività posta alla base del diritto d'autore e della proprietà intellettuale più in generale nota come "*Reward Theory*". Sul punto, vedi W.W.III FISHER, *op.cit.*, 2007. Per quanto, invece, attiene al movente sociale: C. SOLIMAN, *op.cit.*, 2011-2012, p.285: «*It should be noted here that the motive for participating in the projects is not a monetary reward. Rather, it is connected to social and psychological motives, which sometimes cannot be replaced by money. Therefore, introducing a monetary reward could, in fact, create the opposite effect of crowding out participants and corrode the incentive to participate in such projects*». M.T. SCHÄFER, *op.cit.*, 2011, p.105: per cui ci sono motivazioni implicite alla produzione culturale quali: «*the design of an information system itself with a low degree of communication among participants, which take place in a social structure that cannot be described as a community*».

³⁸ C. SOLIMAN, *op.cit.*, 2011-2012, p.284: «*a publisher, TV network, radio station, movie studio, record label, and newspaper, all wrapped into one*». N. ELKIN-KOREN, *op.cit.*, 2011, p.3, che rileva l'introduzione dei *social network* abbia dissolto il monopolio sui mezzi di distribuzione tradizionalmente detenuto dall'industria culturale.

Questa nuova architettura dell'industria culturale ha dunque avuto l'effetto di intensificare la partecipazione degli utenti e generare una «*democratizzazione della produzione culturale*»,³⁹ ma ha soprattutto determinato una maggiore disponibilità di contenuti che si traduce nella possibilità per ciascun utente di trovare ciò che ritiene più interessante, ad un costo minimo (quando non gratuitamente).⁴⁰

Per questo si ravvede spesso un netto contrasto tra produzione sociale (degli utenti) ed il modello imprenditoriale (proprietario) antecedente, dal momento che l'assenza di costi di accesso ai contenuti mette in crisi questo modello che, a sua volta, mette in discussione anche le giustificazioni storicamente trovate all'istituzione di un sistema di diritti esclusivi quali il diritto d'autore.⁴¹

³⁹ S.M. PETERSEN, *Loser Generated Content: From Participation to Exploitation*, First Monday, 13, 3, 3 March 2008, <https://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/rt/prINTERfriendly/2141/1948>, secondo cui l'innovazione diffusa e UGC sono entrambi fenomeni legati alla democratizzazione della rete. Infatti, secondo l'autore, le piattaforme liberano il potenziale creativo degli utenti consentendogli di disseminare le proprie idee. Tale realtà viene ricondotta al pensiero marxista secondo cui, nella misura in cui il lavoro diventa sempre più automatizzato, la creazione di ricchezza dipende sempre maggiormente da due fattori tra loro dipendenti: la conoscenza e le competenze tecniche. A tal proposito interessante è anche la riflessione di B. CASSIN, *Google-moi*, Albin Michel, 2007: «*Google est un champion de la démocratie culturelle, mais sans culture et sans démocratie. Car il n'est un maître ni en culture (l'information n'est pas la paideia) ni en publique (la démocratie des clics n'est pas une démocratie)*».

⁴⁰ La gratuità qui è intesa solo in senso economico, essendo ormai chiaro che il corrispettivo non economico versato dagli utenti (es. dati), si traduce in un vantaggio economico diretto per i prestatori di servizi. In tal senso, C. SOLIMAN, *op.cit.*, 2011-2012, p.284: «*In short, the Internet makes everything accessible to everyone*». V.L. BENABOU, *op.cit.*, 2014, p.19, rileva, tra le premesse al proprio lavoro, come su internet la gratuità è spesso associata ad una nozione di libertà e reciprocità. A tal proposito, anche, C. TARDIEU, *Internet et libertés*, CNRS Editions, 2010: «*Il faut en finir avec la démagogie qui consiste à croire que les produits culturels doivent être gratuits par nature. Il faut bien, à un moment ou à un autre, que l'acte de création et toute la chaîne économique qui le conçoit, le produit et le distribue soient rémunérés et si possible à une juste valeur. Soit culture. Internet est une révolution qui a transformé un filet d'eau en un fleuve ininterrompu. On ne peut que se réjouir de voir cette eau fertiliser des terres arides. Prenons donc garde, tous ensemble, à ne pas assécher la source*».

⁴¹ N. ELKIN-KOREN, *op.cit.*, 2011, p.4: «*It is understood not only as a social and economic phenomenon but also as a legal phenomenon that reflects a nonproprietary*

Tuttavia, il paradosso consiste nel fatto che, pur essendo in atto un processo di affrancamento dall'industria culturale, il sistema come delineato non può dirsi del tutto indipendente e libero, nella misura in cui dipende direttamente dalle piattaforme che lo hanno generato e dagli intermediari che ne dettano le regole di funzionamento fino ad ostacolare qualsiasi tentativo di regolazione.⁴²

È in questo senso sintomatica la persistente impossibilità di misurare la consistenza del fenomeno degli UGC in quanto lo stesso contenuto può essere pubblicato su diverse piattaforme, un medesimo utente può utilizzare più *account* per i medesimi servizi, e i soggetti coinvolti non sembrano interessati a risolvere tali ambiguità.⁴³

3. Tentativi di definizione

Ad ulteriore riprova della complessità del fenomeno, si rileva che una definizione generale e onnicomprensiva di UGC sembra tutt'oggi impossibile da sviluppare.⁴⁴

D'altra parte, è stato autorevolmente sostenuto che il termine ha assunto anche un significato dinamico, in quanto descrive il fenomeno di divisione tra la cultura creata come prodotto commerciale per il

regime, where content is developed through collaborative efforts without any particular claims for exclusive rights». Nello stesso senso: C. SOLIMAN, *op.cit.*, 2011-2012, p.283.

⁴² N. ELKIN-KOREN, *op.cit.*, 2011, p.4.

⁴³ OECD, *op.cit.*, 2007, p.9.

⁴⁴ D. GERVAIS, *op.cit.*, 2008-2009, p.4: «*There is no widely accepted definition of UCC, and measuring its social, cultural and economic impacts are in the early stages*». Nello stesso senso, OECD, *op.cit.*, 2007, p.4, ed anche P.Y. GAUTIER, *Le contenu généré par l'utilisateur*, Legicom, 41, 2008, pp.8-9, ritiene che una valutazione casistica del fenomeno sia la sola possibile.

consumo (*commodity*) e la cultura generata da soggetti che agiscono senza incentivi economici o di mercato.⁴⁵

Pertanto, se bisogna riferirsi al fenomeno nella sua generale estensione, l'espressione UGC dovrebbe includere tutti e i vari tipi di contenuti generalmente disponibili *online*, indifferentemente dal loro merito e dalla circostanza che siano un prodotto del tutto originale o, piuttosto, modifica e adattamento di materiale preesistente.

Per un'esegesi dell'espressione: "user" è l'utente di internet che può essere un amatore, come la concezione generale preferisce, ma anche un professionista al di fuori della propria attività lavorativa;⁴⁶ "generated" si riferisce all'attività di creazione, copia o *upload* del

⁴⁵ D. HALBERT, *op.cit.*, 2009, pp.923-924, conclude sostenendo che gli UGC rappresentano la capacità delle masse di prendere il controllo della tecnologia e creare cultura invece di consumarla passivamente.

⁴⁶ C. SOLIMAN, *op.cit.*, 2011-2012, p.286: «(A)t first glance, UGC may often seem and in fact be amateur content. At the same time, however, sometimes professionals outside the employment boundaries also produce UGC». Ancora, p.330: «The lines between professional and amateur has blurred in the UGC context, as professionals and amateurs alike post on the same platforms, and both types of content can be UGC». N. ELKIN-KOREN, *op.cit.*, 2010, p.6, chiaramente afferma che è UGC tutto quando non sia prodotto da mass media *mainstream*. Coerentemente, D. HALBERT, *op.cit.*, 2009, p.928, concentrandosi sulle ragioni e la natura di tale evoluzione del processo creativo conclude affermando che: «articulating the cultural arena as one dominated by professionals is premised upon the myth of the romantic and original artist». Tuttavia, il mito dell'autore romantico deve ritenersi ormai in declino, superato, e non solo in ragione della rivoluzione digitale e dell'affermazione della c.d. creatività collaborativa, ma per ragioni più profonde, culturali, magistralmente descritte già nella seconda metà del Novecento da R. BARTHES, *La mort de l'auteur*, 1967, il quale ha preconizzato lo spostamento del fulcro dell'opera dall'autore al lettore/fruitori. Di diverso avviso, circa l'ideale contrapposizione tra cultura *mainstream*/professionale e creazione amatoriale, è R. LOBATO – J. THOMAS – D. HUNTER, *op.cit.*, 2010, p.2. Infatti, gli autori ritengono che tale conflittualità non sia rilevante ai fini della definizione del fenomeno ma ciò che è invece centrale è: «informality in media production, distribution and consumption. Following the anthropological and sociological literature on informal economies, we define informal media systems as those which fall largely or wholly outside the purview of state policy, regulation, taxation and measurement». A tal proposito, J. MEESE, *Authors, users, and pirates*, The MIT Press, 2018, p.85, rileva come il termine "utente" non riesca a trovare un nozione univoca: «Even though "user" has entered the cultural zeitgeist, however, the subject is still an under-examined figure».

“*content*” che può essere inteso come sinonimo di opera, nel senso comunemente attribuito al termine dal diritto d’autore.⁴⁷

Ebbene, anche se l’espressione individua gli elementi essenziali del fenomeno, l’individuazione e definizione della fattispecie è tutt’altro che soddisfacente.

A tal proposito deve prendersi come riferimento soprattutto il report commissionato nel 2007 dall’OECD⁴⁸ che ha circoscritto il fenomeno individuandone le caratteristiche essenziali: (i) una pubblicazione *online*; (ii) uno sforzo creativo; (iii) una creazione al di fuori della pratica lavorativa.⁴⁹

Questi appena enucleati sono gli elementi comuni sia agli UGC originali che a quelli derivati, due aspetti molto diversi del più ampio fenomeno.⁵⁰ Infatti, è opportuno distinguere tra due macro-categorie di

⁴⁷ S. HETCHER, *op.cit.*, 2007-2008, pp.863 ss.

⁴⁸ L. GUIBAULT – G. WESTKAMP – B. HUGENHOLTZ – M. VAN EECHOU – N. HELBERGER – L. STEIJGER – M. ROSSINI – N. DUFFT – P. BOHN, *op.cit.*, 2007, p.14, gli autori esplicitano la propria scelta di fondare il proprio studio sulla definizione di UGC fornita dal menzionato report dell’OECD.

⁴⁹ OECD, *op.cit.*, 2007, p.4: «*In this study UCC is defined as: i) content made publicly available over the Internet, ii) which reflects a certain amount of creative effort, and iii) which is created outside of professional routines and practices*». Ancora, M.F. BRIEF, *A free-for-all in the ether*, 9, 2007, p.34. Ancora, A.M. KAPLAN, *Twitter ou le pouvoir de 140 caractères*, L’Expansion Management Review, 140, 2011, p.106, pur rifacendosi al report del 2007 commissionato dall’OECD, sostiene che, in via generale, il termine possa valere a riassumere tutte le forme di contenuti medial che gli utilizzatori pubblicano sulle piattaforme. Inoltre, la condizione di pubblicazione, secondo questo autore, determinerebbe l’esclusione dalla categoria di UGC in contenuto scambiato per e-mail, o messaggio. La seconda condizione, ovvero la creazione, escluderebbe la riconducibilità alla fattispecie di tutte le riproduzioni di contenuti preesistenti e, infine, la terza condizione, l’amatorialità, l’esclusione dei contenuti pubblicati per scopi commerciali.

⁵⁰ OECD, *op.cit.*, 2007, p.44. Anche, L. GUIBAULT – G. WESTKAMP – B. HUGENHOLTZ – M. VAN EECHOU – N. HELBERGER – L. STEIJGER – M. ROSSINI – N. DUFFT – P. BOHN, *op.cit.*, 2007, p.23, chiariscono che il riferimento alla “*creazione*” implica l’elaborazione di contenuti del tutto originali, invece “*modificazione*” e “*aggregazione*”, pure considerati concetti impliciti al termine “*created*”, implicano che il nuovo contenuto sia elaborato parzialmente o totalmente a partire da materiale preesistente. Infine, “*pubblicazione*” sarebbe un sinonimo di messa a disposizione del pubblico.

UGC a seconda che questi siano prodotti originali dell'ingegno oppure basati su opere preesistenti.⁵¹

In linea di massima, infatti, non tutto il materiale pubblicato *online* da un utente è necessariamente protetto dal diritto d'autore. In secondo luogo, qualora tale materiale costituisca un'opera tutelata, questa può essere originale - ovvero frutto del puro lavoro creativo dell'autore - oppure derivata da un'opera ad essa preesistente. Infine, a seconda che il titolare originario dei diritti abbia prestato o meno il proprio consenso alla modifica o alla messa a disposizione del pubblico della propria opera, la pubblicazione sulla piattaforma può costituire o meno un atto lecito.⁵²

Prima di analizzare più approfonditamente gli elementi di questa dicotomia brevemente accennata ed incentrata essenzialmente sullo sforzo creativo posto dall'utente nella produzione del contenuto, è opportuno meglio definire l'ambito di applicazione soggettivo della fattispecie, ovvero il concetto di utilizzatore/utente.

Per definire il concetto di "user" bisogna fare riferimento a due determinanti condizioni: l'uso di servizi digitali e l'amatorialità di tale uso, ovvero l'assenza di lucro.

Non può certo negarsi che il termine non sia inedito - ricorrendo già nella Direttiva InfoSoc -⁵³ tuttavia, non sembra che questo possa assumere tutt'oggi un significato univoco.

⁵¹ OECD, *op.cit.*, 2007, distingue nettamente tra *user-created content* ("UCC") e *user-adapted content* ("UAC"). C. SOLIMAN, *op.cit.*, 2011-2012, pp.283-284, chiarisce che UGC possono essere espressioni artistiche del tutto nuovo (UGC originali) come *remix* di lavori preesistenti. Questo determina la necessità di trovare un giusto bilanciamento tra l'incentivo nei confronti di nuove creazioni e la tutela delle opere conformemente ai principi del diritto d'autore.

⁵² P. SIRINELLI, *op.cit.*, 2016, p.167.

⁵³ In tal senso, G. FINOCCHIARO, *L'equilibrio Titolare/Users nel diritto d'autore dell'Unione Europea*, *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 3, 2016, pp.499-502, richiama il cons. 31 della Direttiva 2001/29/CE, secondo cui: «*deve essere*

Infatti, sebbene l'utilizzo del termine nella menzionata Direttiva abbia determinato la "trasformazione" del tradizionale fruitore di opere in un nuovo attore del diritto in ragione del ruolo che esso riveste nel contesto della rivoluzione digitale, non sembrano comunque chiari i confini di tale figura. Non può infatti assimilarsi puramente e semplicemente al consumatore in senso tecnico,⁵⁴ pur permanendo di fondo una considerazione relativa alla disparità della sua posizione rispetto a quella del titolare dei diritti.⁵⁵

D'altra parte, tale considerazione, che può essere solo ermeneuticamente dedotta dal testo della norma sopra citata, è stata in parte confermata dall'impianto definitorio della Direttiva 2014/26/UE⁵⁶ che, descrivendo "titolare" (*rightholder*) e "utilizzatore" (*user*) subordina esplicitamente il secondo ai diritti del primo.⁵⁷

garantito un giusto equilibrio fra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché fra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti».

⁵⁴ L'art. 2, para. 1, 2), della Direttiva 2019/771/UE, per esempio, definisce "consumatore": «qualsiasi persona fisica che (...), agisca per fini che non rientrano nel quadro dell'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale di tale persona». Sul rapporto tra diritto d'autore e dei consumatori, cfr. S. DUSOLIER, *The relations between copyright law and consumers' rights from a European perspective*, European Parliament Publication, 2010, p.10, secondo cui il consumatore riveste un duplice ruolo nel diritto d'autore. Da un lato è membro del pubblico generale come ricettore del contenuto autoriale; dall'altro è anche utilizzatore dell'opera, circostanza che influenza l'assetto tradizionale del suo rapporto con il titolare dei diritti.

⁵⁵ G. FINOCCHIARO, *op.cit.*, 2016, pp.499-502.

⁵⁶ 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 multi-territoriali per i diritti su opere musicali per l'uso *online* nel mercato interno, anche "Direttiva Barnier".

⁵⁷ Direttiva 2014/26/UE, art. 3, lett. c), "titolare dei diritti" è: «qualsiasi persona o entità, diversa da un organismo di gestione collettiva, che detiene diritti d'autore o diritti connessi ai diritti d'autore o a cui, in base a un accordo per lo sfruttamento dei diritti o alla legge, spetta una parte dei proventi»; lett. k): "utilizzatore" è: «qualsiasi persona o entità le cui azioni sono subordinate all'autorizzazione dei titolari dei diritti, al compenso dei titolari dei diritti o al pagamento di un indennizzo ai titolari dei diritti e che non agisce in qualità di consumatore». Infatti, K. ERICKSON, *op.cit.*, 2014, p.2, chiarisce che: «The notion of the 'user' presupposes a supplier-client relationship that, while descriptive of the arrangements prevalent on many commercial internet platforms, fails to accurately capture the range of activities that people undertake on those platforms besides simply 'using' them».

Tale ultima fonte - in considerazione del proprio ambito di applicazione - non prende in considerazione, tuttavia, l'ipotesi in cui l'utilizzatore sia anche creatore di contenuti, come avviene per gli UGC. In questo caso, dunque, non può che rilevarsi come il linguaggio sottintenda l'esistenza di una sorta di gerarchia della creatività tra chi pubblica *offline* - definito "autore" - e chi pubblica *online* - invece definito "utente" -.

Se così non fosse, infatti, non sarebbe legittimo l'utilizzo dell'espressione *user* che ha, come visto, connotati di dipendenza dai terzi titolari di diritti (ovvero dagli autori tradizionali), sebbene i due siano soggetti tra loro accomunati da un aspetto di certo non marginale: la creazione di opere e materiali protetti dal diritto d'autore.⁵⁸

Tuttavia, deve ammettersi che ciò che varrebbe a differenziare le due categorie di soggetti ora menzionati, oltre alla scelta tecnologica relativa alle modalità prescelte per la pubblicazione delle proprie espressioni creative, sarebbe la presenza o meno di un dichiarato fine di lucro.

Infatti, si presuppone che l'*user* sia un amatore o, comunque, un soggetto che operi al di fuori del proprio ambito professionale,⁵⁹

⁵⁸ K. ERICKSON, *op.cit.*, 2014, pp.11-13, denuncia la falsa percezione che esiste circa la categoria degli "users" e la gerarchia della creatività che l'utilizzo di tale termine implicitamente richiama. Del pari, D. HALBERT, *op.cit.*, 2009, p.929, ritiene che usando il termine "user-generated content" implicitamente si sminuisce il valore del lavoro degli utenti rispetto a quello dei professionisti, definiti invece "autori".

⁵⁹ OECD, *op.cit.*, 2007, pp.4-8, presuppone che gli UGC siano generalmente creati: «*outside of professional routines and practices*», o che, comunque, siano al di fuori di contesti di mercato, istituzionali o commerciali. In via generale, gli UGC sarebbero prodotti da non professionisti senza alcuna aspettativa di profitto o remunerazione ma la catena del valore sarebbe fondata da un lato da investimenti privati ed amatoriali, e dall'altro sul desiderio di coinvolgere gli altri utenti (creando il c.d. *engagement*). Pertanto, si conclude che tali creazioni siano sempre più lontane dalla tradizionale concezione di remunerazione dietro investimento e più sui principi della creatività decentralizzata, nucleo fondante dei nuovi irrisolti modelli di apporto del valore aggiunto. Nello stesso senso, anche R. TUSHNET, *User-Generated Discontent: Transformation in Practice*, Colum. J.L. & Arts, 31, 2008, pp.133 ss. Ancora, A.C. NENTWIG, *Amateur(s): les enjeux sociaux d'une classification*, Juris art, 20, 2015, p.28, sostiene che da un punto di vista sociale la differenza tra amatori e professionisti non sta nel fine di lucro quanto, piuttosto, nell'apprezzabilità dei contributi creati,

sebbene lo scopo commerciale o il fine di lucro, che varrebbero a definire in negativo l'ambito dell'amatorialità, non sono nozioni armonizzate nel diritto dell'Unione Europea.⁶⁰

Al contempo, poi, se agli albori del fenomeno non era neppure immaginabile un meccanismo di monetizzazione a favore degli utenti, oggi non può ignorarsi l'esistenza di diverse modalità di creazione e condivisione del profitto derivante dai *social media*.⁶¹

Infatti, essendo il materiale pubblicato *online*, ogni amatore può facilmente diventare professionista se il criterio discriminatorio è

nella loro qualità. E lo sconvolgimento apportato dal Web 2.0 e dagli UGC consiste proprio nel rendere irrilevante tale giudizio estetico in quanto hanno reso possibile per ciascuno avere un seguito indipendentemente dal valore del proprio operato.

⁶⁰ L. GUIBAULT – G. WESTKAMP – B. HUGENHOLTZ – M. VAN EECHOU – N. HELBERGER – L. STEIJGER – M. ROSSINI – N. DUFFT – P. BOHN, *op.cit.*, 2007, p.173, danno atto dell'assenza in armonizzazione rispetto alla definizione di uno scopo commerciale, circostanza che crea particolari problemi quando ci si rapporta al fenomeno degli UGC. J. MEESE, *Authors, users, and pirates*, The MIT Press, 2018, p.94: «*Amateur creativity is not necessarily a non-commercial practice, however, and with social media economies increasing in sophistication over the past few years, practices that have been labeled “UGC” are looking less like idealized non-commercial forms of user creativity and more and more like commercial authorial acts*».

⁶¹ Si pensi al fenomeno dei c.d. “*YouTubers*”. In questo senso, OECD, *op.cit.*, 2007, p.8, secondo cui, l'assenza di uno scopo di lucro, sebbene sia un elemento particolarmente importante per la delimitazione del fenomeno, diventa sempre più difficile da mantenere. Infatti, è evidente la tendenza di monetizzare lo sfruttamento di UGC da parte dell'utente/creatore. Ancora, l'OECD, p.24, individua cinque diversi modi di monetizzare la creazione di contenuti da parte delle piattaforme: (i) donazioni volontarie; (ii) modelli di *pay-per-item* o abbonamento per l'accesso ai contenuti; (iii) pubblicità; (iv) riconoscimento di licenze; (v) vendita di beni e servizi. Tuttavia, per quanto attiene agli utenti, i modelli di partecipazione ai guadagni sono perlopiù incentrati su meccanismi di *revenue-sharing*. Ancora, N. ELKIN-KOREN, *op.cit.*, 2010, pone come premessa del proprio lavoro proprio l'eterogeneità del fenomeno UGC che determina una particolare difficoltà nel fornire una rigida definizione in quanto, p.6: «*The term covers a wide range of creative activities, from simply expressing a political opinion on one's blog to posting a book review on Amazon.com. UGC is created by professionals and amateurs; it can be distributed for free or come at a cost*». Inoltre, l'autore critica anche la proposta opposizione concettuale tra amatori e professionisti in quanto non può scindersi nettamente tra queste due figure in quanto, p.12: «*UGC may be produced by professionals outside the scope of their employment agreement*». Infine, p.20, l'autore ritiene anche che l'esistenza o meno di uno scopo di lucro non possa essere di per sé dirimente dal momento che questo sussiste sempre per le piattaforme e può sempre comunque costituire un'aspettativa soggettiva dell'utente.

basato solamente sull'estensione e la consistenza del proprio pubblico, come condizione principale di guadagno.⁶²

Per tale ragione, è stata proposta anche una diversa definizione di UGC che ricomprende anche prodotti lucrativi, ma esclude dalla fattispecie i contenuti non originali e quelli creati dai *mass media* tradizionali.⁶³

4. *User-Adapted Content*

Infine, è opportuno passare in disamina l'ultimo elemento della definizione, precisamente l'aspetto relativo alla creazione delle opere, e in via generale, il richiamo al concetto di creatività contenuto nell'espressione UGC.

Forse, questo è l'elemento più rilevante ai fini della definizione del fenomeno e soprattutto delle sue implicazioni, in quanto, come sopra brevemente anticipato, il gradiente di creatività presente in un dato contenuto è essenziale ai fini della distinzione tra UGC originali e derivati, che è a sua volta alla base di diverse conseguenze nel campo del diritto d'autore.

⁶² S. HETCHER, *op.cit.*, 2007-2008, p.871: «*Publication of UGC will make it increasingly difficult to draw bright lines between amateurs, professionals, and amateurs seeking to be professionals*». Anche, N. HELBERGER, L. GUIBAULT, E.H. JANNSEN, N.A.N.M VAN EIJK, C.J. ANGELOPOULOS, J.V.J. VAN HOBOKEN, *op.cit.*, 2008, p.3. Sul concetto di pubblico come persone fuori dall'usuale circolo della famiglia: P. GOLDSTEIN, *Goldstein on Copyright*, Third Edition, Walters Kluwer, 2013. US DEPARTMENT OF COMMERCE, INTERNET POLICY TASK FORCE, *White Paper on Remixes, First Sale and Statutory Damages, Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy*, January 2016, p.7: «*the lines between amateur and professional, and between noncommercial and commercial, are often blurred*». Nello stesso senso: C. SOLIMAN, *op.cit.*, 2011-2012, p.330.

⁶³ C. SOLIMAN, *op.cit.*, 2011-2012, p.293: «*“original UGC” addresses any content created by users, which is not a remix of existing material and is carried by a sharing platform-even if the users receive monetary compensations for their content, but excluding content created by commercial mass media industry players*».

In linea di massima può dirsi che laddove non c'è creatività (sia essa a titolo originario o derivato)⁶⁴ ci si trova innanzi ad un atto di riproduzione non autorizzata di un'opera dell'ingegno, fattispecie che esula dall'oggetto di questa ricerca.⁶⁵ Più chiaramente, dove l'attività dell'utente sia limitata al caricamento sulle piattaforme di opere dell'ingegno senza aver ottenuto il consenso del titolare dei diritti, non possono esservi dubbi sull'illegalità dell'atto che costituirà un plagio od una contraffazione. Invece, l'ipotesi che maggiormente qui interessa è quella in cui, pur essendo un qualche gradiente di originalità dimostrato nella creazione di UGC, lo stesso sia basato su materiale preesistente. Ovvero, la casistica per cui l'utente carica sulla piattaforma una propria opera creata utilizzando anche materiale di altri autori. Tale fattispecie è rilevante per due ordini di motivi: (i) è la categoria di UGC più comune; (ii) è quella che crea più problemi rispetto al diritto d'autore,⁶⁶ e per questo oggetto dell'attenzione della Commissione europea nel quadro di riforma del sistema.

Prima di passare alla disamina della fattispecie come delimitata dal co-legislatore europeo,⁶⁷ si ritiene, dunque, necessario definire il fenomeno degli UGC derivati a cui gergalmente ci si riferisce utilizzando i termini *fan fiction* e *remix*.

⁶⁴ M.B. McNALLY - S.E. TROSOW – L. WONG - C. WHIPPEY – J. BURKELL – P.J. MCKENZIE, *User-generated online content 2: Policy implications*, First Monday, 17, 6, 4 June 2012, p.3, chiariscono che l'autentica originalità della creazione può essere alternativa ad una creatività trasformativa.

⁶⁵ OECD, *op.cit.*, 2007, p.8, enfatizza la circostanza per cui, in assenza del consenso del titolare dei diritti, o di un gradiente di creatività particolarmente elevato tale da stravolgere il messaggio originario dell'opera, l'attività posta in essere dall'utente può costituire un plagio e/o una ipotesi di riproduzione non autorizzata.

⁶⁶ D.J. GERVAIS, *(Re)structuring Copyright, A comprehensive path to international copyright reform*, Edward Elgar, 2017, p.133: «*User-derived Content is by far the hardest because the exact scope of the right to make adaptations (or “derivative works” as the term is used on the US Copyright Act) is unclear*».

⁶⁷ *Melius* Capitolo Secondo, para. 2.

Per quanto attiene ai c.d. *fan fiction*, questi possono essere definiti come prodotti creativi basati su opere della cultura pop - particolarmente famose - di cui i fan immaginano sviluppi diversi rispetto a quelli forniti dai prodotti *mainstream*.⁶⁸

Diversi sono, poi, i c.d. *mashup* e *remix*. Il primo termine si riferisce generalmente alle sole opere musicali,⁶⁹ mentre il secondo è indifferente al genere artistico e sta ad individuare tutte le opere create

⁶⁸ Tale definizione è fornita da R. TUSHNET, *Legal Fictions: Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law*, Loy. L.A. Ent. L. Rev., 17, 1997, p.655, per cui: «“*Fan fiction*” broadly speaking, is any kind of written creativity that is based on an identifiable segment of popular culture, such as a television show, and is not produced as “professional” writing. Fan authors borrow characters and settings, such as Princess Leia and Luke Skywalker or the Starship Enterprise, for use in their own writings. Fan fiction spans genres including comedy, drama, melodrama, adventure, and mystery». La stessa autrice chiarisce che, p.658, le opere di *fan fiction* non sono pure copie di opere preesistenti ma elaborazioni, spesso molto originali di personaggi, storie e ambientazioni tutelate. Rispetto agli elementi caratterizzanti tali tipo di creazioni, N.T. NODA, *Copyrights Retold: How Interpretive Rights Foster Creativity and Justify Fan-Based Activities*, Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law, 20, 1, 4, 2010, p.139: «An activity is fanbased if it is (1) undertaken as a complement to, rather than in competition with, the underlying work, and (2) enhances, in aggregate, the author’s economic and creative interests». Del pari, S.A. HETCHER, *Using Social Norms to Regulate Fan Fiction and Remix Culture*, The Foundations of Intellectual Property Reform, University of Pennsylvania Law Review, 157, 6, June 2009, p.1870: «*Fan Fiction*, broadly speaking, is any kind of written creativity that is based on an identifiable segment of popular culture, such as a television show, and is not produced as “professional” writing». Incidentalmente, si rileva che l’autore sostiene che, p.1885, le *fan fiction* abbiano storicamente preceduto la prassi del *remix*. Anche: V.L. BENABOU, *op.cit.*, 2014, p.11. Celebre è il caso delle *fan fiction* create su Harry Potter approfonditamente descritto da S.D. JAMAR, *Crafting Copyright Law to Encourage and Protect User-Generated Content in the Internet Social Networking Context, Symposium - Internet Expression in the 21st Century: Where Technology and Law Collide*, Widener L.J., 19, 2009-2010, pp.858 ss.

⁶⁹ B.J. JÜTTE, *The EU’s Trouble with Mashups - From Disabling to Enabling a Digital Art Form*, Journal of Intellectual Property, Information Technology & E-Commerce Law, 2014, p.172, chiaramente ricollega i *mashup* alla categoria degli UGC. Inoltre, fornisce una definizione di *mashup*, ovvero composizioni che combinano lavori esistenti (spesso tutelati dal diritto d’autore) trasformandoli in nuove creazioni originali. L’autore ritiene anche che, data l’importanza sociale e la capillare diffusione di tali usi trasformativi, il contesto normativo dovrebbe incentivare e tollerare tali usi piuttosto che sanzionarli. Anche S.A. HETCHER, *op.cit.*, 2009, p.1872, fornisce una definizione di *mashup*, come il processo tramite il quale: «a vocal track from one song digitally super-imposed on the instrumental track of another». Ancora: V.L. BENABOU, *op.cit.*, 2014, p.8.

fondendo tra loro diverse opere preesistenti, o aggiungendo contenuti nuovi ad una precedente opera.⁷⁰

A tal proposito, dunque, oltre al summenzionato lavoro dell'OECD, che ha fornito un importante ausilio nella comprensione e sistematizzazione del fenomeno in oggetto, è opportuno fare riferimento a quanto elaborato dalla Commissione europea che, è bene chiarire, ha limitato la propria indagine - come la definizione di UGC - ad una specifica area del fenomeno.⁷¹

Innanzitutto, è interessante rilevare l'importanza che assume di per sé la semplice circostanza che la Commissione abbia dedicato la propria attenzione al tema.⁷² E deve ritenersi che ciò sia stato determinato da un triplice ordine di ragioni: (i) la quantità e la crescita esponenziale del fenomeno; (ii) l'abbandono del modello classico di intermediazione; (iii) l'influenza che le piattaforme hanno sul mercato dei contenuti proprio grazie allo sfruttamento degli UGC.⁷³

⁷⁰ B.J. JÜTTE, *op.cit.*, 2014, p.173, ravvisa una differenza tra il *mashup* ed il *remix* in quanto mentre il primo costituisce solo il frutto dell'assemblaggio di opere preesistenti, il secondo è basato sulla modifica di queste ultime. In particolare, p.173: «*What mashups per definition do not include is any sort of original or new material, but mashups rely exclusively on existing sound recordings to create new works*». Del sottile confine tra le due fattispecie da conto anche S.A. HETCHER, *op.cit.*, 2009, p.1872. Ancora, C. SOLIMAN, *op.cit.*, 2011-2012, p.281, riconduce i *remix* alla categoria degli UGC, e, addirittura ritiene altresì che ne sia la forma più popolare. L'autore sostiene che i *remix*, a differenza della generalità indistinta degli UGC: «*represent a form of speech through which users can utilize cultural references and convey ideas that will be understood by all participants*». Secondo L. LESSIG, *op.cit.*, 2008, il *remix* costituisce proprio una nuova forma di comunicazione intersoggettiva in quanto la forma espressiva è utilizzata per veicolare una serie di messaggi più o meno espliciti e più o meno intellegibili a seconda del grado di appartenenza dei soggetti al medesimo gruppo culturale.

⁷¹ EUROPEAN COMMISSION, *Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules*, 2014, p.67. K. ERICKSON, *op.cit.*, 2014, p.3, sottolinea proprio che nel documento di consultazione avente a oggetto gli UGC, la Commissione abbia fornito una definizione solo parziale del fenomeno.

⁷² B.J. JÜTTE, *op.cit.*, 2014, p.174.

⁷³ L. GUIBAULT – G. WESTKAMP – B. HUGENHOLTZ – M. VAN EECHELD – N. HELBERGER – L. STEIJGER – M. ROSSINI – N. DUFFT – P. BOHN, *op.cit.*, 2007, pp.13-14.

Tuttavia, la Commissione ha inteso restringere il proprio campo di azione all'aspetto che crea maggiore attrito col diritto d'autore⁷⁴ ed ha, pertanto, definito UGC come opere frutto di adattamento di contenuti preesistenti, restringendo la propria analisi a quelli che sono, invece, più tecnicamente denominati "User-Adapted Content" (di seguito "UAC").⁷⁵ Questa delimitazione non costituisce certo un problema in sé, se solo fosse stata esplicitata e chiarita nella sua portata e quindi fosse stato evidenziato come la stessa sia limitata ad una sola area di UGC, che è invece un fenomeno molto più ampio e comprende creazioni originali oltre che derivate.⁷⁶

⁷⁴ I. CHUANG, *Be Wary of Adding Your Own Soundtrack: Lenz v. Universal and How the Fair Use Policy Should be Applied to User Generated Content*, Loy. L.A. Ent. L. Rev., 29, 2009, p.164. EUROPEAN COMMISSION, *Public Consultation on the review of the EU copyright rules*, 2014, p.2: «This new environment also presents challenges. One of them is for the market to continue to adapt to new forms of distribution and use. Another one is for the legislator to ensure that the system of rights, limitations to rights and enforcement remains appropriate and is adapted to the new environment. This consultation focuses on the second of these challenges: ensuring that the EU copyright regulatory framework stays fit for purpose in the digital environment to support creation and innovation, tap the full potential of the Single Market, foster growth and investment in our economy and promote cultural diversity».

⁷⁵ EUROPEAN COMMISSION, *Consultation Document*, 2013, p.28: «User-generated content (UGC) can thus cover the modification of pre-existing works even if the newly-generated/"uploaded" work does not necessarily require a creative effort and results from merely adding, subtracting or associating some pre-existing content with other pre-existing content. This kind of activity is not new as such. However, the development of social networking and social media sites that enable users to share content widely has vastly changed the scale of such activities and increased the potential economic impact for those holding rights in the pre-existing works». Nello stesso senso, S.M. O'CONNOR, *op.cit.*, 2015. In ragione di tale differente natura delle opere, V.L. BENABOU, *Quelles solutions pour les UGC en France?*, *Juris art etc.*, 25, 2015, p.20, suggerisce un trattamento legislativo differenziato tra UGC e UAC volto ad incoraggiare la creazione di nuove opere che non siano semplici riproduzioni non autorizzate. Al contempo, deve riconoscersi che è unica la matrice di entrambi i fenomeni, ovvero quella di partecipazione culturale e collettiva. Infatti, come autorevolmente rilevato dal V.L. BENABOU, *Rapport De La Mission Du CSPLA Sur Les "Œuvres Transformatives"*, *Rapp. De La Mission Fabrice Langrognet*, 2014, p.63-64, anche modificare contenuti è un comportamento identitario che consente all'individuo di riconoscersi in una comunità con cui condivide i riferimenti culturali.

⁷⁶ K. ERICKSON, *op.cit.*, 2014, p.3.

Infatti, già il Libro Verde del 2008 si era concentrato soprattutto sulla valutazione degli usi che gli utenti fanno di contenuti preesistenti, sottolineando come la Direttiva InfoSoc non preveda un'eccezione che consenta l'uso di contenuti protetti dal diritto d'autore per creare opere derivate senza il previo consenso del titolare dei diritti e che, pertanto, laddove questa attività sia svolta senza le necessarie autorizzazioni, è illecita.⁷⁷ Al contempo, è stato rilevato che, pur potendo tale obbligo di *clearance* dei diritti essere percepito come un ostacolo alla creazione, un'interpretazione diversa sarebbe impossibile e pertanto, si rendeva opportuno valutare la necessità di introdurre un meccanismo di esenzione di tali usi che tenga, però, debitamente conto dei contrapposti interessi economici dei titolari dei diritti sull'opera originaria.⁷⁸

Da questa necessità di bilanciamento, dunque, nasce la discussione - conclusasi solo in parte con l'adozione della Direttiva 2019/790/UE (di seguito, "Direttiva MUD")⁷⁹ - avente ad oggetto il modello regolatorio da adottare per disciplinare il fenomeno degli UAC. In particolare, la questione atteneva all'opportunità di confermare l'assoluta prevalenza del diritto di riproduzione ed adattamento, e subordinare dunque la creazione e diffusione di UAC al consenso degli autori originari implementando un sistema di licenze, ovvero, in alternativa, prevedere

⁷⁷ EUROPEAN COMMISSION, *Green Paper "Copyright in the Knowledge Economy"*, Brussels, 2008, pp.19-20.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Direttiva 2019/790/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 1996/9/CE e 2001/29/CE, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea del 17 maggio 2019.

Il rigore della ricerca impone di utilizzare una formula diversa rispetto a quella usata gergalmente che usa fare riferimento alla Direttiva 2019/790/UE quale "*Direttiva Copyright*" in ragione di due circostanze. Da un lato non può essere considerato lo strumento centrale dell'ordinamento del diritto d'autore europeo, dall'altro, il termine *copyright* ha un significato tecnico estraneo al merito dello strumento legislativo in commento. Per questo, di seguito, nel corpo del testo di userà l'abbreviazione "*Direttiva MUD*".

un'eccezione a beneficio della creatività *online*, e in tale ultimo caso, come una tale eccezione al diritto d'autore possa essere costruita e giustificata.

5. *Considerazioni conclusive*

Come detto, la rete è oggi fortemente collaborativa, caratterizzata da un livello di interazione molto elevato.⁸⁰ La digitalizzazione, infatti, insieme alla creazione delle piattaforme, rende indifferenti limiti di natura spaziale e temporale.⁸¹

Pertanto, con riferimento alle opere create tramite questa architettura e/o mediante la stessa pubblicate, duplice è il problema relazionale rispetto al diritto d'autore. Da un lato, la maggior parte dei contributi generati dagli utenti costituisce una modifica o un adattamento di materiale preesistente (quando non è un mero atto di riproduzione non autorizzata);⁸² dall'altro, il diritto d'autore disciplina fattispecie collaborative solo come eccezioni alla regola generale dell'opposizione autore/fruttore.⁸³

⁸⁰ G. RITZER - N. JURGENSON, *op.cit.*, 2010, p.19, per cui la maggior parte di quanto è *online*, in particolare nel Web 2.0, è generato dagli utenti al contrario del Web 1.0 dove invece, un ruolo preponderante era riconosciuto ai prestatori di servizi.

⁸¹ N. ELKIN-KOREN, *op.cit.*, 2010, p.2.

⁸² Caratteristica predominante dei contenuti condivisi dagli utilizzatori è che essi costituiscono un adattamento o trasformazione di opere preesistente, ovvero quegli usi trasformativi che abbiamo imparato a conoscere come *remix* e *mashup*, tanto diffusi da essere uno dei simboli della cultura digitale. In tal senso, L. MAUREL, *Quel droit d'auteur à l'heure du numérique? Sortir de l'impasse la réforme du droit d'auteur*, Nectartm, 2, 2016, p.103.

⁸³ N. ELKIN-KOREN, *op.cit.*, 2010, p.2, sottolinea come, fatta eccezione per alcune fattispecie, il diritto d'autore è immaginato per regolare relazioni tra un singolo titolare dei diritti ed i soggetti fruitori che sono in una posizione evidentemente subordinata rispetto al primo. Diversamente, la produzione collettiva è caratterizzata da una moltitudine di relazioni tra soggetti che hanno diversi interessi sui medesimi contenuti.

Ebbene, tale binomio non sembra ancora attuale. Il fenomeno della c.d. *prosumption* ha infatti determinato l'emancipazione dei fruitori dall'industria culturale tradizionale e soprattutto, contribuito ad un'elevata diversificazione dei contenuti.⁸⁴ Tale rottura con il modello tradizionale ha causato, oltre che una tendenziale inadeguatezza dell'impianto normativo, una diffidenza che pare tutt'oggi irrisolvibile nei confronti delle nuove forme di espressione.⁸⁵

Per riassumere, le questioni che si pongono oggi in rapporto al diritto d'autore sono numerose, e di diversa natura. Innanzitutto, l'adattamento del sistema autoriale all'opera creata tramite il contributo di più autori ha assunto una particolare importanza mentre in passato costituiva solo un'ipotesi residuale. In secondo luogo, la ridefinizione dell'equilibrio tra gli interessi di chi fruisce l'opera e la remunerazione degli autori ha assunto una decisa centralità in qualsiasi discussione relativa all'ammodernamento del sistema di diritto d'autore.⁸⁶ Infine, la tradizionale diffidenza nei confronti delle forme di creazione più recenti, che ha determinato la nascita di una vera e propria gerarchia della creatività - e messo in discussione gli stessi canali di comunicazione del messaggio artistico - sembra non più giustificata in considerazione dell'attualità dei processi creativi.⁸⁷

⁸⁴ M. MOSSÉ, *Contractualiser pour responsabiliser, vers un rapprochement de l'auteur et de son public par le web 2.0*, Revue Le Lamy Droit de l'immatériel, 43, 1 novembre 2008, p.1, per cui è evidente che il Web 2.0 consenta una esperienza molto più intensa in termini di diversità di offerta di contenuti rispetto al modello di produzione culturale tradizionale. Al riguardo, anche: N. ELKIN-KOREN, *op.cit.*, 2010, pp.7-8.

⁸⁵ L. MAUREL, *op.cit.*, 2016, p.104. Nello stesso senso: P.J. BENGHOZI, *Le deuxième choc de l'économie de la culture*, Esprit, 7, 2011, p.111, per cui le industrie culturali negli ultimi decenni si sono trovate a dover fronteggiare diverse mutazioni determinate dalla tecnologia che hanno coinvolto non solo la natura delle opere create (la digitalizzazione delle opere) ma anche i metodi di distribuzione, i modelli economici derivanti, e le modalità di fruizione.

⁸⁶ M. MOSSÉ, *op.cit.*, 2008, p.3.

⁸⁷ Per un'analisi dell'attualità dei processi creativi e delle loro conseguenze socio-economiche, cfr. J.D. POTTS – J. HARTLEY – J.A. BANKS – J.E. BURGESS – R.S.

Tuttavia, pensare di abbandonare il diritto d'autore come campo privilegiato della discussione è impossibile. Infatti, nel momento della crisi del diritto, in realtà si assiste al tempo stesso al suo trionfo. Se, infatti, una delle giustificazioni tradizionalmente poste alla base dell'istituzione del diritto d'autore è la realizzazione di un'abbondanza di informazioni, ed una virtuosa circolazione culturale, sembrerebbe che il diritto d'autore sia arrivato a realizzare il proprio scopo.⁸⁸ Infatti,

COBCROFT – S.D. CUNNINGHAM – L. MONTGOMERY, *Consumer co-creation and situated creativity*, *Industry and Innovation*, 15, 5, 2008, pp.2-6, i quali sostengono che la creatività diffusa (*situated creativity*) sia un'estensione del concetto di “*situated knowledge*” per cui la conoscenza risiede non solo nei soggetti ma anche negli oggetti e nei luoghi di interazione sociale. Pertanto, la produzione collettiva in cui diversi utenti partecipano al processo creativo è una conseguenza diretta della maggiore facilità di accesso da parte degli utenti agli strumenti di produzione tramite le tecnologie informatiche. In tal modo, non si può parlare solo di produzione ma anche di innovazione, quantomeno in senso culturale. L. GUIBAULT – G. WESTKAMP – B. HUGENHOLTZ – M. VAN EECHOU – N. HELBERGER – L. STEIJGER – M. ROSSINI – N. DUFFT – P. BOHN, *op.cit.*, 2007, enfatizzano invece la circostanza per cui il diritto d'autore è oggi fondato sulla netta distinzione dei ruoli tra produttori e consumatori.

⁸⁸ GOLDSTEIN, *Copyright: Principles, Law And Practice*, Oxford University Press, 1989, pp.63-64, nel tracciare la *ratio* sottostante al riconoscimento di privative autoriali, afferma che l'argomento storicamente prevalso è quello relativo alla necessità di garantire un'abbondanza di informazioni ed espressioni creative. In tema, approfonditamente, C. GEIGER, *Freedom of Artistic Creativity and Copyright Law: A Compatible Combination?*, Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper, 8, 2017, p.14, rileva come la finalità attuale della disciplina autoriale sembra la massimizzazione dei profitti piuttosto che la protezione dei diritti individuali. Tuttavia, la libertà di creare senza il controllo della pubblica autorità per stimolare la circolazione libera delle idee, manifestazione del pensiero illuminista, ha costituito la *ratio* del sistema del diritto d'autore per secoli. Il modello utilitaristico di giustificazione del diritto affonda le proprie radici nello *Statue of Anne*, ma si riflette nella legislazione settecentesca che ha permeato poi anche gli accordi internazionali in materia. Solo successivamente il diritto d'autore ha compreso le teorie personalistiche diffuse nel diciannovesimo secolo che hanno favorito la diffusione ed il rafforzamento dei diritti morali degli autori. A questa epoca risalgono anche le teorizzazioni di Hegel, Locke or Kant che riconoscono agli autori un diritto naturale alla proprietà dei frutti del proprio lavoro e alle manifestazioni della propria personalità. Questa impostazione giustifica l'assetto proprietario del diritto in contrapposizione ai beni comuni e che al di là della propria tenuta concettuale, ha influenzato il modello continentale del diritto d'autore, modello di riferimento alternativo a quello utilitaristico del *copyright*. Nello stesso senso anche, N. RUIZ, *op.cit.*, 2014, p.214: «*Copyright law's initial goal was to assist the progression of the arts and sciences by encouraging the dissemination of information. The reason copyright grants authors a limited monopoly in their creations is to incentivize creators to share their works with society*». N. ELKIN-KOREN, *op.cit.*, 2010, p.2:

tramite le piattaforme, contenuti creativi sono creati, condivisi e diffusi costantemente e con un'abbondanza che non conosce precedenti.⁸⁹

Rimane dunque l'interrogativo su come disciplinare questo nuovo spazio di creazione, su quale sia lo strumento migliore, sul livello di armonizzazione che possa garantire il miglior risultato e a quali condizioni.⁹⁰

A tal fine, si analizzerà, nel Capitolo successivo, l'attuale disciplina dell'opera derivata nel diritto dell'Unione Europea soprattutto con riferimento alle libere utilizzazioni - anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in materia - al fine di verificare se un intervento legislativo in tal senso sia auspicabile.

«Copyright law, which was designed to serve the needs of the cultural industry, may play a different role in the UGC environment and may carry different consequences when exercised by the key players in this environment: users-authors and social media platforms». P.J. BENGHOZI, *op.cit.*, 2011, p.115, definisce l'“iper-offerta” di contenuti ed informazioni una caratteristica del Web 2.0.

⁸⁹ G. RITZER - N. JURGENSON, *op.cit.*, 2010, p.30, «*Prosumer capitalism is based on a system where content is abundant and created by those not on the payroll*». L. MAUREL, *op.cit.*, 2016, p.100; P.J. BENGHOZI, *op.cit.*, 2011, p.112, per cui caratteristica del Web 2.0 e dei *social media* è proprio la moltiplicazione dell'offerta culturale disponibile in considerazione, soprattutto, dell'effetto che tale abbondanza ha avuto sulle scelte dei consumatori. Questa condizione ha poi determinato anche un cambiamento nelle filiere produttive e nei modelli d'impresa dell'industria culturale che si è tradotto nell'emersione di nuovi attori e nell'accrescimento, in misura sempre maggiore, del ruolo delle piattaforme di aggregazione con l'ulteriore conseguenza, infine, dell'annullamento della distanza tra professionisti e amatori. Nello stesso senso, E. DERIEUX – A. GRANCHET, *Réseaux sociaux en ligne, Aspects juridiques et déontologique*, Lamy, 2013, p.16.

⁹⁰ AA.VV., *The principles for User Generated Content services: a middle-ground approach to cyber-governance*, Harvard Law Review, 121, 5, 2008, p.1387: «*The debate over how, whether, and by whom the Internet should be regulated has occurred mostly at the extremes: some have argued that formal regulation of the Internet is impossible and undesirable advocating for self-governance and heavy reliance on private arrangements, while others have argued that formal, traditional regulation is possible, inevitable, and ideal*». US DEPARTMENT OF COMMERCE INTERNET POLICY TASK FORCE, *op.cit.*, 2013, p.1, pone l'attenzione soprattutto sull'opportunità di individuare meccanismi di regolazione che garantiscano l'uguaglianza e la corretta competizione nel mercato.

Il Capitolo Terzo è invece dedicato ad un'analisi comparativa della disciplina canadese e statunitense in considerazione di due distinte circostanze. Da un lato, entrambi gli ordinamenti hanno assunto delle posizioni ben determinate in materia di UGC; dall'altro, hanno adottato soluzioni distinte che sono però entrambe state considerate dal legislatore europeo come possibili modelli regolatori da importare. Ovvero, il Canada ha ritenuto opportuno introdurre una specifica eccezione al diritto d'autore a beneficio degli UGC, e la giurisprudenza statunitense ha fatto ricorso alla clausola di *fair use*, dimostrandone l'assoluta idoneità.

Infine, l'ultimo Capitolo è dedicato alla soluzione adottata in Unione Europea, ovvero al sistema istituito dall'articolo 17 della Direttiva MUD ed ai suoi possibili effetti rispetto agli UAC.

CAPITOLO SECONDO

USER-ADAPTED CONTENT

INQUADRAMENTO GIURIDICO

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. User-Adapted Content come opere derivate - 3. La disciplina dell'opera derivata, il conflitto con i diritti patrimoniali - 4. Le libere utilizzazioni - 4.1. Citazioni - 4.2. Caricatura, parodia o pastiche - 4.3. Considerazioni sull'applicabilità delle eccezioni della Direttiva 2001/29/CE agli UAC - 5. Il possibile conflitto con i diritti morali - 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Come anticipato nel Capitolo precedente, la Commissione europea, nel processo di analisi e studio degli interventi da porre in essere al fine di aggiornare il diritto d'autore al mercato unico digitale, ha ritenuto di particolare interesse il tema degli UGC.

Tuttavia, ha al contempo inteso limitare l'oggetto della propria indagine ai soli UAC in ragione della loro rilevanza casistica e delle problematiche giuridiche che sollevano con riferimento ai diritti sulle opere da cui traggono origine. Ebbene, già il menzionato studio dell'OECD del 2007 aveva enfatizzato la circostanza per cui gli UGC non fossero di per sé problematici per il diritto d'autore, piuttosto, che il conflitto tra tecnologia e diritto sorgerebbe con riferimento ai soli UAC.⁹¹ Questi, infatti, creati utilizzando parti più o meno consistenti di

⁹¹ OECD, DIRECTORATE FOR SCIENCE, TECHNOLOGY AND INDUSTRY, COMMITTEE FOR INFORMATION, COMPUTER AND COMMUNICATIONS POLICY, WORKING PARTY ON THE INFORMATION ECONOMY [WPIE], *Participative Web: User Created Content*, DSTI/ICCP/IE(2006)7/FINAL, S. WUNSCH-VINCENT – G. VICKERY, April 12, 2007,

opere preesistenti, necessiterebbero della preventiva autorizzazione del titolare dei diritti sull'opera originaria quando non possono beneficiare di un'eccezione o limitazione al diritto d'autore.⁹²

Ebbene, questa dicotomia, enfatizzata dall'autorevole istituzione, è stata fatta propria dalla Commissione europea che, sin dal primo documento in cui ha reso nota la propria decisione di intraprendere un percorso di riforma del diritto d'autore, ed in particolare della Direttiva 2001/29/CE,⁹³ ha reso il fenomeno degli UGC oggetto di discussione.⁹⁴ Partendo dallo studio dell'OECD, la Commissione ha preliminarmente rilevato la dicotomia esistente tra i contenuti creati dagli utenti sulla base di materiale preesistente (UAC) e i contenuti che sono invece solo messi a disposizione dagli utenti tramite le piattaforme, essendo però riferibili ad altri titolari dei diritti (*User Uploaded Content* - "UUC"). Dunque, esclusa questa ultima ipotesi, ovvero il mero caricamento di materiale protetto senza il consenso del titolare dei diritti, che costituirebbe un atto di contraffazione, e/o illecita diffusione, la

p.45. C. SOLIMAN, *Remixing sharing: sharing platforms as a tool for advancement of UGC sharing*, 22 Alb. L.J. Sci. & Tech., 2011-2012, p.290.

⁹² OECD, *op.cit.*, 2007, p.80, dà atto della circostanza per cui, i diversi ordinamenti giuridici hanno garantito eccezioni alla generale regola di controllo che grava sui titolari dei diritti quando la sua rigida applicazione scoraggerebbe la creatività o limiterebbe: «*the public interest in or wide dissemination of knowledge through copyrighted works*».

⁹³ Di seguito, nel corpo del testo anche "Direttiva InfoSoc".

⁹⁴ Sulla distinzione tra la definizione di UGC resa dall'OECD e quella invece assunta dalla Commissione europea, cfr. J.P. TRIAILLE – S. DUSOLLIER – S. DEPREEUW – J.B. HUBIN – A. FRANQUEN, *Study on the application of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society (The "Infosoc Directive")*, 2013 (c.d. Rapport De Wolf), p.455. Invece, N. ELKIN-KOREN, *User-Generated Platforms*, in *Working within the boundaries of Intellectual Property*, R. DREYFUSS – D.L. ZIMMERMAN – H. FIRST (ed.), Oxford University Press, 2010, p.16, contesta il fondamento delle definizioni rese perché tutti gli elementi che le costituiscono sarebbero al di fuori del diritto d'autore e dunque sono più descrizioni del fenomeno che definizioni legali.

Commissione ha concluso affermando la necessità di disciplinare gli UGC in quanto espressione di una qualche creatività.⁹⁵

Tuttavia, deve rilevarsi che questa impostazione non è priva di criticità. Infatti, da un lato, la ricostruzione fornita dalla Commissione non sembra completa. Dall'altro, la terminologia utilizzata non è del tutto corretta.

Rispetto alla prima questione, deve chiarirsi che il *genus* UGC potrebbe essere idealmente distinto in due *species*: UGC “puri”, ovvero contenuti creati dagli utenti in maniera originale e genuina, chiamati anche “*User-Created Content*” (“UCC”),⁹⁶ ed UAC, ovvero contenuti creati adattando materiale preesistente.⁹⁷

Da queste due categorie deve invece rigorosamente tenersi distinta la diversa casistica - che pure la Commissione ricomprende nel generale fenomeno degli UGC - dei contenuti illecitamente caricati sulle piattaforme dagli utenti, sopra denominati UUC. Questi atti, infatti, non svelando alcun apporto creativo, non possono essere in alcun modo inclusi nella categoria degli UGC, costituendo atti di contraffazione che, in quanto tali, non pongono nuovi interrogativi con riferimento al diritto d'autore né necessitano di alcuna eventuale disciplina derogatoria, ma devono essere adeguatamente perseguiti e sanzionati.⁹⁸

Con riferimento alla seconda questione, ovvero all'aspetto terminologico sopra accennato e già parzialmente affrontato nel Capitolo precedente, l'ambiguità discenderebbe in parte dalle persistenti incertezze rispetto alla ricostruzione della fattispecie. Infatti,

⁹⁵ EUROPEAN COMMISSION, *Green Paper “Copyright in the Knowledge Economy”*, Brussels, 2008, p.19.

⁹⁶ OECD, *op.cit.*, 2007, p.4.

⁹⁷ J.P. TRIAILLE – S. DUSOLLIER – S. DEPREEUW – J.B. HUBIN – A. FRANQUEN, *op.cit.*, 2013, p.453: «*So, what interests us are situations where a “user” (therefrom the expression “User-Generated Content”) relies on a pre-existing work, “arranges” it, and then uploads it on a website or web platform of some kind.*

⁹⁸ *Id.*, p.452.

gli aspetti del fenomeno UGC presi in considerazione dalla Commissione come oggetto di un possibile intervento legislativo sono relativi ai soli UAC, sebbene il legislatore europeo preservi l'utilizzo dell'acronimo UGC che, lo si ripete, si riferisce all'intero fenomeno della creatività espressa sui *social media*, e più tecnicamente ai soli contenuti originali creati dagli utenti.

Pertanto, nel prosieguo, la sigla UAC sarà utilizzata per indicare i contenuti generati dagli utenti in adattamento di materiale preesistente e la sigla UGC in riferimento al fenomeno generale.

2. User-Adapted Content come opere derivate

Fatte queste premesse, che in parte svelano la complessità della questione, si ritiene necessario altresì passare in disamina, in ordine cronologico, i documenti tramite cui la Commissione ha reso nota la propria intenzione di regolare il fenomeno e al contempo proposto un'analisi dello stesso.

Innanzitutto, il menzionato Libro Verde del 2008, in cui la Commissione, preliminarmente riscontrando un generale consenso rispetto alla prematurità di un intervento legislativo in materia, ha comunque svelato la propria intenzione di affrontare la problematica degli UAC.

Ciò in quanto, nel vigore della Direttiva InfoSoc, non essendo prevista alcuna eccezione che consenta l'uso di contenuti esistenti protetti dal diritto d'autore per creare opere derivate, gli utenti che vogliono mettere lecitamente a disposizione sulle piattaforme i contenuti da loro "trasformati", devono ottenere la previa autorizzazione dei legittimi

titolari dei diritti sulle opere modificate.⁹⁹ Tuttavia, una tale condizione sembrerebbe essere percepita come: «ostacolo all'innovazione in quanto blocca la diffusione di opere nuove, potenzialmente di valore».¹⁰⁰ Dunque, all'esito di una tale ricostruzione, l'introduzione di una nuova eccezione al diritto d'autore sarebbe opportuna e fondata sulla necessità di non limitare ingiustificatamente la creatività derivativa e invece stimolare la diffusione della conoscenza.¹⁰¹ Ebbene, la Commissione riconosce anche l'opportunità di vagliare attentamente condizioni e limiti applicativi di una tale eventuale eccezione, al fine di garantire che non sia arrecato ingiustificato pregiudizio agli interessi economici dei titolari dei diritti sulle opere originarie.¹⁰²

⁹⁹ EUROPEAN COMMISSION, *Green Paper "Copyright in the Knowledge Economy"*, Brussels, 2008, p.10, rileva che dalle consultazioni è emersa una generale convinzione circa la prematurità di un intervento legislativo in ragione della persistente ambiguità della definizione e, ancora, su quale possa essere il modo di intervento: «se i dilettanti e i professionisti debbano beneficiare di norme speciali sui contenuti creati dall'utente e come si possa effettuare una distinzione tra questi due gruppi, oppure in che modo le norme sui contenuti creati dall'utente siano legate alle limitazioni esistenti, ad esempio citazioni, uso occasionale, caricatura, parodia o pastiche».

¹⁰⁰ *Id.* p.19. Anche A. GOWERS, *Gowers Review of Intellectual Property*, TSO, December 2006, si esprime in questo senso facendo riferimento alla necessità di considerare la rilevanza dell'uso "trasformativo". Tale fattore, la trasformatività, è mutuato dalla legislazione statunitense che vi dà rilevanza non di per sé, ma cumulativamente alle altre condizioni necessarie per poter beneficiare del "fair use" disciplinato dalla sezione 107 del US Copyright Act.

Più approfonditamente sul c.d. *fair use* e sulla sua esportabilità, vedi Capitolo Terzo, para. 4 e 5.

¹⁰¹ EUROPEAN COMMISSION, *Green Paper "Copyright in the Knowledge Economy"*, Brussels, 2008, p.6, riconosce espressamente che: «Al centro del presente Libro verde sono le eccezioni al diritto di autore che assumono maggior rilievo ai fini della diffusione della conoscenza, ed in particolare: (...) l'eventuale eccezione per i contenuti creati dagli utenti». A tal proposito, F. POLLAUD-DULIAN, *Livre vert de la Commission des Communautés européennes, sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance (COM(2008)466/3)*, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial (RTD Com)*, 4, 2008, pp.728-730, rileva che il co-legislatore europeo sembra far idealmente prevalere la libera circolazione della conoscenza e dell'innovazione quale fattore di apertura e coesione sociale rispetto alle istanze proprietarie.

¹⁰² EUROPEAN COMMISSION, *Green Paper "Copyright in the Knowledge Economy"*, Brussels, 2008, p.19.

È invece evidentemente trascurata la necessità di preservare altresì una parità di trattamento tra gli utenti creatori di UAC e i creatori di opere derivate in ambiente analogico ed *offline*; né, purtroppo, una tale disparità sembra essere mai stata portata all'attenzione della Commissione fino al testo vigente della Direttiva MUD.

Al contrario, particolare cautela sarebbe anche dovuta in ragione dell'assoluta rilevanza dei diritti patrimoniali coinvolti, ovvero il diritto di riproduzione ed il diritto di adattamento, che determinano la necessità di sottoporre qualsiasi eccezione eventualmente prevista al rispetto del c.d. *three-step test*, di cui all'articolo *9bis* della Convenzione di Berna.¹⁰³

Successivamente al Libro Verde, la Commissione conferma il proprio interesse al tema degli UGC nella Comunicazione del 2011 “*Sul mercato unico dei diritti di proprietà intellettuale*”, svelando l'intenzione di adottare un approccio prudentiale al fine di garantire che gli utenti possano continuare a beneficiare dei servizi coinvolti.¹⁰⁴

Tuttavia, in questo documento sembra affiorare l'intento della Commissione di favorire l'istituzione di un sistema di autorizzazioni semplice ed efficiente a beneficio degli utenti amatoriali che creano UAC per scopi non commerciali.¹⁰⁵

¹⁰³ Sul c.d. *three-step test* in rapporto all'eccezione per UAC, vedi Capitolo Terzo, para. 3.

¹⁰⁴ EUROPEAN COMMISSION, *Un Mercato Unico dei Diritti di Proprietà Intellettuale, Rafforzare la creatività e l'innovazione per permettere la creazione di crescita economica, di posti di lavoro e prodotti e servizi di prima qualità in Europa*, Com(2011) 287 Definitivo, Bruxelles, 24.5.2011, p.13, spiega che la tematica degli UGC ha assunto rilevanza per il legislatore in ragione della diffusione dei *social network* e della prassi del: «*caricamento di contenuti online da parte degli utenti finali*».

¹⁰⁵ *Ibid.* Tale condizione amatoriale, allo stato non comporta alcun beneficio per gli utenti che rimangono comunque responsabili della propria condotta illecita quando caricano opere protette dal diritto d'autore senza il consenso dei titolari dei diritti.

In tale ottica, in un sistema di virtuoso mercato dei diritti, il diritto d'autore fungerebbe da “*broker*” tra i titolari dei diritti e gli utenti delle piattaforme che intendono creare UAC, in funzione di un riequilibrio dello sfruttamento economico delle opere dell'ingegno che preservi il rapporto tra i diritti degli autori tradizionali e quelli dei creatori di contenuti digitali.¹⁰⁶

È interessante rilevare che il tema dello squilibrio economico a svantaggio dei titolari dei diritti assume, a partire da questo momento, connotati sempre più precisi e, soprattutto, una rilevanza sempre maggiore nel dibattito sulla necessità di ammodernare il diritto d'autore e regolare più chiaramente il rapporto tra titolari dei diritti e piattaforme. Queste ultime, infatti, fino a questo momento estranee al dibattito sulla riforma del diritto d'autore e finanche alla discussione sugli UGC, si affacciano adesso timidamente sull'arena.

Coerentemente, la successiva comunicazione “*On content in the Digital Single Market*” del 2012, rileva l'evidenza della diffusione di nuovi modelli economici di creazione di valore e di nuovi *business models* in grado di capitalizzare la capacità della rete di diffondere contenuti. Si riconosce anche che questi nuovi soggetti costituiscono al contempo un potenziale ed una sfida per le tradizionali industrie creative e per l'economia digitale più in generale.¹⁰⁷

In questo contesto, che ha dunque assunto un chiaro connotato economico, la Commissione svela il proprio obiettivo di garantire che il diritto d'autore e le sue applicazioni, comprese le prassi contrattuali: «*stay fit for purpose in this new digital context*».¹⁰⁸

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ EUROPEAN COMMISSION, *On content in the Digital Single Market*, COM(2012) 789 final, Brussels, 18 December 2012, p.2.

¹⁰⁸ *Ibid.*, la Commissione aggiunge anche che: «*In 2010, in its Digital Agenda for Europe, the Commission endeavored to open up access to content as part of its strategy to achieve a vibrant Digital Single Market and identified a number of actions*

A tal fine, la Commissione individua due percorsi paralleli: l'ammodernamento del sistema europeo del diritto d'autore nel suo complesso; la soluzione di particolari tematiche che possono essere affrontate in maniera diretta ed in parte autonoma rispetto al più ampio e ambizioso progetto di riforma inaugurato.¹⁰⁹

Pertanto, viene avviata una fase di dialogo con gli *stakeholders* al fine di individuare delle soluzioni “*industry-led*” che, in ottemperanza al principio di sussidiarietà, rendano l'intervento legislativo solo eventuale e, in ogni caso, mirato.¹¹⁰

In particolare, al fine di responsabilizzare, ma al contempo lasciare liberi i soggetti privati in ordine alla regolazione dei propri interessi, la Commissione lancia il progetto “*Licensing for Europe*”, con il principale scopo di non limitare ingiustificatamente e preventivamente le potenzialità che un sistema contrattualistico - lasciato all'autonomia privata - può svelare, ma anche per esplorare la capacità delle pratiche di licenza e della tecnologia: «*in making EU copyright law and practice fit for the digital age*».¹¹¹

Essendo questa l'impostazione generale adottata dalla Commissione con riferimento all'intero orizzonte del diritto d'autore nel mercato unico digitale, la stessa si preoccupa anche di dettagliare l'impatto di questa scelta rispetto alle singole tematiche oggetto del proprio interesse e di un possibile intervento, inclusi gli UAC.

in the field of copyright. In 2011, in its Intellectual Property Strategy “A Single Market for Intellectual Property Rights”, the Commission recognized the strategic importance of copyright for the development of the Digital Single Market. The Strategy sought to develop solutions targeted and designed to address specific obstacles with the most appropriate tools available, (...). Whilst good progress has been made in delivering the copyright-related actions identified in the Digital Agenda and the Intellectual Property Strategy, there remains work to be done to ensure an effective single market in the area of copyright».

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

A tal proposito, la Commissione svela il proprio principale intento di incentivare la trasparenza del mercato e garantire agli utenti chiarezza circa i limiti degli usi consentiti dalla legge al fine di permettere loro di adottare comportamenti consapevoli.¹¹²

Viene quindi inaugurato il dialogo con gli *stakeholders*, tuttavia, il gruppo di lavoro istituito in tema di UGC non riesce a raggiungere una conclusione condivisa tra i partecipanti né sui problemi da affrontare né sulle possibili soluzioni.¹¹³

Ciononostante, la tematica non è abbandonata, ma costituisce uno degli argomenti della consultazione pubblica inaugurata nel 2013 sull'aggiornamento del diritto d'autore.

La consultazione, diversamente da quanto fatto fino a questo momento, rappresenta precisamente il fenomeno UGC menzionando l'evidenziata distinzione tra opere originali (UCC) e derivate (UAC), ed opere contraffatte (UUC). Con riferimento alle opere derivate, poi, chiarisce altresì che il fenomeno di per sé non è innovativo rispetto alla più antica prassi della creazione, ma assume particolare rilevanza in ragione dell'ampiezza della sua diffusione, che ne aumenta il potenziale impatto economico e gli effetti sulle prerogative dei titolari dei diritti sulle opere preesistenti.¹¹⁴

¹¹² *Id.*, p.3, rileva che gli UGC sono spesso coperti dagli effetti dei contratti di licenza che intercorrono tra i titolari dei diritti e le piattaforme. Tuttavia, l'ampiezza di tali accordi non è sempre chiara e le informazioni ad essi riferibili non sono comunque accessibili agli utenti ingenerando una persistente incertezza. Pertanto, si conclude, lo scopo dell'attività della Commissione deve consistere nell'identificazione delle modalità tramite cui assicurare agli utenti maggiore chiarezza rispetto ai limiti e alle condizioni delle loro attività creative sulle piattaforme.

¹¹³ EUROPEAN COMMISSION, *Licences for Europe. Ten pledges to bring more content online*, November 2013, p.1, rileva che stesso esito ha avuto anche il gruppo di lavoro su *text and data mining*. Anche, EUROPEAN COMMISSION, *Public Consultation on the review of the EU copyright rules*, Brussels, 5 December 2013, p.28.

¹¹⁴ *Ibid.*, continua sottolineando che: «*Re-use is no longer the preserve of a technically and artistically adept elite. With the possibilities offered by the new technologies, re-use is open to all, at no cost*».

Dunque, si riconosce anche che il potere detenuto dai titolari dei diritti rispetto all'autorizzazione per la creazione di opere derivate, se esercitato rigidamente, rischierebbe di creare una tensione tra il diritto di proprietà e la libertà di espressione.¹¹⁵

In risposta a tale rischio di conflitto tra le diverse istanze ed alla necessità di provvedere ad un giusto bilanciamento tra valori costituzionalmente rilevanti, diverse sono le alternative regolatorie proposte. Innanzitutto, propendendo a favore della libertà di creazione quale precipitato della libertà di espressione, è suggerita l'istituzione di una nuova eccezione al diritto d'autore a favore di usi privati per fini non commerciali di opere create combinando tra loro contenuti preesistenti. In secondo luogo, sostenendo invece la predominanza del diritto di proprietà (intellettuale), si propone il rafforzamento delle pratiche contrattuali tra titolari dei diritti e piattaforme, oppure tra titolari dei diritti ed utenti anche tramite il ricorso a “*micro-licenze*” e micro-pagamenti.¹¹⁶

Nel dicembre dello stesso anno viene pubblicato anche uno studio commissionato dalla Commissione sull'applicazione della Direttiva InfoSoc, il c.d. “*Rapporto De Wolf*”.¹¹⁷ Sul presupposto che oggetto di interesse della Commissione sia l'aggiornamento del sistema di eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, il rapporto sottolinea l'opportunità di includere anche gli UGC nelle tematiche rilevanti ai fini della verifica della tenuta del sistema.¹¹⁸ Tuttavia, è bene chiarire che la definizione di UGC assunta è limitata ai soli UAC, e tra questi, in particolare, alla sola ipotesi in cui le modificazioni apportate

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Dal nome dell'istituto che lo ha elaborato.

¹¹⁸ J.P. TRIAILLE – S. DUSOLLIER – S. DEPREEUW – J.B. HUBIN – A. FRANQUEN, *op.cit.*, 2013, p.514.

dall'utente non richiedano uno sforzo creativo e risultino solo dall'attività di unione, sottrazione o associazione tra diversi contenuti preesistenti.¹¹⁹ Con ciò limitando ulteriormente la descrizione del fenomeno oggetto di discussione.

Di poco successiva è la pubblicazione del “*Consultation Report*”, documento riepilogativo delle risposte ricevute durante la menzionata consultazione, che includeva ben sei domande relative agli UGC).¹²⁰

Diversi i risultati ottenuti, soprattutto in rapporto alle differenti categorie di partecipanti, sebbene vi sia una certa uniformità di vedute rispetto al ruolo centrale svolto dagli intermediari e alla necessità di una loro maggiore responsabilizzazione per gli atti rilevanti ai fini del diritto d'autore.

Per quanto attiene agli utenti, l'aspetto maggiormente enfatizzato è soprattutto relativo alla mancanza di chiarezza sulle norme applicabili agli UAC.¹²¹ Del pari, questa categoria condivide generalmente la convinzione circa l'inadeguatezza della cornice giuridica esistente in materia di diritto d'autore, sia per quanto attiene al contenuto precettivo

¹¹⁹ *Id.*, p.452: «*We need to be clear, at the outset of this Study, that what we will consider as UGC (and what we will deal with in our Study) are cases where a pre-existing work is taken by a user as a starting point for his/her own expression. It means that we limit the examination to the situations where there is a pre-existing work and where such work will be modified in one way or another to then be made available online*».

¹²⁰ EUROPEAN COMMISSION, *Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules*, 2014, p.3, rileva che la consultazione ha ingenerato particolare interesse in quanto ha ottenuto 9.500 risposte ed un totale di 11.000 messaggi senza considerare le iniziative private in materia che hanno senz'altro contribuito ad alimentare il dibattito.

¹²¹ EUROPEAN COMMISSION, *Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules*, 2014, p.68: «*Others say that it is difficult for users to know when their uploads may be covered by licences between internet platforms and rightholders, and the exact terms of these licences, of which final users are not part. (...) Some respondents in this category put forward the more general point that the concept of UGC should not be confined to content made based on pre-existing works, but also extended to new creations from scratch*».

delle norme, che con riferimento ai modelli contrattuali e agli strumenti di *enforcement*.¹²²

Le soluzioni prospettate propendono tendenzialmente per la necessità di un intervento legislativo nel senso di rendere obbligatorie le esistenti eccezioni al diritto d'autore - solo facoltative nella vigenza della Direttiva InfoSoc - ed introducendo un'eccezione *ad hoc* per gli usi trasformativi sul modello canadese.¹²³

Sono pochi invece i soggetti che mostrano sensibilità rispetto all'altra alternativa prospettata dalla Commissione, ovvero l'implementazione di un sistema di licenze che possa garantire una giusta remunerazione per i titolari dei diritti.¹²⁴ Al contrario, maggiore interesse sembra sortire la questione della remunerazione dei creatori di UGC, invece successivamente del tutto abbandonata.¹²⁵

Autori ed artisti, anche per il tramite delle organizzazioni che li rappresentano, hanno mostrato una maggiore cautela rispetto alla opportunità di un intervento legislativo - pur confermando con la propria esperienza il frequente uso non autorizzato di opere

¹²² *Ibid.*

¹²³ Non manca neppure chi proponga l'introduzione di una eccezione più flessibile ispirata all'eccezione di *fair use* statunitense, *Id.*, p.69: «*Fair use would allow flexibility and be future-proof*».

Tema analizzato più approfonditamente nel Capitolo Terzo, para. 4. Invece, sul modello canadese, *melius* Capitolo Terzo, para. 2.

¹²⁴ *Id.*, p.68: «*A few respondents state that right holders should retain control of the exploitation of their work. Others say that an exception would be problematic, particularly with regard to moral rights, and thus support licensing solutions rather than legislation*».

¹²⁵ *Id.*, p.68: «*Some users claim that UGC should be remunerated and monetised without providing further details. Some refer to the importance of developing metadata and identifiers*». I pochi utilizzatori istituzionali che hanno partecipato alla consultazione hanno soprattutto sottolineato le difficoltà legate agli usi transfrontalieri dei contenuti in ragione delle limitazioni territoriali dei titoli, inoltre: «*Some responses are in line with those of some end user groups, in describing the current framework, based on licensing, as unsatisfactory and out of tune with the actual behaviour of users. A number of respondents call for legislative change, including the introduction of a UGC-specific exception and fair use provisions*».

dell'ingegno - e mostrando invece maggiore propensione verso l'adozione di soluzioni contrattuali.¹²⁶

Infatti, questa categoria enfatizza due circostanze in parte trascurate dai modelli di possibile regolazione tramite eccezione. Ovvero, l'ovvio interesse degli autori a ricevere una giusta remunerazione e, soprattutto, a vedere rispettati i propri diritti morali.¹²⁷

Infine, gli intermediari ed *i service providers*, sul presupposto che gli UGC siano un particolare strumento di espressione ed un forte *driver* di innovazione economica, riconoscono l'opportunità di far ricadere tali attività nella categoria delle libere utilizzazioni ma al contempo sottolineano la difficoltà pratica di distinguere tra usi leciti e contraffattori e il potenziale rischio di “*over blocking*” o, al contrario, di ingiusto arricchimento.¹²⁸

Anche il Libro Bianco che ha fatto seguito alle consultazioni ha ovviamente dato atto del dibattito concernente gli UAC, e - cosa più interessante - ha enfatizzato la permanente incertezza dell'attuale sistema normativo rispetto al fenomeno.¹²⁹ Pertanto, conclude, le iniziative legislative nel campo dovrebbero avere soprattutto l'obiettivo

¹²⁶ *Id.*, p.69. Nello stesso senso, in linea di massima, si esprimono anche le altre due categorie delle società di gestione collettiva e dei produttori, che sostengono soprattutto la necessità di individuare soluzioni di mercato, tramite un maggiore ricorso alle licenze d'uso, piuttosto che l'introduzione di una disciplina *ad hoc*: «*In their view, the remuneration of the rightholders of pre-existing works is a fundamental point that should inform policy on UGC*».

¹²⁷ *Id.*, p.69, sembra essere a tal proposito significativa la circostanza per cui anche gli autori che pubblicano tramite licenze *Creative Commons* riconoscono particolare importanza al rispetto del loro diritto di paternità e alle norme sull'attribuzione.

¹²⁸ *Id.*, p.71. Altri soggetti, quali gli Stati membri e gli accademici, hanno adottato posizioni eterogenee senza svelare una particolare propensione a da favore di nessuna delle proposte avanzate dalla Commissione.

¹²⁹ EUROPEAN COMMISSION, *White Paper: A copyright policy for creativity and innovation in the European Union*, 2014, p.13: «*There is a lack of evidence that the current legal framework for copyright puts a brake on or inhibits UGC (absence of 'chilling effect'). This is also reflected in the dearth of caselaw in Europe, which is substantial in other areas of copyright law*».

di fornire chiarezza circa i limiti dei diritti dei titolari sulle opere rispetto a quelli degli utilizzatori.¹³⁰

Infine, si delinea esattamente il problema del rapporto tra UGC e diritto d'autore. Da un lato, gli utenti creatori di UGC possono astrattamente beneficiare, in quanto autori, delle tutele loro garantite dal diritto, ma di fatto non ci riescono. Dall'altro, gli UAC che traggono origine dal riuso di materiale preesistente non possono essere creati e disseminati in maniera tale da pregiudicare i diritti degli altri autori.¹³¹

La complessità di tale ricostruzione, poi, sarebbe accresciuta anche dall'esistenza – ed applicabilità – delle eccezioni al diritto d'autore, che, non essendo obbligatorie nel sistema della Direttiva InfoSoc, hanno avuto una diversa attuazione a livello nazionale.¹³²

In conclusione, la Commissione, con un atteggiamento particolarmente prudente, sembra dare innanzitutto atto del fatto che la tecnologia e gli UGC abbiano considerevolmente ampliato l'effetto delle pratiche di citazione per critica, parodia ed uso incidentale. Al contempo, però, continua, non c'è evidenza dell'esistenza di significativi fallimenti di mercato che possano giustificare ulteriori interventi in materia e dunque il legislatore europeo dovrebbe prima valutare l'opportunità di chiarire le esistenti eccezioni previste dalla Direttiva InfoSoc, armonizzandone il contenuto per garantirne l'efficacia transfrontaliera. Infine, ed in parallelo, dovrebbero essere altresì stimulate le pratiche contrattuali di licenza per regolare adeguatamente quelle fattispecie che non possono beneficiare delle esistenti eccezioni.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.*, enfatizza la circostanza per cui se gli utenti avessero chiarezza rispetto al quadro giuridico di riferimento, potrebbero anche agire a miglior tutela dei propri interessi quali autori, o semplicemente in propria difesa contro richieste ingiustificate dei titolari dei diritti nell'ipotesi in cui potrebbero invece beneficiare di una eccezione al diritto d'autore.

¹³² *Ibid.*: «*This reduces their otherwise primary relevance for UGC, which by its nature runs on a borderless internet*».

Ebbene, il Libro Bianco è l'ultimo documento in cui il tema degli UAC è affrontato direttamente. Infatti, a partire dalla Comunicazione del 2015 “*Towards a modern, more European copyright framework*”, l'attenzione della Commissione si sposta dal conflitto tra UAC e diritto d'autore alla questione economica che lo sfruttamento dei contenuti caricati dagli utenti pone, ovvero al problema che è stato racchiuso nella formula del c.d. “*value gap*”, quale imperfetta allocazione dei profitti generati sulle piattaforme dallo sfruttamento delle opere dell'ingegno.¹³³

A conferma di tale cambiamento di rotta, la Commissione pone al centro della propria discussione, addirittura quale preconditione per il buon funzionamento del mercato dei diritti d'autore, l'effettiva possibilità per i titolari di concedere in licenza ed essere remunerati per l'uso delle proprie opere messe a disposizione del pubblico *online*.¹³⁴

Da tale rivoluzione “copernicana” discende che la garanzia a favore degli utenti rispetto alla possibilità di creare contenuti creativi sempre diversi è solo una parte di una medesima “equazione”, nella misura in cui «*[b]oth — creative content and online services — are important for growth and jobs and the success of the internet economy*».¹³⁵

¹³³ EUROPEAN COMMISSION, *Towards a modern, more European copyright framework*, COM/2015/0626 final, Brussels, 9.12.2015, p.10, dimostra consapevolezza e preoccupazione circa la corretta allocazione dei profitti generati dalle piattaforme in ragione dell'impossibilità per i titolari dei diritti di negoziare con pari potere contrattuale. Tale asimmetria non sarebbe infatti compatibile con un mercato unico digitale in cui il *level playing field* sia garantito. Ancora, e dettando la propria agenda, svela di aver inaugurato una riflessione sui fattori che determinano tale non corretta allocazione intendendo intervenire entro la primavera del 2016 con il preciso obiettivo di riequilibrare il mercato.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*. Anche, P. SIRINELLI, *Flux économiques et droit du Web 2.0*, Dalloz IP/IT, 2016, p.167, critica l'assunto della Commissione per cui vi possa essere una vera concorrenza tra i modelli classici di distribuzione dei contenuti e quelli del Web 2.0. Infatti, in questo ambiente, ciascuno dei soggetti coinvolti crea valore ma la ripartizione non avviene secondo la stessa modalità: «*Il n'y a pas de parfaite adéquation entre l'appréhension des actes matériels et des flux économiques et les analyses juridiques*».

Conseguentemente, la Commissione svela che è in quest'ottica di bilanciamento – economico – che ha analizzato le norme di diritto d'autore vigenti e ne ha testato l'adeguatezza, nonché la sufficienza alla luce delle esigenze del mercato unico digitale e dell'assoluta necessità di preservarne l'unitarietà ed evitarne la frammentazione.¹³⁶

Infine, in un'ideale risposta al dibattito sollevato, e qui solo brevemente riassunto, la Commissione rileva anche che centrale, ed assolutamente rilevante, è l'incertezza che regna circa la circostanza se le piattaforme compiano o meno atti rilevanti per il diritto d'autore rispetto ai contenuti caricati dai propri utenti.¹³⁷ Tema che diventerà invece la pietra angolare delle disposizioni successivamente previste dalla Direttiva MUD.¹³⁸

Dunque, come si può rilevare, il tema degli UGC, dapprima limitato nella definizione e nello scopo, sembra scomparire dall'agenda della Commissione che, nei momenti finali nel processo di formulazione della proposta di ammodernamento del diritto d'autore europeo sembra perdere interesse per il tema, a favore del generale bilanciamento degli interessi economici coinvolti dallo sfruttamento dei contenuti *online*.

Tuttavia, la questione ricompare nel testo vigente della Direttiva MUD, sebbene in maniera marginale e limitata, come meglio vedremo nell'ultimo Capitolo. Ebbene, per comprendere le ragioni di questa soluzione, ancora molto c'è da dire, in particolare rispetto ai problemi che pone anche la limitata definizione adottata dalla Commissione di

¹³⁶ P. SIRINELLI, *op.cit.*, 2016, p.169.

¹³⁷ EUROPEAN COMMISSION, *Towards a modern, more European copyright framework*, COM/2015/0626 final, Brussels, 9.12.2015, p.10, da altresì atto dell'esistente dibattito circa la persistente necessità di un sistema di esonero da responsabilità a favore degli intermediari quale quello previsto dalla Direttiva 2000/31/CE alla luce del diverso ruolo svolto dalle piattaforme.

¹³⁸ Direttiva 2019/790/UE, art.17, para. 1.

UGC come opere derivate, in quanto create utilizzando opere preesistenti.

3. La disciplina dell'opera derivata, il conflitto con i diritti patrimoniali

Come visto, dunque, la Commissione europea ha deciso di limitare la propria analisi del fenomeno UGC ai soli UAC, ovvero ai contenuti creati dagli utenti utilizzando opere preesistenti, o, ancora più dettagliatamente, secondo quanto riferito nel Rapporto De Wolf, alle creazioni realizzate unendo tra loro opere dell'ingegno di soggetti terzi “*senza alcuno sforzo creativo*”.¹³⁹ Tralasciando per il momento opportune riflessioni su come possa essere negata *a priori* l'esistenza di uno sforzo creativo nell'attività descritta dalla Commissione,¹⁴⁰ si vuole soprattutto sottolineare che, pur essendo stata apportata una limitazione concettuale tanto stringente, comunque il fenomeno oggetto di discussione non sembra per questo meglio definito e disciplinabile. Infatti, l'attività descritta consisterebbe nella sua essenza in un uso non autorizzato di materiale tutelato dal diritto d'autore, che confliggerebbe con i diritti economici e morali degli autori di opere preesistenti.¹⁴¹

¹³⁹ J.P. TRIAILLE – S. DUSOLLIER – S. DEPREEUW – J.B. HUBIN – A. FRANQUEN, *op.cit.*, 2013, p.452.

¹⁴⁰ V.L. BENABOU, *Rapport De La Mission Du CSPLA Sur Les “Œuvres Transformatives”*, Rapp. De La Mission Fabrice Langrognet, 2014, p.5, per valutare il carattere trasformativo e non plagiatario dell'opera derivata bisogna valutare la reazione degli utilizzatori/fruitori, l'emozione che l'opera suscita in loro.

¹⁴¹ E. LEE, *Warming Up To User-Generated Content*, University Of Illinois Law Review, 5, 2008, pp.1460 ss. V.L. BENABOU, *op.cit.*, 2014, p.36, rileva che l'attività di modifica di opere preesistenti coinvolge i diritti patrimoniali quanto morali in quanto questi costituiscono una coppia indissolubile. Ciò ha evidenti conseguenze pratiche, prima tra tutte l'esclusione del diritto di modificare l'opera tra i diritti amministrati in maniera collettiva, circostanza che rende di fatto più difficile raccogliere le autorizzazioni necessarie per lo sfruttamento legale delle opere.

Per quanto attiene ai diritti economici previsti dalla Direttiva InfoSoc, in linea di massima, i diritti coinvolti dalle attività descritte consisterebbero essenzialmente nel diritto di riproduzione, comunicazione al pubblico e messa a disposizione del pubblico, come definiti dagli articoli 2 e 3 della Direttiva InfoSoc.¹⁴²

L'articolo 2 fornisce una definizione ampia di diritto di riproduzione che copre virtualmente ogni uso di un'opera sotto qualsiasi forma, tramite mezzi analogici e digitali.¹⁴³ Del pari, l'interpretazione giurisprudenziale di tale diritto ha inteso rafforzare la sua portata negando l'esistenza di una soglia *de minimis* ed anzi confermando che qualsiasi riproduzione, anche temporanea, costituisce un atto rilevante per il diritto d'autore.¹⁴⁴

L'articolo 3, invece, definisce il diritto di comunicazione al pubblico come “*qualsiasi comunicazione al pubblico*” indipendentemente dalle modalità tecniche tramite cui è effettuata.¹⁴⁵

¹⁴² V.L. BENABOU, *op.cit.*, 2014, p.24, sottolinea che l'inquadramento giuridico degli UAC è molteplice in quanto diverse disposizioni normative entrano in gioco, finanche la disciplina dell'opera composita.

¹⁴³ Direttiva 2001/29/CE, art. 2: «Diritto di riproduzione - Gli Stati membri riconoscono ai soggetti sotto elencati 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: a) agli autori, per quanto riguarda le loro opere; b) agli artisti interpreti o esecutori, per quanto riguarda le fissazioni delle loro prestazioni artistiche; c) ai produttori di fonogrammi per quanto riguarda le loro riproduzioni fonografiche; d) ai produttori delle prime fissazioni di una pellicola, per quanto riguarda l'originale e le copie delle loro pellicole; e) 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». AA.VV., *User-Created-Content: Supporting a participative Information Society- Final Report*, IDATE – TNO – IViR 2008, p.188; J.P. TRIAILLE – S. DUSOLLIER – S. DEPREEUW – J.B. HUBIN – A. FRANQUEN, *op.cit.*, 2013, pp.459-460.

¹⁴⁴ Corte di giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 16 luglio 2009 nel caso C-5/08, Infopaq, secondo cui anche la memorizzazione informatica di un estratto di un'opera tutelata composto da undici parole può rientrare nella nozione di riproduzione parziale ai sensi dell'art. 2 della Direttiva 2001/29/CE, qualora gli elementi in tal modo ripresi siano l'espressione della creazione intellettuale del loro autore.

¹⁴⁵ Direttiva 2001/29/CE, art. 3: «Diritto di comunicazione di opere al pubblico, compreso il diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti. 1.

*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». Data questa ampia formulazione, l'intervento della Corte di giustizia dell'Unione Europea è stato determinante. La prima decisione in materia di comunicazione al pubblico è stata resa nel caso SGAE (C-306/05), relativo all'installazione di set televisivi in stanze di albergo e alla ritrasmissione di segnali satellitari ricevuti centralmente dall'albergo. Il problema è innanzitutto quello di definire il concetto di "pubblico". A tal proposito, i giudici escludono un approccio formalistico preferendo un'interpretazione finalistica, orientata all'effetto economico della condotta. Pertanto, è sembrato opportuno fare riferimento al numero aggregato dei clienti dell'albergo che si succedono nelle medesime stanze. Definito il pubblico, la Corte si pone quindi la questione della definizione dell'"atto di comunicazione", che deve intendersi limitato nello scopo dell'autorizzazione iniziale alla comunicazione fornita dall'autore ai soli utenti diretti della trasmissione. Così inteso l'atto di comunicazione, ogni qual volta la trasmissione è estesa ad un pubblico non originariamente considerato dai titolari dei diritti, una nuova autorizzazione si rende necessaria. Conformemente, la Corte si è espressa anche nel procedimento FAPL (C-403/08) e Murphy (C-429/08), chiarendo al contempo che la nozione deve essere la medesima sia ai fini dell'applicazione della Direttiva 2001/29/CE che della Direttiva 2006/115/CE c.d. noleggio, e dunque intesa in senso ampio, comprensiva di tutte le trasmissioni di opere protette, indipendentemente dal mezzo tecnico utilizzato. A partire dalla pronuncia resa nel caso ITV Broadcasting (C-607/11), la Corte enfatizza il ruolo dello strumento di comunicazione adottato: la circostanza che la ritrasmissione sia avvenuta con strumenti tecnici diversi da quelli originariamente autorizzati dal titolare dei diritti. Al contrario, non assumerebbe rilevanza la totale assenza di un pubblico nuovo, invece prima considerato elemento essenziale per l'individuazione di un atto di comunicazione. Infatti, nel caso di specie tutti i soggetti destinatari della comunicazione, potevano anche accedere liberamente alla trasmissione originariamente autorizzata dal titolare dei diritti. Considera del pari irrilevanti le circostanze che la ritrasmissione in esame abbia carattere lucrativo e sia effettuata da un organismo che si trovi in concorrenza diretta con l'emittente originale. Ad ogni buon conto, tutti i principi espressi sono autorevolmente riassunti nella sentenza resa nel caso Reha Training (C-117/15) nella quale la Corte fa il punto rispetto alla definizione di atto di comunicazione e di pubblico rilevando che, per valutare l'esistenza di un tale atto, è necessario tener conto di: «svariati criteri complementari, di natura non autonoma e interdipendenti tra loro». Ovvero, è atto di comunicazione qualsiasi tipo di trasmissione, indipendentemente dagli strumenti o dal procedimento tecnico utilizzato. È pubblico: «un numero indeterminato di destinatari potenziali e comprende, peraltro, un numero di persone piuttosto considerevole». Con riguardo al criterio numerico, questo presuppone l'esistenza di una soglia *de minimis* che porta ad escludere dalla qualifica di pubblico un numero di soggetti troppo esiguo, anche in considerazione di un effetto cumulativo. Ancora, il pubblico deve essere "nuovo" ovvero non preso in considerazione dai titolari dei diritti sulle opere protette quando hanno autorizzato la prima comunicazione. Infine, il soggetto che compie l'atto di comunicazione deve porre in essere un'attività volontaria ed indispensabile all'accesso all'opera, «con piena cognizione delle conseguenze del suo comportamento», mentre il carattere lucrativo, pur non essendo assorbente, deve essere comunque tenuto in considerazione ai fini della qualificazione della condotta. Tali criteri, conclude la Corte, sono da adattare comunque alla valutazione casistica*

dipendente da circostanze puramente fattuali tramite un c.d. “*individualised assessment*”, e devono essere considerati egualmente applicabili sia con riferimento all’interpretazione della Direttiva 2001/29/CE che della Direttiva 2006/115/CE. Costruito questo consolidato impianto interpretativo, viene inaugurata una seconda fase della giurisprudenza della Corte in materia di comunicazione al pubblico che ha più propriamente ad oggetto atti “digitali” di comunicazione al pubblico. In tale fase sembra evidente il tentativo della Corte di applicare *online* le nozioni di pubblico e atto di comunicazione create per la realtà *offline*. Innanzitutto, la sentenza resa nel caso *Stichting Brein*, (C-527/15) che attiene alla commercializzazione di un lettore multimediale su cui il resistente aveva installato delle estensioni che contengono collegamenti ipertestuali verso siti pirata. Ebbene, la Corte pur rilevando che la mera fornitura di attrezzature fisiche atte a rendere possibile o ad effettuare una comunicazione non costituisce di per sé un atto rilevante, qualora tale fornitura renda tecnicamente possibile l’accesso del pubblico alle opere, una diversa valutazione deve essere effettuata. Rispetto al canone della novità del pubblico, tutto quello non originariamente preso in considerazione del titolare dei diritti nella propria autorizzazione alla comunicazione deve essere considerato. Nel caso *Stichting Brein contro Ziggo BV* (C-610/15), la Corte chiarisce che la nozione di comunicazione al pubblico copre anche: «*la messa a disposizione e la gestione, su Internet, di una piattaforma di condivisione che, mediante l’indicizzazione di metadati relativi ad opere protette e la fornitura di un motore di ricerca, consente agli utenti di tale piattaforma di localizzare tali opere e di condividerle nell’ambito di una rete tra utenti (peer-to-peer)*». Ancora, nel caso *VCast Limited* (C-265/16), La Corte si è espressa anche con riferimento a servizi di c.d. *cloud storage* precisando che il diritto di comunicazione al pubblico si estende anche a tali servizi. In parte diversa - anche in ragione delle caratteristiche dell’atto di comunicazione - è, infine, la giurisprudenza in merito agli atti di ri-comunicazione di opere digitali. A tal proposito, il primo è il caso *Svensson* (C-466/12), avente ad oggetto la legittimità dell’attività di c.d. *hyperlinking* verso opere protette, sul presupposto che i *link*, in generale, rendono più facile per gli utenti raggiungere il risultato della propria ricerca e per questo deve essere riconosciuto loro un ruolo centrale nell’efficienza della rete. In tal caso, la Corte ha escluso la necessità di una specifica autorizzazione del titolare dei diritti all’attività di *hyperlinking*, nella misura in cui la comunicazione non raggiunga un pubblico nuovo e non originariamente considerato qualora l’opera sia già liberamente accessibile *online*. *A contrario*, chiarisce la Corte, qualora l’opera sia destinata alla lecita fruizione di un pubblico ben determinato, l’*hyperlinking* che violi tali restrizioni o consenta di violarle, non è autorizzato e dunque illegittimo. Le decisioni rese nei casi *BestWater* (C-348/13) e *C-More* (C-279/13) estendono l’applicabilità del diritto di comunicazione al pubblico e dei principi della sentenza *Svensson* anche alla trasmissione di eventi sportivi e alla tecnica di c.d. *framing*. Tuttavia, solo la successiva sentenza resa nel caso *GS-Media* (C-160/15) risponde ad un interrogativo rimasto inevaso in materia di *hyperlinking*. Ovvero, la legittimità di collegamenti ipertestuali ad opere che sono state rese liberamente accessibili senza il consenso del titolare dei diritti. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto assorbente lo scopo di lucro perseguito dal soggetto che ha compiuto l’atto di comunicazione e che impone il compimento di verifiche circa la liceità dei contenuti e l’assunzione di una responsabilità in capo al soggetto che non ha condotto tali verifiche e veicolato opere non autorizzate. Da ultimo, nel caso *Renckhoff* (C-161/17), la Corte ha incluso nella nozione di comunicazione al pubblico anche la messa in rete su un sito internet di una fotografia precedentemente pubblicata senza restrizioni e con il consenso del titolare del diritto d’autore. Elemento determinante per la decisione è stato che la

Ancora, oltre la fonte europea, in conseguenza delle previsioni della Convenzione di Berna, la maggior parte delle leggi nazionali garantisce al titolare dei diritti anche il diritto di controllare ogni successiva modifica apportata alla propria opera, essendo il diritto di adattamento considerato come un'autonoma prerogativa autoriale.¹⁴⁶

comunicazione dell'opera non fosse avvenuta tramite un collegamento ipertestuale al sito del titolare dei diritti, bensì con una nuova messa in rete dell'opera su un sito internet differente rispetto a quello originario, circostanza che avrebbe determinato l'impossibilità per il titolare: «di esercitare il suo potere di controllo sulla comunicazione iniziale di tale opera». In dottrina, *ex pluris*: J.P. TRIAILLE – S. DUSOLLIER – S. DEPREEUW – J.B. HUBIN – A. FRANQUEN, *op.cit.*, 2013, p.460; J. KOO, *The right of communication to the public in EU copyright law*, Hart Publishing, 2019; QUINTAIS J.P., *Untangling the Hyperlinking Web: In Search of the Online Right of Communication to the Public*, *J World Intellect Prop.*, 2018, pp.1-36; P. SIRINELLI - A. BENSAMOUN - J.A. BENAZERAF, *Le droit de communication au public*, *Revue internationale du droit d'auteur*, 251, 2017, pp.207-409.

¹⁴⁶ M.M. WALTER – S. VON LEWINSKI, *European Copyright Law. A commentary*, Oxford University Press, 2010, p.970, rilevano che, nonostante la Direttiva 2001/29/CE non preveda espressamente un diritto di adattamento, può comunque concludersi che questo sia incluso nel diritto di riproduzione di cui all'art. 2 soprattutto in considerazione della sua formulazione ampia e della circostanza per cui non vi può essere adattamento senza una previa riproduzione. J.P. TRIAILLE – S. DUSOLLIER – S. DEPREEUW – J.B. HUBIN – A. FRANQUEN, *op.cit.*, 2013, p.460, danno conto della dottrina secondo cui la formulazione dell'art. 2 della Direttiva 2001/29/CE sia tanto ampia da poter includere anche il diritto di adattamento. In ogni caso, concludono, l'esistenza o meno di un diritto di adattamento europeo non rilevarebbe ai fini dell'inquadramento della fattispecie in oggetto perché: «*There will always be at least a "reproduction in part" in any User Generated Content since the user will start from a pre-existing work to generate a new/modified version of said work*». J. CABAY – M. LAMBRECHT, *Remix prohibited: how rigid EU copyright laws inhibit creativity*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 10, 3, 2015, pp.362-363, sottolineano che qualsiasi riproduzione dell'opera che non sia assolutamente fedele, sarebbe al di fuori del diritto di riproduzione e che può concludersi che la distinzione tra adattamento e riproduzione sia stata adottata per sopperire all'impossibilità pratica di distinguere tra plagio, inteso come riproduzione con modifiche, e contraffazione, intesa come riproduzione fedele non autorizzata. D.J. GERVAIS, *(Re)structuring Copyright, A comprehensive path to international copyright reform*, Edward Elgar, 2017, p.142: «*the right of adaptation may find its origin in the right of reproduction because an adaptation means the combination of the pre-existing elements of the works concerned (...) with some new ones, as a result of which normally a new work emerges*».

Questo diritto determinerebbe, dunque, la necessità per gli utenti di ottenere l'autorizzazione dell'autore dell'opera originale per creare lecitamente un'opera derivata, quale un UAC.¹⁴⁷

Ebbene, non essendo il diritto di adattamento previsto espressamente dalla Direttiva InfoSoc, ma avendo comunque la Commissione europea definito gli UGC come c.d. “*opere derivate*” create senza autorizzazione dei titolari dei diritti e dunque in maniera illecita,¹⁴⁸ ci si pone il problema di quale possa essere la disciplina di riferimento in considerazione del fatto che la definizione di opera derivata non è armonizzata a livello europeo, sebbene le principali caratteristiche della fattispecie possano essere comunque comuni.¹⁴⁹

¹⁴⁷ IViR, *op.cit.*, 2008, p.188. P. SIRINELLI, *op.cit.*, 2016, p.168, riassume autorevolmente la geometria degli atti posti in essere in violazione dei diritti d'autore in ipotesi di UGC: «*Il n'est pas douteux que les internautes concernés par le phénomène (uploader et downloader) puissent être regardés comme mettant en oeuvre le droit d'auteur. En rendant l'oeuvre accessible au public par l'intermédiaire de la plateforme, l'internaute qui a “posté” la création (n° 2) met en oeuvre le droit de communication au public (“rendre accessible”). S'il le fait sans l'autorisation des ayants droit et hors du bénéfice d'une exception, il est contrefacteur. Quant à l'internaute qui téléchargerait l'oeuvre sur son disque dur (“downloader”, n° 1), il est lui-même contrefacteur dans la mesure où il ne peut bénéficier de l'exception de copie privée puisque l'acte de reproduction a été réalisé à partir d'une source illicite*».

¹⁴⁸ N. ELKIN-KOREN, *Tailoring Copyright To Social Production, Copyright Culture, Copyright History*, Theoretical Inquiries L., 12, January 2011, p.322, ritiene che la condizione per cui ciascun utente che voglia creare un UAC debba preventivamente ottenere il consenso del titolare dei diritti dimostra che il diritto d'autore sia eccessivamente rigido nei confronti di tali soggetti anche qualora questi vogliano avvantaggiarsi di un'esistente eccezione. Ciò discende dalla circostanza per cui il diritto d'autore tratta i contenuti come beni e dunque qualsiasi uso di tali beni costituisce una transazione commerciale.

¹⁴⁹ J. LIPTON – J. TEHRANIAN, *Derivative Works 2.0: Reconsidering Transformative Use in the Age of Crowdsourced Creation*, Northwestern University Law Review, 109, 2, 2015, p.384: «*The concept of derivative works in copyright law is inherently problematic*». Come sottolineato da J.P. TRIAILLE – S. DUSOLLIER – S. DEPREEUW – J.B. HUBIN – A. FRANQUEN, *op.cit.*, 2013, p.461, la mancanza di un'espressa previsione di tale diritto nel testo della Direttiva 2001/29/CE non può essere intesa come espressione di una volontà di negare la vigenza di tale diritto dal momento che, essendo tutti i Paesi europei firmatari della Convenzione di Berna, tutti prevedono un diritto esclusivo di adattare la propria opera e controllarne gli adattamenti, che non è stato però armonizzato. Questa ultima circostanza, secondo gli autori: «*could serve as valid grounds to introduce a UGC exception will be analyzed in the second part of our Study, devoted to possible solutions for UGC*». P.B. HUGENHOLTZ - M.

D'altra parte, l'assenza di armonizzazione espressa in tema di diritto d'adattamento costituisce un argomento a favore dell'introduzione di una previsione *ad hoc* per gli UAC, che sarebbe giustificata proprio dall'attuale incertezza giuridica.¹⁵⁰

Prima di passare alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in tema di opere derivate, che ha avuto soprattutto ad oggetto l'interpretazione dell'articolo 5 della Direttiva InfoSoc, ovvero le eccezioni e limitazioni al diritto di riproduzione, si ritiene opportuno analizzare le caratteristiche delle opere derivate e, brevemente, il diritto di adattamento come mutuato dalla Convenzione di Berna. D'altra parte, il procedimento di adattamento di opere preesistenti come modalità di espressione creativa è tra i più risalenti.¹⁵¹

Ebbene, l'articolo 12 della Convenzione di Berna dispone che: «*Gli autori di opere letterarie od artistiche hanno il diritto esclusivo di*

SENFLEBEN, *Fair Use in Europe. In search of flexibilities*, IViR, 2011, p.26, analizzano il rapporto tra diritto di riproduzione e diritto di adattamento.

¹⁵⁰ V.L. BENABOU, *op.cit.*, 2014, p.8, per una definizione generale di *mash-up, bootleg* e altri tipi comuni di opere derivate. Anche Capitolo Primo, para. 4.

¹⁵¹ N. RUIZ, *Copyright's Paradox: The Public Interest and Private Monopoly*, Intellectual Property Law Bulletin, 18, 2014, p.213: «*“[T]here is no new thing under the sun.” Appropriation has been an integral part of human development since the birth of mankind. The Romans imitated the Greeks, Shakespeare build upon preexisting works, and the greatest Renaissance composers copied the melodies of lesserknown composers. Borrowing from existing creations “is at the heart of what we know as Progress.” (...) Unsurprisingly, a portion of all copyright activity is derivative (...) Borrowing from other works is commonplace in the artistic world, as it facilitates a variety of expressive creations*». Autorevolmente, anche, G. FROSIO, *Reconciling Copyright with Cumulative Creativity. The Third Paradigm*, CEIPI Studies in Intellectual Property, Edward Elgar, 2018. Nello stesso senso, anche, J. LIPTON – J. TEHRANIAN, *op.cit.*, 2015, p.40, per cui il processo creativo fondato sull'adattamento di opere preesistenti costituisce un processo di formazione identitario. V.L. BENABOU, *op.cit.*, 2014, p.2, rileva che nel mondo dell'arte la trasformazione di opere preesistenti costituisce un fenomeno antico ed anche le teorie filosofiche riconoscono che creazione è trasformazione. Questo non sarebbe facilmente compatibile con il diritto d'autore dove, il principio di certezza fa sì che sia necessario assegnare ad un individuo determinato la titolarità piuttosto che riconoscere un processo perpetuo di modificazione al quale partecipa una moltitudine di soggetti. Dunque, non è il processo creativo ad essere cambiato ma solo la tecnologia che ne è alla base, che ha dato nuovo vigore alla trasformazione e l'ha democratizzata.

*autorizzare adattamenti, variazioni e altre trasformazioni delle loro opere».*¹⁵²

Le ragioni dell'introduzione di un autonomo diritto di adattamento sono chiarite nei lavori preparatori alla Convenzione, e consistono soprattutto nella volontà di sottoporre al controllo degli autori tutti gli "atti indiretti di appropriazione involontaria" (*unauthorised indirect appropriations*), ovvero atti di riproduzione cui siano state apportate delle modifiche tali da non costituire una nuova opera originale.¹⁵³ Con l'effetto che, in rapporto all'opera originaria, l'opera derivata costituirebbe un atto di riproduzione da autorizzare, mentre di per sé l'opera derivata, quando dimostri una qualche creatività, può giovare di tutte le prerogative garantite alle opere dell'ingegno dalla disciplina del diritto d'autore.¹⁵⁴

Tuttavia, dall'ambito di operatività del diritto di adattamento devono considerarsi escluse le ipotesi in cui l'opera originaria abbia costituito solo la fonte di ispirazione per la creazione derivata e la sua presenza nell'opera successiva sia impercettibile,¹⁵⁵ ovvero non sia

¹⁵² D.J. GERVAIS, *op.cit.*, 2017, p.142: «*the notion of derivative works in the Berne Convention is an umbrella notion that encompasses translations, adaptations (including changes of "format"), musical arrangements and other alterations but is also distinct from reproduction*».

¹⁵³ M.J. FICSOR, *Comments on the UGC provisions in the Canadian Bill C-32*, 2010, <http://www.copyrightseesaw.net/en/papers>, p.3. Anche S. VON LEWINSKI, *International copyright law and policy*, Oxford University Press, 2008, p.142, rileva che nelle versioni originarie della Convenzione di Berna l'adattamento era concepito come una particolare forma di riproduzione ai sensi dell'art. 10 della Convenzione, e solo con nel testo del 1948 tale diritto ha assunto propri connotati ed una propria autonomia.

¹⁵⁴ Guida alla Convenzione di Berna, 1983, para. 12.4. Nello stesso senso si esprime la guida alla Convenzione pubblicata nel 2003, para. 2.44, la quale apporta un utile chiarimento, ovvero che, qualsiasi opera derivata, incluso quella realizzata senza il consenso dell'opera originaria, è tutelata dal diritto d'autore.

¹⁵⁵ D.J. GERVAIS, *op.cit.*, 2017, p.136: «*the right to prohibit adaptation or derivation from a pre-existing work to create a new work lies at the core of copyright theory and policy. It is a right to prevent new expression and must thus be regarded with the utmost caution. (...) The "right of adaptation", which is part of the Berne Convention, is situated at the border between infringement and inspiration. Drawing its limits it*

riconoscibile¹⁵⁶ e non sia possibile scorgere alcuna forma di riproduzione, neppure indiretta, dell'opera preesistente.¹⁵⁷ In tal caso, non solo non è necessario ottenere il consenso dell'autore originario per la creazione derivata, ma quest'ultima sarà considerata essa stessa un'opera originaria.¹⁵⁸

Ciò a conferma della generale esclusione delle idee dall'ambito di applicazione oggettiva delle norme del diritto d'autore e della tutela da parte di quest'ultimo delle sole forme espressive.¹⁵⁹ Per questo, infatti,

thus an inevitable step of any effort to develop an understanding of what uses and reuses are allowed. (...) the problem lies in defining and properly cabining this "derivative right". This is not a debate about semantics; it is about the ability of a copyright holder to prevent others from creating by reusing nonliteral parts of her work».

¹⁵⁶ G. GHIDINI, *Opera dell'ingegno: più libertà per i "derivati culturali"*, Numero 1, Anno IV, Gennaio/Marzo 2014, p.101: «Il concetto giuridico di "derivazione" va dunque riferito al piano della "espressione": e quindi alla riconoscibile ascendenza di impronta espressiva, alla comunanza/continuità (percepibile al di là della eventualmente diversa tipologia rappresentativa) di ispirazione stilistica».

¹⁵⁷ S. VON LEWINSKI, *op.cit.*, 2008, p.143.

¹⁵⁸ Così la più autorevole dottrina italiana: E. PIOLA CASELLI, *Codice del diritto d'autore. Commentario della nuova Legge 22 aprile 1941-XIX, n.633, 1943*, p.234: «ma l'opera costituisce a sua volta nuova opera (...) cosicchè sorge rispetto ad essa un nuovo diritto d'autore». Anche V.L. BENABOU, *op.cit.*, 2014, p.33, per cui non vi sarebbe dubbio che sia un diritto degli autori procedere alla trasformazione e all'adattamento delle opere di propria titolarità. Questo diritto non è tuttavia espressamente previsto dalla Direttiva 2001/29/CE ma solo dalla la Direttiva 2009/24/CE, sui programmi per elaboratore, e dunque, per quanto attiene al resto delle opere, bisogna rifarsi al diritto di riproduzione e di adattamento e modificazione sono intimamente connesse non essendo la seconda possibile senza una previa attività di riproduzione.

¹⁵⁹ Come noto, ai sensi della Convenzione di Berna, art.2; del WCT, art.2 e del TRIPS, art.9, para. 2: «La protezione del diritto d'autore copre le espressioni e non le idee, i procedimenti, i metodi di funzionamento o i concetti matematici in quanto tali». Tuttavia, mentre la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha colmato il vuoto della Direttiva 2001/29/CE e individuato una nozione autonoma di originalità per il diritto europeo, lo stesso non è avvenuto per la definizione di espressione, invece necessaria perché possa aversi una comprensione comune ed armonizzata del diritto di adattamento. In questo senso, J. CABAY – M. LAMBRECHT M., *op.cit.*, 2015, p.360. Anche se la sentenza resa dalla Corte di giustizia nel caso C-310/17, *Levola Hengelo BV contro Smilde Foods BV*, sembra andare in questo senso.

il diritto di adattamento attiene alla sola forma esterna dell'opera, non al contenuto del messaggio che la stessa trasmette.¹⁶⁰

Al contrario, gli adattamenti e le derivazioni che non dimostrano alcun gradiente creativo non possono essere considerati opere autonome, ma costituiscono mere riproduzioni delle opere originarie e, quando non autorizzate, possono anche integrare ipotesi di plagio o contraffazione.¹⁶¹

¹⁶⁰ E. PIOLA CASELLI, *op.cit.*, 1943, p.234: «le elaborazioni sono modificazioni che cadono sulla forma esterna o interna dell'opera pur lasciando quel tanto della sua forma rappresentativa per cui l'opera conserva il suo valore originale». Sul punto, anche, P. GRECO – P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Trattato di diritto civile italiano*, F. VASSALLI (ed.), UTET, 1977, p.83: «c.d. opere derivate, originali, almeno in parte, nella forma di espressione, ma non originarie, nel senso che riconoscibilmente ed anzi ostensibilmente mostrano la loro derivazione da altra e precedente opera dell'ingegno. Esse in sostanza, non si limitano ad ispirarsi all'opera precedente, ma si esplicano nell'ambito di essa, direttamente e immediatamente basandosi sulle sue essenziali strutture rappresentative (rapporto di derivazione); tuttavia sono il frutto di una distinta e autonoma attività mentale, rivelano l'impronta del pensiero e della personalità del loro autore, raggiungono perciò, sulla base fondamentale dell'opera precedente, un risultato rappresentativo nuovo, migliore o peggiore che esso sia (originalità)».

¹⁶¹ E. PIOLA CASELLI, *op.cit.*, 1943, p.310, ritiene opportuno distinguere le elaborazioni particolarmente intense dalle riproduzioni con modificazioni minimali che non contengono elementi di creazione intellettuale e, per questo, le modificazioni di carattere non creativo rimangono, quindi, proibite, non in base al diritto di adattamento, ma in base al diritto esclusivo di riproduzione. V.L. BENABOU, *op.cit.*, 2014, p.24, sottolinea l'opportunità di distinguere tra creazione trasformativa e semplice uso trasformativo in base alla presenza o meno di un intervento di modificazione materiale dell'opera. Per il concetto di originalità nel diritto d'autore dell'Unione Europea, cfr. l'opera di E. ROSATI, *Originality in EU copyright. Full Harmonization through Case Law*, Edward Elgar, 2013. Sulle opere derivate più in generale: A. COHEN, *When Does a Work Infringe the Derivative Works Right of a Copyright Owner?*, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 17, 2011, pp.623 ss.; D.J. GERVAIS, *The Derivative Right: Or Why Copyright Law Protects Foxes Better than Hedgehogs*, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, 15, 4, 2013, pp.785-855; P. SAMUELSON, *The Quest for a Sound Conception of Copyright's Derivative Work Right*, *Berkeley Law Scholarship Repository*, Geo. L.J., 101, 1505, 2013; M. ABRAMOWICZ, *A Theory of Copyright's Derivative Right and Related Doctrines*, *Minnesota Law Review*, 90, 2005, pp.317 ss.; G. BONETTO, *Internet memes as derivative works: copyright issues under EU law*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 13, 12, 2018, pp.989-997; O. RACHUM-TWAIG, *Copyright law and Derivative Works. Regulating Creativity*, Routledge, 2018.

In sintesi, dunque, tre sono le ipotesi immaginabili rispetto alla fattispecie delle opere derivate.¹⁶² La prima comprende le opere che traggono mera ispirazione dalle opere precedenti o costituiscono un rifacimento sostanziale dell'opera originale.¹⁶³ La seconda è rappresentata dalle opere derivate in senso stretto, dove le modifiche apportate dal secondo autore sono evidenti eppure l'opera derivata preserva una propria identità espressiva e comunicativa. La terza categoria è invece costituita dall'ipotesi di adozione di modifiche minimali che non incidono sufficientemente sull'opera perché si possa parlare di opera originale e dunque di opera derivata, ma di mero uso derivato (quando non costituisca contraffazione).¹⁶⁴

È dunque evidente che l'opera derivata debba conservare un particolare rapporto con l'opera preesistente ma al contempo distinguersi dalla stessa in ragione di un proprio autonomo apporto creativo che conduca ad un risultato rappresentativo nuovo.¹⁶⁵

Ebbene, questa complessa architettura teorica si scontra con una realtà poliforme su cui ha avuto negli ultimi decenni impatto dirompente

¹⁶² E. PIOLA CASELLI, *op.cit.*, 1943, p.315. Nello stesso senso anche M. RICOLFI, *Il diritto d'autore*, in *Diritto industriale*, N. ABRIANI – G. COTTINO - M. RICOLFI, CEDAM, 2001, p.381, secondo cui, l'analisi delle opere derivate non si presta ad una soluzione univoca, perché si tratta di verificare caso per caso la permanenza nell'opera successiva di elementi dell'opera originaria.

¹⁶³ E. PIOLA CASELLI, *op.cit.*, 1943, p.308: «occorre distinguere l'elaborazione "dalle due ipotesi opposte di adattamento servile e della utilizzazione della favola o soggetto in senso stretto». Nello stesso senso, D.J. GERVAIS, *op.cit.*, 2017, p.146-151.

¹⁶⁴ E. SBARBARO, *Le opere derivate*, in *Trattario di Diritto Civile*, P. CENDON (ed.), *Proprietà intellettuale, mercato e concorrenza*, A. CLEMENTE – V. FALCE – A.M. GAMBINO (ed.), Giuffrè, 2017, p.408, enfatizza come non sia semplice calare nella prassi questa distinzione concettuale. Nello stesso senso, F. BOSCARIOL DE ROBERTO, *Plagio o (autonoma) revisione critica?*, *Dir. Industriale*, 3, 2012, p.219, traccia in negativo la differenza tra elaborazione creativa e del plagio, che consisterebbe nella riproduzione dell'opera originale, con differenze minimali volte a nascondere la contraffazione.

¹⁶⁵ E. SBARBARO, *op.cit.*, 2017, p.406, individua come caratteristiche necessarie alla configurazione di un'opera derivata la sussistenza sia di una "ascendenza formale", sia di un qualche gradiente di originalità e individualità idonei a differenziarla dall'opera originaria.

l'evoluzione tecnologica che ha moltiplicato in senso geometrico ed in maniera imprevedibile le modalità e le tecniche espressive. Infatti, è pur vero che il processo di trasformazione delle opere non è inedito né caratteristico del solo mondo digitale ma deve ammettersi che la "fluidità" di questo ambiente ha determinato profonda incertezza quanto alla sua definizione e ha permesso di includere in questo concetto un'ampia serie di pratiche di diversa natura, impatto, diffusione e portata sicché la loro comprensione non può essere solo astratta e teorica ma deve essere necessariamente calata nella dimensione economica della creazione.¹⁶⁶ È da tale esigenza che nasce infatti lo scontro all'origine di questa discussione che vede da un lato il diritto d'autore con il suo impianto proprietario ed il dipendente modello economico industriale, dall'altro le istanze dei singoli che vorrebbero poter lecitamente fare tutto ciò che la tecnologia consente loro.

Per questo non si possono trascurare le preoccupazioni di coloro che notano una progressiva espansione e rafforzamento dei diritti degli autori e dei loro monopoli a scapito della libera circolazione delle informazioni, della libertà di espressione e della creazione culturale.¹⁶⁷ Infatti, il conflitto descritto non può essere del tutto ridotto ad un conflitto economico né per questo può essere affrontato con gli strumenti del mero riequilibrio del "value gap", in quanto costituisce, prima ancora che un emergente e fruttuoso modello imprenditoriale, un prolifico modello di creazione culturale. Per l'effetto, il diritto d'autore oggi rende illegale una grande varietà di prodotti creativi in quanto

¹⁶⁶ In questo senso, autorevolmente, V.L. BENABOU, *op.cit.*, 2014, p.2.

¹⁶⁷ N. RUIZ, *op.cit.*, 2014, p.214: «*the derivative work right has become so broad as to prohibit secondary artists from borrowing from existing material to create new works, thus hindering creativity and preventing authors from sharing new works with the public*». Anche, R. TUSHNET, *Economies of Desire: Fair Use and Marketplace Assumptions*, William & Mary Law Review, 51, 513, 2009, p.528.

derivati da un'opera originaria su cui il titolare mantiene un controllo proprietario assoluto, e trasforma in: «*criminals those who create these works*».¹⁶⁸

Al contrario, la creatività deve essere considerata come valore essenziale per le nostre società ed in quanto tale stimolata e tutelata in tutte le sue forme e non ingiustificatamente limitata in ragione di considerazioni economiche.¹⁶⁹

Tenendo questo come obiettivo, si ritiene dunque opportuno analizzare le eccezioni al diritto di riproduzione invocate anche dai lavori della Commissione per valutarne potenzialità e limiti rispetto alla disciplina degli UAC, ovvero se le norme di cui disponiamo attualmente sono sufficienti a regolare il fenomeno o se un intervento del legislatore è necessario.

4. Le libere utilizzazioni

Come autorevolmente sostenuto da più parti: “*toute oeuvre est transformative*”.¹⁷⁰ Tuttavia, sebbene la norma che disciplini tutte le

¹⁶⁸ D. HALBERT, *Mass Culture and the Culture of the Masses: A Manifesto for User-Generated Rights*, Vand. J. Ent. & Tech. L., 11, 2009, p.940: «*I argue that they are decommoifying culture by taking it out of its profit-oriented platform and transforming it not only into a derivative work under copyright law, but also into something that has cultural meaning that goes beyond monetary value*». Nello stesso senso anche: R. TUSHNET, *op.cit.*, 2009, p.529, sottolinea come gli UAC siano di solito senza fine di lucro, trasformativi, e non in grado di competere sul mercato dell'opera originaria.

¹⁶⁹ R. TUSHNET, *op.cit.*, 2009, p.538. G. GHIDINI, *op.cit.*, 2014, p.100-101, evidenzia come la creazione di un “super” diritto di adattamento rischierebbe seriamente di limitare la creazione e circolazione delle opere della cultura né: «*appare positivamente sostenibile alla luce del fondamentale principio dicotomico che esclude “le idee” dalla protezione autoriale*». Non manca chi, come M. ABRAMOWICZ, *A Theory of Copyright's Derivative Right and Related Doctrines*, Minnesota Law Review, 90, 2005, pp.317 ss., ritiene invece necessario rafforzare il diritto di adattamento e limitare le opere derivate a favore di una maggiore qualità dei prodotti culturali creati e messi in circolazione nel tentativo di arginare creazioni ripetitive e solo finalizzate al profitto economico.

¹⁷⁰ V.L. BENABOU, *op.cit.*, 2014, p.4.

ipotesi di creazione trasformativa sia la medesima (l'articolo 12 della Convenzione di Berna), nella prassi, diverse sono le fattispecie che possono verificarsi. Ebbene, per poter comprenderne appieno le conseguenze, è opportuno analizzare l'ipotesi in cui il consenso dell'avente diritto non sia necessario per creare un'opera derivata in ragione dell'applicabilità di un'eccezione al diritto d'autore, ovvero quando un'opera "rivendichi" la trasformazione, nel senso che si serve del richiamo all'opera originaria per esprimere un proprio autonomo messaggio tramite un riferimento esplicitamente riconoscibile.¹⁷¹

Il sostrato delle eccezioni al diritto d'autore, dette anche "usi liberi",¹⁷² è generalmente individuabile nel principio della libertà di espressione.¹⁷³ Il diritto d'autore, infatti, storicamente nato come presidio di tale libertà, si è da subito dovuto porre un interrogativo circa

¹⁷¹ C. GEIGER – F. SCHONHERR – I. STAMATOUDI – P. TORREMANS, *The Information Society Directive*, in *EU copyright Law, A Commentary*, I. STAMATOUDI – P. TORREMANS (ed.), Elgar Commentaries, Edward Elgar, 2014, p.437, sottolineano che non tutti gli usi contrari ai diritti dei titolari sono in violazione, in quanto certi usi sono fuori dal dominio del diritto d'autore e sono coperti da una limitazione o eccezione. Queste ultime costituiscono infatti un presidio libertario e possono essere considerate stimoli alla creatività, per questo sono state spesso considerate alla stregua di "diritti" dei futuri autori.

¹⁷² P. CHAPDELAINE, *Copyright User Rights, Contracts and the Erosion of Property*, Oxford University Press, 2017, p.33, per cui l'espressione usata nel gergo comune per riferirsi alle eccezioni al diritto d'autore "*i diritti degli utenti*" sarebbe una formula ingiustamente limitativa perché queste norme non tutelano solo gli utenti ma sono di presidio ad interessi collettivi e sociali. G. MAZZIOTTI, *Copyright in the EU Digital Single Market*, CEPS Task Force Reports, 2013, p.71, rigorosamente rileva come il termine "eccezione" sta oggi ad indicare una serie di restrizioni o limitazioni ai diritti degli autori che includono eccezioni in senso stretto, ma anche licenze e rappresentanze obbligatorie, nonché varie forme di c.d. *levies*.

¹⁷³ C. GEIGER – F. SCHONHERR – I. STAMATOUDI – P. TORREMANS, *op.cit.*, 2014, p.438, riconoscono una differenza tra eccezioni e limitazioni anche nella terminologia usata dal legislatore. Infatti, mentre l'eccezione deroga ad una regola, la limitazione ne costituisce un confine esterno. P. CHAPDELAINE, *op.cit.*, 2017, p.34, enfatizza la circostanza per cui le eccezioni al diritto d'autore consentono agli utenti di compiere atti che altrimenti potrebbero compiere solo con l'autorizzazione del titolare dei diritti. La giustificazione di alcune starebbe nella necessità di tutelare "*public policy goals*" che sarebbero invece compromessi da un diritto dominicale troppo forte. Altre, invece sono giustificate dall'esistenza di fallimenti di mercato costituendo il limite giuridico alle crescenti potenzialità tecniche che hanno consentito ai titolari dei diritti di ampliare sempre più la propria sfera di controllo.

l'estensione dei monopoli che crea e garantisce in rapporto alla libertà di espressione dei terzi. Per questo motivo si è ritenuto necessario preservare degli spazi oltre cui il monopolio autoriale non sia esercitabile, e tra cui, in particolare, rilevano le eccezioni al diritto di riproduzione.¹⁷⁴

Ebbene, è interessante ed opportuno passare in rassegna le eccezioni che possono astrattamente trovare applicazione rispetto agli UAC come individuate, peraltro, negli stessi lavori della Commissione¹⁷⁵ per verificare la loro rispondenza alla finalità di preservare tali espressioni culturali senza ingiustificatamente limitare gli interessi degli autori. D'altra parte, però, nessuna delle esistenti eccezioni è stata specificatamente ideata per far fronte al riutilizzo creativo di opere tutelate nel contesto digitale e questo sembra porre delicati interrogativi.¹⁷⁶ Ciò soprattutto quando l'uso derivato esuli dalle

¹⁷⁴ C. GEIGER, *Freedom of Artistic Creativity and Copyright Law: A Compatible Combination?*, Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper, 08, 2017, p.1. Sottolinea che, oltre a limitazioni ed eccezioni al diritto d'autore, vi sono anche "limiti", tra cui assume particolare importanza soprattutto quello temporale, oltre il quale il diritto patrimoniale d'autore non può più essere esercitato.

¹⁷⁵ C. GEIGER – F. SCHONHERR – I. STAMATOUDI – P. TORREMANS, *op.cit.*, 2014, p.460, rilevano come nel Green Paper del 2008, le eccezioni giochino, nell'impianto proposto dalla Commissione europea, un ruolo importante nella diffusione della conoscenza e della cultura.

¹⁷⁶ EUROPEAN COMMISSION, *Public Consultation on the review of the EU copyright rules*, Brussels, December 5, 2013, p.29, rileva come la libertà di espressione e la concezione tradizionale di proprietà sono direttamente coinvolte e messe in discussione dalle nuove tecnologie. Nello stesso senso si era espresso già l'OECD, *op.cit.*, 2007, p.52. In dottrina, particolarmente approfondita sul punto è l'esposizione di C. GEIGER, *op.cit.*, 2018, p.6, per cui l'effetto della negazione del consenso del titolare dei diritti per creare un'opera derivata costituirebbe una censura privata e dovrebbe essere quantomeno dubbio come questo effetto possa essere riconciliato con lo scopo del diritto d'autore di incentivare la creatività al di là dei limiti posti dallo Stato alla libertà di espressione artistica. Per questo, C. GEIGER – E. IZYUMENKO, *Copyright on the Human Rights' Trial: Redefining the Boundaries of Exclusivity Through Freedom of Expression*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 45, 3, May 2014, p.9, ritengono di poter affermare che qualsiasi decisione assunta dalle Corti a favore del diritto d'autore piuttosto che della libertà di espressione possa costituire una violazione dell'art. 10 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione Europea. Sul rapporto tra diritto d'autore e Carta fondamentale dei

stringenti condizioni delle eccezioni esistenti e la discussione debba piuttosto incentrarsi sull'effettività della tutela della libertà di espressione quale diritto fondamentale.¹⁷⁷

Ad ogni buon conto, è opportuno chiarire - in via preliminare - che, a differenza dei diritti che sono stati armonizzati a livello internazionale nelle loro caratteristiche principali, tramite la fissazione di uno standard anche piuttosto elevato, le eccezioni sono state armonizzate fissando, al contrario, uno standard negativo. Infatti, la prassi dell'implementazione delle norme dei trattati ha interpretato la Convenzione di Berna, ed il suo articolo 9, paragrafo 2, nel senso che questa limiti la possibilità di istituire usi liberi tramite il meccanismo del c.d. *three-step test*.¹⁷⁸

Questo, in particolare, impone che gli Stati aderenti, nell'esercizio della facoltà loro riservata di determinare ipotesi di eccezioni al diritto di riproduzione riconosciuto ai titolari dei diritti, si limitino a: (i) taluni casi speciali; (ii) purché una tale riproduzione non rechi danno allo sfruttamento normale dell'opera; e (iii) ciò non causi un pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi dell'autore.

diritti dell'Unione Europea, anche G. FINOCCHIARO, *L'equilibrio Titolare/Users nel diritto d'autore dell'Unione Europea*, Diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 3, 2016, p.6. L'autrice analizza soprattutto l'interazione del diritto d'autore rispetto all'art. 17, sulla proprietà, riferibile anche a quella intellettuale, che prevede che: «l'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale».

¹⁷⁷ C. GEIGER, *op.cit.*, 2018, p.31, per cui la necessità di ottenere il consenso dell'autore originario per creare un'opera derivata costituisce un ostacolo alla creatività in quanto il consenso potrebbe essere negato o prestato solo ad un costo eccessivamente alto. Per l'effetto, secondo l'autore, le Corti hanno dovuto adottare un approccio casistico e ancorare il proprio ragionamento ad elementi esterni al diritto d'autore quali, soprattutto i diritti fondamentali.

¹⁷⁸ R.M. HILTY – V. MOSCON, *Permitted Uses in Copyright Law. Is There Need for an International Instrument?*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper, 14, 2018, p.2: «*The test, originally a way for Berne Union countries to permit reproduction of copyright works (Article 9(2) BC), has increasingly been applied as a strict method of regulating the system of limitations and exceptions to copyright*».

Sul c.d. *three-step test*, *melius* Capitolo Terzo, para. 3.

Ebbene, da tale obbligazione trae origine la disposizione dell'articolo 5 della Direttiva InfoSoc che contiene una lista di eccezioni ai diritti di riproduzione, comunicazione e messa a disposizione del pubblico (articoli 2 e 3 della Direttiva InfoSoc) che gli Stati membri hanno potuto implementare nella fase di attuazione della Direttiva al fine di garantire: *«un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché tra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti»*.¹⁷⁹

Ancora, il legislatore europeo, a voler confermare la rispondenza delle ipotesi individuate ai criteri della Convenzione di Berna, prevede altresì che: *«[l]e eccezioni e le limitazioni non possono essere applicate in modo da arrecare pregiudizio agli interessi legittimi dei titolari dei diritti o da essere in contrasto con la normale utilizzazione economica delle loro opere o materiali protetti»*.¹⁸⁰

Infine, è necessario sottolineare che tale elencazione è da considerarsi esaustiva - sebbene alcune deroghe siano previste solo a favore del diritto di riproduzione - ma non è comunque obbligatoria.¹⁸¹

¹⁷⁹ Direttiva 2001/29/CE, cons. 31. C. GEIGER – F. SCHONHERR – I. STAMATOUDI – P. TORREMANS, *op.cit.*, 2014, p.442, rilevano che, siccome il c.d. *three-step test* costituisce anche un criterio interpretativo, tutte le ipotesi contemplate dall'art. 5 della Direttiva 2001/29/CE devono anche conformarsi allo stesso. In questo senso sembrerebbe esprimersi anche il cons. 44 della Direttiva 2001/29/CE. Sul tema anche, B.J. JÜTTE., *The EU's Trouble with Mashups - From Disabling to Enabling a Digital Art Form*, *Journal of Intellectual Property, Information Technology & E-Commerce Law*, 2014, p.180.

¹⁸⁰ Direttiva 2001/29/CE, cons. 44 e anche art. 5, para. 5: *«Le eccezioni e limitazioni di cui ai paragrafi 1, 2, 3 e 4 sono applicate esclusivamente in determinati casi speciali che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare»*.

¹⁸¹ Direttiva 2001/29/CE cons. 32 e 44. C. GEIGER – F. SCHONHERR – I. STAMATOUDI – P. TORREMANS, *op.cit.*, 2014, p.439, ipotizzano due possibili modelli per costruire eccezioni al diritto d'autore. Da un lato, una lista breve ma generale di eccezioni. Dall'altro, una lista più lunga e dettagliata. La Direttiva 2001/29/CE sembrerebbe adottare questo secondo modello ricorrendo però ad una clausola di salvaguardia, c.d. *“grandfather clause”*, che consente agli Stati membri di preservare eccezioni preesistenti anche quando non siano elencate dalla Direttiva 2001/29/CE, a condizione

Dunque, passando al contenuto dell'articolo 5, paragrafo 3, questo riconosce agli Stati membri la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni ai diritti di cui agli articoli 2 e 3, riproduzione, messa a disposizione del pubblico e comunicazione al pubblico nei casi elencati, tra cui, in particolare, qui rileva:

«d) quando si tratti di citazioni, per esempio a fini di critica o di rassegna, sempreché siano relative a un'opera o altri materiali protetti già messi legalmente a disposizione del pubblico, che si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore e che le citazioni siano fatte conformemente ai buoni usi e si limitino a quanto giustificato dallo scopo specifico;

k) quando l'utilizzo avvenga a scopo di caricatura, parodia o pastiche».

Entrambe le disposizioni sono state oggetto dell'intervento interpretativo della Corte di giustizia dell'Unione Europea che ne ha tracciato i confini riempiendole di contenuto.

4.1. Citazioni

Il primo caso portato all'attenzione della Corte di giustizia dell'Unione Europea con riferimento all'interpretazione dell'articolo 5, paragrafo 3, lettera d) è il caso c.d. Painer (C-145/10)¹⁸², che trae origine dalla

che non siano duplicazioni di quelle invece previste e comunque non pongano limiti al mercato interno. F. POLLAUD-DULIAN, *op.cit.*, 2008: *«Une liste d'exceptions non obligatoires convient-elle au regard du caractère évolutif des technologies de l'Internet et des perspectives économiques et sociales communément admises? Une fois de plus, le droit d'auteur n'est pensé et pesé qu'au regard de l'Internet».*

¹⁸² Sentenza 1 Dicembre 2011, nella causa C-145/10, Eva-Maria Painer. La pronuncia della Corte ha anche avuto ad oggetto la questione se i ritratti fotografici, in quanto riproduzione realistica, possano essere considerati opere dell'ingegno e a tal proposito ha concluso che, para. 35: *«un ritratto fotografico può essere protetto (...) dal diritto d'autore alla condizione, (...), che un siffatto ritratto costituisca una creazione intellettuale dell'autore che ne riflette la personalità e si manifesta attraverso le libere scelte creative di quest'ultimo nella realizzazione di tale ritratto. Una volta accertato che il ritratto fotografico di cui trattasi presenta la qualità di un'opera, la tutela di*

riproduzione da parte di un giornale della fotografia di una bambina scomparsa fatta circolare dalla polizia senza il consenso dell'autrice dell'opera fotografica, ma nell'ambito di un'inchiesta giudiziaria.

Ebbene, il resistente invoca l'applicazione dell'eccezione per citazione e a tal riguardo pone due distinte domande sull'interpretazione dell'articolo 5, paragrafo 3, lettera d). La prima attiene all'applicabilità dell'eccezione per citazione nel caso in cui l'opera citante (nel caso di specie un articolo giornalistico) non sia un'opera letteraria protetta dal diritto d'autore. La seconda invece riguarda la condizione di indicazione del nome dell'autore del materiale citato.

La Corte preliminarmente rileva che le condizioni fissate dall'articolo 5 della Direttiva InfoSoc per l'applicazione dell'eccezione di citazione sono essenzialmente che: (i) l'opera citata sia già legalmente a disposizione del pubblico; (ii) si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte; (iii) le citazioni siano fatte conformemente ai buoni usi e si limitino a quanto giustificato dallo scopo specifico.¹⁸³

Per quanto attiene invece al merito della prima questione proposta, ovvero se l'eccezione sia applicabile solo se la citazione sia inserita in un'opera che a sua volta possa beneficiare della tutela autoriale, la Corte ritiene che tale condizione non sia testualmente prevista dall'articolo 5,

quest'ultimo non è inferiore a quella di cui beneficia qualsiasi altra opera, ivi comprese quelle fotografiche». Sul punto, cfr. M. VAN EECHOU, Along the Road to Uniformity - Diverse Readings of the Court of Justice Judgments on Copyright Work, Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, 3, 2012, pp.66 ss.

¹⁸³ Sentenza 1 Dicembre 2011, nella causa C-145/10, Eva-Maria Painer, para. 127-128. Nel caso di specie rileva, secondo la Corte, soprattutto verificare che l'opera sia stata lecitamente messa a disposizione del pubblico, in considerazione del fatto che la fotografia era stata fatta circolare dalla polizia in funzione delle indagini che stava svolgendo. Dunque, a tal proposito, la Corte ritiene che sia sufficiente che l'opera fosse stata resa lecitamente accessibile al pubblico anche se per l'effetto dell'applicazione di un'altra eccezione al diritto d'autore.

n. 3, lettera d), della Direttiva InfoSoc e non sia dunque rilevante ai fini dell'applicazione dell'eccezione per citazione.¹⁸⁴

D'altra parte, sottolinea, tali criteri devono essere restrittivamente interpretati in quanto costituiscono norme speciali che derogano ai principi generali della Direttiva InfoSoc e, sebbene debba comunque preservarsi il loro effetto utile, la loro applicazione deve avvenire sempre in considerazione di altri rilevanti interessi rispetto ai quali si pongono in un ideale bilanciamento.¹⁸⁵ Questa attività ermeneutica, poi, deve portare all'individuazione di un giusto equilibrio tra tutti gli interessi coinvolti che, nel caso dell'eccezione per citazione, sarebbero in particolare il diritto alla libertà di espressione degli utenti ed il diritto di riproduzione riconosciuto agli autori. Tale ideale conflitto, infine, deve intendersi risolto privilegiando l'esercizio del diritto alla libertà di espressione degli utenti rispetto all'interesse dell'autore garantendo in ogni caso a quest'ultimo il diritto di veder menzionato il proprio nome.¹⁸⁶

Tale ultima condizione costituisce il fulcro della seconda domanda di rinvio risolta però aderendo strettamente alle particolari condizioni di fatto. Più chiaramente, la Corte ha ritenuto che, essendo stata la fotografia riprodotta dall'autorità di polizia beneficiando di una distinta eccezione che - contrariamente all'articolo 5, paragrafo 3, lettera d) - non richiede l'indicazione del nome dell'autore, tale mancanza abbia

¹⁸⁴ Sentenza 1 Dicembre 2011, nella causa C-145/10, Eva-Maria Painer, para. 130. La Corte continua sul punto sottolineando, para. 136, che: «*In tale prospettiva bipolare, non è pertinente sapere se la citazione sia fatta nell'ambito di un'opera protetta dal diritto d'autore o, al contrario, di materiale non protetto da un siffatto diritto*».

¹⁸⁵ Sentenza 1 Dicembre 2011, nella causa C-145/10, Eva-Maria Painer, para. 133, richiama sul tema del bilanciamento dei diritti e dell'effetto utile, la sentenza resa nel caso C-403/08, FAPL, para. 162-163.

¹⁸⁶ Sentenza 1 Dicembre 2011, nella causa C-145/10, Eva-Maria Painer, para. 134-135. Le disposizioni della Direttiva 2001/29/CE, art. 5, n. 3, lett. d), stabiliscono infatti l'obbligo di indicare in una citazione la fonte, incluso il nome dell'autore, facendo tuttavia salvo in caso di impossibilità.

effetti determinanti anche sugli usi successivi della medesima opera.¹⁸⁷ Pertanto, nel caso di specie, non fornendo le fotografie messe in circolazione dalla polizia alcuna indicazione circa il nome dell'autore, risulterebbe al citante impossibile rispettare la condizione prevista dall'articolo 5, paragrafo 3, lettera d), di indicare il nome dell'autore, per poter beneficiare dell'eccezione. Ciò considerato, in tali particolari circostanze, colui che effettua la citazione sarebbe esente dall'obbligo di principio di indicare il nome dell'autore essendo a tal fine sufficiente l'indicazione della sola fonte da cui l'opera citata è tratta.¹⁸⁸

Questa appena riassunta non costituisce l'unica pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione Europea sull'interpretazione dell'articolo 5, paragrafo 3, lettera d). Infatti, la Corte è nuovamente intervenuta da ultimo nel luglio 2019 con due sentenze molto attese.

Innanzitutto, la sentenza resa nel caso c.d. Spiegel Online (C-516/17).¹⁸⁹

Il fatto da cui è sorto il giudizio coinvolge Spiegel Online, quale gestore dell'omonimo portale di informazioni su internet, e Volker Beck, membro del Bundestag (Parlamento federale tedesco) in quanto Beck ha contestato la pubblicazione, da parte di Spiegel Online, sul proprio sito internet, di un suo manoscritto. La domanda di rinvio pregiudiziale attiene soprattutto all'esercizio dell'eccezione di cronaca di cui all'articolo 5, paragrafo 3, lettera c), della Direttiva InfoSoc e al bilanciamento tra la libertà di informazione e l'esercizio del diritto

¹⁸⁷ Ai sensi della Direttiva 2001/29/CE, art. 5, n. 3, lett. e). Cfr. sentenza 1 Dicembre 2011, nella causa C-145/10, Eva-Maria Painer, para. 145.

¹⁸⁸ Sentenza 1 Dicembre 2011, nella causa C-145/10, Eva-Maria Painer, para. 147-148.

¹⁸⁹ Sentenza del 29 luglio 2019, nella causa C-516/17, Spiegel Online.

d'autore, tuttavia, la quinta e la sesta domanda di rinvio pregiudiziale attengono precisamente all'eccezione per citazione.¹⁹⁰

La quinta domanda riguarda sostanzialmente l'ammissibilità di una citazione effettuata tramite *linking* ad un file consultabile autonomamente.¹⁹¹

Rilevata l'assenza di una definizione del termine "citazione" nella Direttiva InfoSoc, la Corte afferma che il suo significato deve essere tratto dal senso abituale del termine nel linguaggio corrente, tenendo conto del contesto di utilizzo e degli obiettivi perseguiti dalla normativa in cui è usato.¹⁹² Dunque, per quanto attiene al termine "citazione",

¹⁹⁰ Sul tema del bilanciamento tra diritto d'autore e libertà fondamentali alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, *ex pluris*, J. GRIFFITHS, *European Union Copyright Law and the Charter of Fundamental Rights – Advocate General Szpunar's Opinions in (C-469/17) Funke Medien, (C-476/17) Pelham GmbH and (C-516/17) Spiegel Online*, ERA Forum, 2019; C. SGANGA, *A Decade of Fair Balance Doctrine, and How to Fix It: Copyright Versus Fundamental Rights Before the CJEU from Promusicae to Funke Medien, Pelham and Spiegel Online*, European Intellectual Property Review, 11, 2019.

¹⁹¹ L'Avvocato Generale M. Szpunar, Conclusioni del 10 gennaio 2019, para. 40 e ss., nell'analizzare la domanda, rileva che la novità del *linking* consiste soprattutto nel fatto che l'opera citata non sia inserita in maniera inscindibile nell'opera citante ma messa a disposizione come *file* autonomo, ed il legame tra le due sarebbe costituito dall'uso di tali collegamenti ipertestuali. Dunque, sottolineando come l'eccezione per citazione sia una delle più classiche, smentisce la comune convinzione che sia applicabile unicamente alle opere letterarie (anche alla luce della precedente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea) ma altresì ammette che, a seconda della tipologia di opera coinvolta: «*i metodi per l'incorporazione delle citazioni nell'opera citante e per la loro identificazione devono essere naturalmente adattati*» (para. 42). Lo stesso è per l'incorporazione della citazione in quanto: «*Le moderne tecnologie, in particolare Internet, consentono di mettere in relazione i testi fra loro in differenti maniere, ad esempio mediante collegamenti ipertestuali. Beninteso, dev'essere mantenuto uno stretto legame tra la citazione e l'opera citante. Poiché le strutture delle pagine Internet possono essere estremamente varie, sarebbe probabilmente necessaria un'analisi caso per caso*» (para. 43).

¹⁹² Sentenza del 29 luglio 2019, nella causa C-516/17, Spiegel Online, para. 77. Più chiaramente, al para. 62 della sentenza, la Corte fa riferimento alla propria costante giurisprudenza, per cui, alla luce dei doveri derivanti dall'applicazione uniforme del diritto e del principio d'uguaglianza, discende che i termini di una disposizione di diritto dell'Unione Europea, laddove le disposizioni normative non contengano alcun espresso richiamo al diritto nazionale degli Stati membri per la determinazione del senso di alcune espressioni, devono normalmente dar luogo, nell'intera Unione Europea, a un'interpretazione autonoma ed uniforme. La Corte richiama a titolo

devono essere individuate le sue caratteristiche essenziali, quali, soprattutto: (i) l'utilizzo da parte di un soggetto che non ne sia l'autore di un'opera o di un estratto di un'opera, (ii) col preciso fine di illustrare o difendere un'opinione o di sollecitare un confronto tra l'opera citata e delle proprie affermazioni e, (iii) sia comunque limitata a quanto giustificato dallo scopo specifico.¹⁹³

Secondo la ricostruzione della Corte è dunque essenziale la sussistenza di un elemento soggettivo relativo alla finalità per cui la citazione è fatta. Più chiaramente, perché taluno possa beneficiare dell'eccezione per citazione, deve dimostrare l'esistenza di un rapporto tra l'opera citata e le proprie affermazioni quasi a voler indicare l'esistenza di un confronto tra le due.¹⁹⁴ Rispetto invece all'ultimo elemento sopra menzionato, ovvero alla limitazione e continenza della citazione, la Corte sottolinea che il rapporto instaurato tra le due opere coinvolte, quella citante e quella citata, deve avere carattere accessorio, non potendo essere di portata tale da essere in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali ed arrecare ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare.¹⁹⁵

Ciò considerato, dunque, la citazione ben può essere effettuata tramite un collegamento ipertestuale verso l'opera citata, in considerazione del

esemplificativo la sentenza del 21 ottobre 2010, nella causa C-467/08, Padawan, ma è ormai un principio pacifico che fa indubbiamente parte dell'*acquis* comunitario.

¹⁹³ Sentenza del 29 luglio 2019, nella causa C-516/17, Spiegel Online, para. 78. La Corte, richiamando la sentenza resa nel caso Painer (C-145/10) aggiunge anche che non costituisce invece una condizione della citazione la circostanza che la stessa sia effettuata in un'opera tutelabile o meno ai sensi del diritto d'autore.

¹⁹⁴ Sentenza del 29 luglio 2019, nella causa C-516/17, Spiegel Online, para. 79. La Corte conferma la posizione assunta dall'Avvocato Generale M. Szpunar, para. 43 delle sue conclusioni del 10 gennaio 2019.

¹⁹⁵ Sentenza del 29 luglio 2019, nella causa C-516/17, Spiegel Online, para. 79.

ruolo che questi strumenti svolgono nel mondo digitale e soprattutto perché l'opera non viene direttamente incorporata nel testo citante.¹⁹⁶

Tuttavia, l'applicazione del criterio della continenza non giustifica un richiamo integrale all'opera citata ma, al contrario, rimane essenziale che l'utilizzo a fini di citazione non ecceda i limiti di quanto è necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito dalla citazione.¹⁹⁷

Pertanto, sembra opportuno incidentalmente sottolineare che l'effetto di tale pronuncia sarebbe quello di imporre l'applicazione del c.d. *three-step test* non solo agli Stati nella fase di adozione delle eccezioni e ai giudici in fase di applicazione delle norme, ma - come se fosse un principio stesso che permea l'eccezione per citazione - deve trovare applicazione anche nella fase di esercizio del diritto da parte di colui che intende fare la citazione.

Con la sesta domanda, invece, il giudice del rinvio chiederebbe, in sostanza, se l'articolo 5, paragrafo 3, lettera d), della Direttiva InfoSoc debba essere interpretato nel senso che un'opera è già stata messa legalmente a disposizione del pubblico «*qualora detta opera, così come*

¹⁹⁶ Sentenza del 29 luglio 2019, nella causa C-516/17, Spiegel Online, para. 80-81: «*i collegamenti ipertestuali contribuiscono al buon funzionamento di Internet, che riveste un'importanza particolare per la libertà di espressione e di informazione, garantita dall'art. 11 della Carta, nonché allo scambio di opinioni e di informazioni (sentenze dell'8 settembre 2016, GS Media, C 160/15, EU:C:2016:644, punto 45, e del 7 agosto 2018, Renckhoff, C-161/17, EU:C:2018:634, punto 40)*».

¹⁹⁷ Sentenza del 29 luglio 2019, nella causa C-516/17, Spiegel Online, para. 83. Come sottolineato dall'Avvocato Generale, M. Szpunar, il rimando integrale all'opera può costituire un uso concorrente e sostitutivo non giustificato dall'esercizio dell'eccezione per citazione. Conclusioni del 10 gennaio 2019, para. 50-51: «*Ammettere una citazione che possa sostituirsi all'opera originale sarebbe altresì contrario alle condizioni del «triplo test» (...). Orbene, una citazione che esima l'utente dal far ricorso all'opera originale, sostituendosi a quest'ultima, è necessariamente in contrasto con il suo sfruttamento normale. Tale conclusione non è posta in discussione dall'affermazione della ricorrente secondo la quale il resistente non progettava uno sfruttamento economico (...). Orbene, tali limiti prescindono dall'interrogativo se, in un caso concreto, l'autore sfrutti la propria opera o progetti di sfruttarla. È infatti sufficiente che l'utilizzo nel contesto dell'eccezione sia potenzialmente in contrasto con tale sfruttamento perché l'interpretazione in questione dell'eccezione sia contraria al triplo test (...)*».

*essa si presenta in maniera concreta, sia stata pubblicata precedentemente con il consenso dell'autore».*¹⁹⁸

Tale domanda si riferisce alla condizione imposta dalla Direttiva InfoSoc per cui l'eccezione per citazione può applicarsi solo qualora l'opera citata sia stata messa legalmente a disposizione del pubblico prima della sua citazione.¹⁹⁹ Dunque, la Corte, richiamando la propria precedente sentenza resa nel caso Painer, ribadisce il principio per cui sia sufficiente che l'opera sia accessibile al pubblico, in modo legale, dovendosi intendere quest'ultima condizione rispettata quando l'opera sia stata resa accessibile al pubblico con l'autorizzazione del titolare del diritto o in base a una licenza non volontaria o, ancora, in forza di un'autorizzazione di legge.²⁰⁰

Come anticipato, la sentenza Spiegel Online è stata pubblicata insieme a quella resa nel caso c.d. Pelham (C-476/17, anche conosciuto come *Metall auf Metall*).²⁰¹ Formalmente, anche questo caso ha ad oggetto l'interpretazione dell'articolo 5, paragrafo 3, della Direttiva InfoSoc e l'eccezione per citazione in rapporto all'esercizio della libertà di espressione ma, di fatto, la pronuncia della Corte ha ad oggetto - più

¹⁹⁸ Sentenza del 29 luglio 2019, nella causa C-516/17, Spiegel Online, para. 85.

¹⁹⁹ Ciò in virtù dell'applicazione del c.d. *three-step test* che impone di considerare l'effetto sugli interessi del titolare dei diritti, e sul mercato dell'opera citata.

²⁰⁰ Sentenza del 29 luglio 2019, nella causa C-516/17, Spiegel Online, para. 89.

²⁰¹ La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 29 luglio 2019, nel caso C-476/17, Pelham, si inserisce in una vera e propria "saga" giurisprudenziale iniziata nel 2007 e che ha già superato diversi gradi di giudizio in Germania con esiti diversi quando non contrastanti. L. BENTLY – C. GEIGER. – J. GRIFFITHS – A. METZGER – A. PEUKERT – M. SENFTLEBEN, *Sound sampling, a permitted use under EU copyright law? Opinion of the European Copyright Society in relation to the pending reference before the CJEU in Case C-476/17, Pelham GmbH v Hütter*, 2018, <https://europeancopyrightsociety.org/>. Nello stesso senso anche: E. ROSATI, *Copyright and the Court of Justice of the European Union*, Oxford University Press, 2019, pp.129-130; B.J. JÜTTE – H. MAIER, *A human right to sample - will the CJEU dance to the BGH-beat?*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 12, 9, 2017, pp.784-796. C. GEIGER, *"Fair Use" through Fundamental Rights in Europe: When Freedom of Artistic Expression allows Creative Appropriations and Opens up Statutory Copyright Limitations*, Center for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper, 09, 2018, p.14.

concretamente - la libertà del *sampling* e delle tecniche di *remix* su fonogrammi,²⁰² e per questo costituisce un importante tassello nel quadro della disciplina delle opere derivate e degli UAC.²⁰³

D'altra parte, sebbene l'eccezione per citazione tragga storicamente origine e sia soprattutto diffusa nel contesto delle opere letterarie, non vi sono ragioni per cui non possa essere invocata anche con riferimento altro genere di opere.²⁰⁴

Il principio espresso dalla Corte è il seguente: «*L'art. 5, para. 3, lettera d), della direttiva 2001/29 dev'essere interpretato nel senso che la nozione di «citazioni», di cui a tale disposizione, non ricomprende una situazione in cui non sia possibile identificare l'opera interessata dalla citazione in questione».*

Tuttavia, la considerazione preliminare espressa - sull'assunto che presupposto alla citazione vi sia un atto di riproduzione - è che l'articolo 2 della Direttiva InfoSoc, pur riconoscendo un diritto esclusivo di riproduzione, non fornisce alcuna definizione di tale concetto ed occorre dunque far riferimento al significato comune del termine

²⁰² È opportuno sottolineare che la Corte, nella propria sentenza, non ha effettuato alcuna distinzione tra l'opera dell'ingegno, nel caso di specie l'opera musicale, e altro oggetto di diritto, nel caso di specie il fonogramma. Diversamente, l'Avvocato Generale M. Szpunar aveva ritenuto necessario distinguere i due livelli di tutela e concludere che, per valutare la sussistenza di un atto di riproduzione dell'opera musicale, si dovesse verificare la sussistenza di un gradiente di creatività. Al contrario, non essendo quest'ultima l'elemento costitutivo della tutela approntata per i fonogrammi, una tale verifica non sarebbe necessaria qualora la tutela invocata fosse riferita al diritto connesso. Sulla distinzione tra opera e fonogramma, cfr. para. 4 delle conclusioni del 12 dicembre 2018; sulla creatività quale elemento costitutivo del diritto d'autore, cfr. para. 28-30. Nello stesso senso, in dottrina si erano autorevolmente espressi L. BENTLY – C. GEIGER. – J. GRIFFITHS – A. METZGER – A. PEUKERT – M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2018, para. 2.7.

²⁰³ C. GEIGER, *op.cit.*, 2018, p.19: «*Music represents a field with an established history of appropriation developed first through the use of “sampling” and then the invention of the “remix” and “mashup”*».

²⁰⁴ Avvocato Generale M. Szpunar, conclusioni del 12 dicembre 2018, para. 62-63.

tenendo conto della circostanza per cui la Direttiva InfoSoc si pone lo scopo di garantire un elevato standard di tutela per i titolari dei diritti.²⁰⁵

Da tale processo interpretativo, poi, può concludersi che la riproduzione da parte di un utente di un “*sample*” di una registrazione fonografica, anche se molto breve, in principio costituisce una riproduzione parziale dell’opera che, in quanto tale, ricade nell’ambito di applicazione dell’articolo 2 della Direttiva InfoSoc.²⁰⁶

Tale principio deve tuttavia essere calato nel contesto del c.d. *sampling* quale pratica di campionatura, consistente nella tecnica di «*prelevare, con l’ausilio di apparecchiature elettroniche, estratti (samples o campioni, da cui il nome della tecnica) di un fonogramma al fine di utilizzarli come elementi di una nuova composizione in un altro fonogramma. Al momento del loro riutilizzo, tali estratti sono spesso mixati, modificati e ripetuti a ciclo continuo, in maniera da essere più o meno riconoscibili nella nuova opera. (...) Il sampling è dunque un fenomeno dalle molte sfaccettature, il che non facilita la sua qualificazione giuridica*».²⁰⁷

²⁰⁵ Sentenza del 29 luglio 2019, nel caso C-476/17, Pelham, para. 32.

²⁰⁶ Sentenza del 29 luglio 2019, nel caso C-476/17, Pelham, para. 29-30, richiama espressamente la sentenza resa nel caso C-05/08, Infopaq. Nello stesso senso si era già espresso anche l’Avvocato Generale M. Szpunar, conclusioni del 12 dicembre 2018, para. 26: «è ovvio che un tale atto costituisce una riproduzione ai sensi dell’art. 2 della direttiva 2001/29» nella misura in cui: «Nel caso del *sampling*, si tratta di una riproduzione (...) diretta, permanente, mediante strumenti e in forma digitali, di una parte di un fonogramma. Sembrerebbe pertanto abbastanza chiaro che tale atto costituisca una lesione del diritto dei produttori del fonogramma di autorizzare o vietare una simile riproduzione effettuata senza la loro autorizzazione».

²⁰⁷ Conclusioni dell’Avvocato Generale M. Szpunar del 12 dicembre 2018 nella causa C-476/17. B.J. JÜTTE, *op.cit.*, 2014, pp.172 ss., descrive la tecnica del *mashup* (o *sampling*) come una nuova forma d’arte che consiste nel combinare diverse opere preesistenti per creare nuovi arrangiamenti che convogliano messaggi diversi dall’opera originaria. Caratteristica peculiare è l’assenza di alcun contributo autoriale originale del soggetto che crea l’opera derivata. Questo elemento induce anche a distinguere il *mashup* sia dal *remix*, che tendenzialmente ha ad oggetto una sola canzone e contiene anche materiale originale; che dalle mere “*cover songs*”, reinterpretazioni di un’opera musicale. L’autore riassume le caratteristiche del *mashup* così: «*they combine not only horizontally but also vertically, it also implies*

Non è affatto irrilevante che tale tecnica costituisca anche un mezzo di manifestazione della libertà di espressione e creazione, come tutelate dagli artt. 10, 11 e 13 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione Europea, e dunque se da un lato la rigida applicazione della Direttiva InfoSoc indurrebbe a negare la liceità del *sampling*, dall'altro deve essere valutata anche l'opportunità di una tale interpretazione alla luce del bilanciamento tra diritti imposto dalla stessa fonte.²⁰⁸

Questo bilanciamento, nel caso di specie, è risolto dalla Corte ammettendo che, nell'ipotesi in cui il *sample* originario sia irriconoscibile all'orecchio del fruitore dell'opera derivata, allora non può pacificamente riconoscersi l'esistenza di una riproduzione.²⁰⁹ Una diversa soluzione sarebbe infatti contraria al principio del bilanciamento e soprattutto, avrebbe l'effetto di consentire al titolare dei diritti sull'opera originaria di impedire a chiunque altro di utilizzare la propria opera anche qualora questa attività non sia per lui pregiudizievole.²¹⁰

Fatte queste premesse sull'attività di *sampling* e sul diritto di riproduzione quale antecedente logico della citazione, la Corte passa

that more than one song is used and the parts of the songs used make the source easily recognizable».

²⁰⁸ Direttiva 2001/29/CE, cons. 3 e 31. Sull'importanza di questa sentenza rispetto al tema del bilanciamento tra diritto di proprietà e libertà di espressione si è molto scritto, particolarmente autorevole appare l'opinione resa da L. BENTLY – C. GEIGER. – J. GRIFFITHS – A. METZGER – A. PEUKERT – M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2018, para 2.5-2.6, secondo cui dall'esito di questo procedimento sarebbe dipeso il rischio di un'ingiustificata limitazione alla libertà di creazione, all'interesse pubblico ed in generale alla cultura, qualora i *sample* possano essere lecitamente usati solo con il consenso dei titolari dei diritti o debbano essere riprodotti *ab initio* dagli utenti. Al contrario, dovendosi sempre esercitare il diritto di proprietà in modo da assicurarne la funzione sociale, una sua eventuale predominanza sarebbe stata ingiustificata dal momento che non sarebbe stato ravvisabile alcun danno economico per le prerogative del titolare dei diritti.

²⁰⁹ Sentenza del 29 luglio 2019, nel caso C-476/17, Pelham, para. 31.

²¹⁰ Sentenza del 29 luglio 2019, nel caso C-476/17, Pelham, para. 37-38. Già l'Avvocato Generale M. Szpunar, conclusioni del 12 dicembre 2018, para. 28, aveva ammesso che: «il prelievo di estratti molto brevi nel caso del *sampling* non minaccerebbe gli interessi finanziari dei produttori di fonogrammi».

poi all'analisi dell'eccezione in senso stretto che, come la riproduzione, non è definita legislativamente.²¹¹

Ancora una volta è, dunque, necessario fare riferimento al senso che la prassi riconosce a tale termine, ovvero, l'utilizzo da parte di un soggetto "che non ne sia l'autore" di un estratto di un'opera con la precisa finalità di illustrare o difendere una propria affermazione od opinione o, in alternativa, al fine di sollecitare un confronto tra l'opera citata e la propria.²¹² Ciò considerato, dunque, se un soggetto intende avvalersi dell'eccezione per citazione: "deve avere l'obiettivo di interagire con l'opera stessa".²¹³

Nel contesto del *sampling*, dunque, rileva ancora una volta - e preliminarmente - la riconoscibilità dell'opera originaria.²¹⁴ Qualora infatti questa sia riconoscibile e l'utilizzo campionato "abbia l'obiettivo di interagire con l'opera da cui il campione è stato prelevato", può ammettersi la configurazione di una citazione.²¹⁵ Diversamente, non

²¹¹ Nello stesso senso si è espressa anche nella sentenza Spiegel Online dove espresso richiamo è fatto alla sentenza resa nel caso C-145/10, Painer.

²¹² Sentenza del 29 luglio 2019, nel caso C-476/17, Pelham, para. 70.

²¹³ Sentenza del 29 luglio 2019, nel caso C-476/17, Pelham, para. 71, conferma quando sostenuto dall'Avvocato Generale M. Szpunar, conclusioni del 12 dicembre 2018, para. 64. Tuttavia, l'Avvocato Generale, pur condividendo la necessità che vi sia un ideale dialogo tra l'opera citata e l'opera citante, espressamente esclude che un tale rapporto possa ravvisarsi nella prassi del *remix* e del *sampling*, para. 67: «L'obiettivo del *sampling* non è di instaurare un dialogo, né di confrontarsi con le opere utilizzate, né di rendere loro omaggio. Nella tecnica del *sampling*, gli estratti prelevati da altri fonogrammi servono da materie prime e si fondono nelle nuove opere per formare parti integranti e non riconoscibili. Inoltre, tali estratti sono spesso alterati e mixati cosicché perdono tutta la loro originaria integrità. Non si tratta dunque di una forma di interazione bensì di una forma di appropriazione».

²¹⁴ B.J. JÜTTE – J. QUINTAIS, *Advocate General Turns down the Music – Sampling Is Not a Fundamental Right under EU Copyright Law*, European Intellectual Property Review, 2019, con riferimento alla posizione assunta dall'Avvocato Generale M. Szpunar, poi confermata dalla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, contestano l'applicabilità di un tale criterio ermeneutico ed applicativo, ritenendo che sia impossibile immaginare un test di riconoscibilità oggettivo. L'interpretazione restrittiva dell'eccezione che discenderebbe dall'applicazione di questo criterio è, poi, secondo gli autori, ingiustificatamente limitante e in spregio ai diritti fondamentali invece considerati nei procedimenti Painer e Deckmyn.

²¹⁵ Sentenza del 29 luglio 2019, nel caso C-476/17, Pelham, para. 72.

può esservi un'interazione, e dunque citazione, qualora l'opera originaria non sia identificabile.²¹⁶

Ebbene, come visto, la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha interpretato restrittivamente l'eccezione per citazione e limitato la sua applicabilità a contesti e regole ben determinate.

Per questo deve dubitarsi della possibilità di applicare l'eccezione in questione come strumento generale di regolazione del rapporto tra opere originarie e UAC.

Da un lato, perché questi ultimi sono una realtà troppo variegata per poter rispondere sempre a tutte le rigide condizioni fissate dalla giurisprudenza per l'applicazione di un'eccezione al diritto d'autore pensata come garanzia ad altri interessi.²¹⁷

Dall'altro, gli UAC non si limitano sempre a riprendere parti di opere preesistenti, ma spesso elaborano integralmente un contenuto autoriale originario.²¹⁸

Infine, non sempre è possibile individuare quel dialogo tra opere e messaggi che la Corte ha ravvisato come essenziale perché l'eccezione per citazione possa sussistere ed essere esercitata.²¹⁹

Dunque, a questo stadio è necessario procedere oltre e cercare un altro strumento eventualmente utile, come l'altra eccezione spesso invocata nel contesto degli UAC, ovvero l'eccezione per parodia.

²¹⁶ Sentenza del 29 luglio 2019, nel caso C-476/17, Pelham, para. 73. La Corte di giustizia dell'Unione Europea esclude l'ammissibilità di una soglia *de minimis* confermando la posizione dell'Avvocato Generale M. Spuznar che aveva espresso perplessità circa l'opportunità di introdurre un tale limite in considerazione della difficoltà pratica e dell'incertezza che deriverebbe dall'applicazione nazionale di tale regola.

²¹⁷ V.L. BENABOU, *op.cit.*, 2014, p.52.

²¹⁸ L. MARINO, *Des exceptions au droit d'auteur au secours des humanités numériques?*, in *Propriété littéraire et artistique et humanités numériques*, A. BENSAMOUN – A. LATIL, Mare & Martin, 2015, p.71.

²¹⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Spuznar del 12 dicembre 2018 nel caso C-476/17, Pelham, para. 66 e ss.

4.2. *Caricatura, parodia o pastiche*

L'altra eccezione spesso invocata come possibile strumento di regolazione degli UAC è quella prevista dall'articolo 5, paragrafo 3, lettera k), della Direttiva InfoSoc, per caricatura, parodia o *pastiche*.²²⁰

La Corte di giustizia dell'Unione Europea è intervenuta sull'interpretazione di questa disposizione nel caso c.d. Deckmyn (C-201/13) in occasione del quale ha fissato una serie di importanti principi.²²¹

Il fatto da cui trae origine il procedimento consiste nella diffusione di calendari, da parte del signor Deckmyn, esponente politico, contenenti una parodia di una vignetta creata dal ricorrente.²²²

Preliminare alla decisione circa l'applicabilità dell'eccezione per parodia è, nel ragionamento della Corte, la sua definizione. Ciò in quanto questa non è fornita dalla Direttiva InfoSoc e, pertanto, come nei casi summenzionati, la Corte ritiene di dover attingere al significato invalso nella prassi, dovendosi individuare una nozione autonoma del diritto dell'Unione Europea che possa garantire il perseguimento degli obiettivi posti dalla normativa in cui è inserito.²²³

²²⁰ J.P. TRIAILLE – S. DUSOLLIER – S. DEPREEUW – J.B. HUBIN – A. FRANQUEN, *op.cit.*, 2013, p.475.

²²¹ Sentenza del 3 settembre 2014, nella causa C-201/13, Jozhan Deckmyn.

²²² Sentenza del 3 settembre 2014, nella causa C-201/13, Jozhan Deckmyn, para. 9. Il disegno originario era stato pubblicato sulla copertina del fumetto *Suske en Wiske* intitolato “*De Wilde Weldoener*”, realizzato nel 1961 dal sig. Vandersteen. Questo disegno rappresentava uno dei personaggi del fumetto, vestito di bianco e nell'atto di gettare monete ad alcune persone. Nel disegno contestato, questo personaggio è stato sostituito dal sindaco della città di Gand che getterebbe le monete a persone che indossano un velo o sono di diverse etnie.

²²³ Sentenza del 3 settembre 2014, nella causa C-201/13, Jozhan Deckmyn, para. 17-23, sulla necessità di preservare anche l'effetto utile della disposizione. Si fa riferimento a tal proposito anche alla precedente giurisprudenza della Corte a partire dalla sentenza FAPL, C-403/08 e C-429/08.

Dunque, nella ricostruzione offerta dalla Corte, il significato abituale che il termine “parodia” ha assunto nel linguaggio corrente sarebbe pacifico, ovvero, starebbe ad indicare un’opera le cui caratteristiche essenziali consisterebbero nella capacità di evocare un’opera preesistente - pur differenziandosene percettibilmente - e, ancora, nella sua natura umoristica e canzonatoria.²²⁴

Assunta questa definizione, la Corte sottolinea altresì la necessità, imposta dalla stessa Direttiva InfoSoc, di mantenere un giusto equilibrio tra i diritti ed interessi degli autori e quelli degli utenti, ed in particolare, la loro libertà di espressione.²²⁵ Per l’effetto, l’applicazione dell’eccezione per parodia deve preservare comunque l’interesse dell’utente ad esprimere una propria opinione che non può essere pregiudicato.²²⁶

Tuttavia, prosegue la Corte, perché ciò si verifichi, l’applicazione dell’eccezione deve essere calata nel caso di specie, tenuto conto di tutte le circostanze che lo caratterizzano. Ed in particolare, per quanto attiene alla vignetta oggetto della controversia, la Corte sottolinea che la trasmissione di messaggi discriminatori - quali quelli veicolati dalla versione parodistica - priverebbe di legittimità la parodia realizzata sia perché sarebbe in violazione del principio di uguaglianza e non discriminazione sancito dall’articolo 21, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, sia perché sarebbe anche legittimo l’interesse dell’autore originario dell’opera parodiata a non essere associato ad un tale messaggio che non condivide nello spirito.²²⁷

²²⁴ Sentenza del 3 settembre 2014, nella causa C-201/13, Jozhan Deckmyn, para. 20, conferma e richiama le affermazioni espresse dall’Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón, para. 48 delle sue conclusioni del 22 maggio 2014.

²²⁵ Direttiva 2001/29/CE, cons. 3 e 31.

²²⁶ Sentenza del 3 settembre 2014, nella causa C-201/13, Jozhan Deckmyn, para. 27.

²²⁷ Sentenza del 3 settembre 2014, nella causa C-201/13, Jozhan Deckmyn, para. 30-31.

Alla luce dell'espressione di un tale principio, sembrerebbe dunque che il bilanciamento tra diritti, per cui le eccezioni al diritto d'autore costituiscono un campo di battaglia privilegiato, sia particolarmente rilevante non solo nella fase di ideazione delle eccezioni da parte degli Stati, ma anche nella loro fase di applicazione ed esercizio.²²⁸

Ciò è particolarmente evidente in tale pronuncia dove non è considerata solo la rilevanza degli interessi direttamente coinvolti, ovvero la libertà di espressione ed il diritto di proprietà, ma anche la posizione di soggetti terzi che sarebbero eventualmente lesi nelle proprie posizioni soggettive dal messaggio convogliato tramite l'esercizio della libertà di espressione del singolo.²²⁹

Tale tendenza a considerare la rilevanza degli interessi di tutti i soggetti coinvolti non sembra però essere stata confermata dalla più recente giurisprudenza della Corte menzionata nel paragrafo precedente, e ciò è forse dovuto al particolare valore comunicativo che si riconosce alla parodia - piuttosto che alla semplice citazione - alla sua origine risalente e alla circostanza che il parodista sveli comunque l'esercizio di una forma di creatività, sebbene applicata ad un'opera preesistente.²³⁰

²²⁸ J. GRIFFITHS, *op.cit.*, 2019, ritiene che la necessità di individuare il giusto equilibrio tra diritti confliggenti abbia facilitato l'individuazione di regole efficienti in un'area di incompleta armonizzazione.

²²⁹ J. CABAY – M. LAMBRECHT, *op.cit.*, 2015, p.371, ritengono che la Corte di giustizia dell'Unione Europea abbia dato rilevanza a questi fattori non potendo ricorrere ad altri strumenti, quali, soprattutto, i diritti morali.

Sul tema dei diritti morali, *infra*, para. 5.

²³⁰ A. LAI, *The right to parody*, Cambridge University Press, 2019, p.11, per cui la parodia è esercizio del diritto fondamentale alla libertà di espressione. L'autrice ricostruisce la storia del pensiero filosofico relativo alla libertà di espressione dall'antica Grecia alle teorie di Milton e Locke senza tralasciare Kant. Interessante è anche la teoria economica avanzata da R.A. POSNER, *Free Speech in an Economic Perspective*, Suffolk University Law Review, 20, 1986, pp.1-53, che si pone come alternativa alla prospettiva di diritto naturale proposta. Questo autore propone una formula per valutare il costo della regolazione contraria alla parodia basata su due elementi: la c.d. "social loss" derivante dalla censura di informazione rilevante, e l'errore derivante dalla discriminazione tra l'informazione che la collettività desidera e quella di cui non ha bisogno. C. GEIGER, *op.cit.*, 2018, p.18, sulla mancanza di una esplicita previsione a favore della parodia nella Convenzione di Berna, ipotizza che

Tuttavia, la portata di questa pronuncia, e soprattutto la reale rilevanza dell'eccezione di parodia nel diritto dell'Unione Europea, è molto limitata dalla circostanza che questa - non essendo obbligatoria - non è prevista da tutti gli Stati membri.²³¹

Dunque, l'effetto della pronuncia può essere valutato solo rispetto agli ordinamenti che la prevedono e che, in realtà, fanno spesso una distinzione - anche negli effetti della norma - tra parodia sull'opera o parodia tramite l'opera.²³² Tuttavia, in ragione della scelta relativa alla necessità di elaborare una nozione autonoma della parodia ai fini del diritto d'autore europeo, l'interpretazione resa dalla Corte è stata tanto ampia da poter trascendere le tradizionali categorizzazioni e poter includere sia creazioni trasformative in senso stretto che semplici usi trasformativi.

questa non possa rientrare tra le modifiche previste dall'art. 2, para. 3, soggette all'autorizzazione dell'autore. Diversamente, dovrebbe ammettersi che la Convenzione abbia trascurato uno storico ed accettato uso trasformativo e questo: «cannot be in the spirit of the Berne Convention to submit widely accepted and permitted uses such as parodies to the authorization of the initial author» anche in considerazione delle altre obbligazioni internazionali contratte dai Paesi firmatari la Convenzione. Nello stesso senso, anche S. RICKETSON – J.C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights*, Oxford University Press, 2006, p.484; P. GOLDSTEIN – P.B. HUGENHOLTZ, *International Copyright, Principles, Law, and Practice*, Oxford University Press, 2013, p.393.

²³¹ V.L. BENABOU, *op.cit.*, 2014, p.54.

²³² K. ERICKSON – M. KRETSCHMER, “*This Video is Unavailable*”: *Analyzing Copyright Takedown of User-Generated Content on YouTube*, JIPITEC, 9, 2018, p.4. A. LAI, *op.cit.*, 2019, p.35, ed in particolare le c.d. “*target parodies*”, ovvero le parodie sull'opera o con riferimento al suo artista al fine di farlo apparire ridicolo. Oppure le c.d. “*weapon parodies*” in cui la critica è mossa verso qualcosa di esterno all'opera parodiata. Anche, E. ENRICH, *Transformation de l'oeuvres préexistantes: comics, remakes, parodies et biopics*, Gazette du Palais, 129, 2004, p.42; P.X. CHOMIAC DE SAS, *L'exception de parodie pour les dérision numériques d'œuvres préexistantes*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 131, 2016; G. COLANGELO, *La proprietà delle idee*, Il Mulino, 2015, p.114; O. PIGNATARI, *L'exception de parodie*, Juris art, 25, 2015, p.37.

D'altra parte, la *ratio* storica della previsione di una tale eccezione starebbe nell'impossibilità per il parodista di ottenere l'autorizzazione ad utilizzare l'opera da parte dell'autore originario.²³³

Tuttavia, la realtà sembra smentire questo assunto, ed in particolare, l'evidenza empirica è di senso opposto, per esempio solo una minima percentuale di video parodistici è oggetto di istanza di rimozione su YouTube.²³⁴

Questa tolleranza, dunque, svelerebbe che gli autori non sono preoccupati dall'attività parodistica se non in circostanze particolari (come d'altra parte è stato nel caso Deckmyn in cui contenuto razziale della parodia ha avuto rilevanza assoluta sia nella decisione della Corte che nel merito della fattispecie) e che, al contempo, non sembrano neppure preoccuparsi di eventuali danni reputazionali che la parodia potrebbe loro arrecare.²³⁵

²³³ Al contrario, la dottrina classica, ed in particolare R.A. POSNER, *When is parody fair use*, J. Leg. Stud, 21, 1992, pp.67-69, ritiene che l'eccezione di parodia dovrebbe essere applicata solo nelle ipotesi di "target parody". Infatti, essendo la parodia una forma efficace di critica, dal momento che gli autori non amano essere criticati, chiederebbero prezzi particolarmente alti per dare in licenza le proprie opere e per questo motivo deve essere *fair use*. La dottrina più recente, invece, tra cui soprattutto A. LAI, *op.cit.*, 2019, p.49, contesta l'assunto di Posner in quanto c'è "market evidence" del fatto che titolari dei diritti non siano necessariamente contrari alle parodie sulle proprie opere.

²³⁴ K. ERICKSON - A. VARINI - M. KRETSCHMER - H. HASSANI, *The reasons for copyright takedown on YouTube, and what they tell us about copyright exceptions*, EUROCPD Conference, Brussels, 24-25 March 2014, p.13.

²³⁵ *Id.*, p.22: «This somewhat contradicts the expectation, (...), that widespread parody threatens the integrity of works and therefore the moral rights of creators. Even the most vicious and critical parodies were taken down less frequently than those approaching karaoke performances, suggesting that rightsholders are more concerned with direct copying and with commercial licensing than with reputational harm». Né si può trascurare l'esistenza di un possibile conflitto tra diritti morali e l'eccezione per parodia. In particolare, il diritto all'integrità dell'opera è posto a presidio dell'onore e della reputazione dell'autore e può legittimare un suo intervento in difesa di tali rilevanti interessi.

4.3. Considerazioni sull'applicabilità delle eccezioni della Direttiva 2001/29/CE agli UAC

Dunque, alla luce della giurisprudenza appena esaminata, che al momento costituisce lo strumento interpretativo privilegiato per le eccezioni al diritto d'autore definite dalla Commissione europea come particolarmente calzanti per la tutela degli UAC, non sembra possibile trarre una conclusione rassicurante, anche in considerazione dell'incertezza che affiora da una lettura sistematica delle pronunce sopra citate.

Quanto al contenuto delle norme, la giurisprudenza ha svelato, rispetto all'eccezione per citazione, un'intenzione particolarmente rigorosa che tende a limitare l'ambito di applicazione dell'eccezione. Rispetto all'eccezione per parodia, invece, si deve rilevare una tendenza opposta, sebbene la necessaria presenza di "differenze sostanziali" tra l'opera parodiata e quella parodistica tenderebbe ad escludere dal beneficio dell'eccezione una forma molto comune di UAC umoristici quali i c.d. "meme" che fondano invece la propria ragion d'essere proprio nella riproduzione fedele di immagini e nella sola inversione del piano comunicativo.²³⁶ Tale diverso approccio rende dunque difficile comprendere quali possano essere gli effetti delle eccezioni qualora fossero applicate ad un contesto tanto variegato come quello degli UAC in cui, date queste limitazioni concettuali, rimarrebbe comunque necessario procedere secondo un metodo casistico.²³⁷

²³⁶ Sul punto cfr. G. BONETTO, *Internet memes as derivative works: copyright issues under EU law*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 13, 12, 2018, p.993. Lo stesso autore fornisce una chiara ed approfondita definizione di "meme", ovvero macro di fotografie celebri cui è sovrainpressa una frase od una parola che suscita ilarità, con intento umoristico. Nella forma più comune, la frase può essere inserita in box neri posti all'estremità superiore ed inferiore dell'immagine.

²³⁷ J. CABAY – M. LAMBRECHT, *op.cit.*, 2015, p.377: «*Not only does it appear that there is little room for many emerging practices, but it is often excessively difficult to exercise even the more traditional practices of quotation or parody without incurring legal hazard*».

Ma una riflessione più generale merita forse il sistema delle eccezioni al diritto d'autore in sé considerato come previsto dalla Direttiva InfoSoc.

Innanzitutto, la natura non obbligatoria dell'elencazione dell'articolo 5 ha determinato una certa mancanza di armonizzazione ed evidente frammentarietà. Dunque, sembrerebbe che la Corte di giustizia dell'Unione Europea abbia dovuto assumere un particolare ruolo, ovvero cercare di colmare in via interpretativa i vuoti della normazione col fine di tendere verso una soglia superiore di armonizzazione tramite il ricorso al criterio delle nozioni autonome²³⁸ ed alle libertà fondamentali previste dalla Carta di Nizza.²³⁹ Queste ultime, ben potrebbero costituire un mezzo efficace per ravvicinare le discipline presenti nei diversi ordinamenti e realizzare davvero un mercato unico,

²³⁸ Sull'uso che la Corte di giustizia dell'Unione Europea fa delle "nozioni autonome" nel diritto d'autore europeo, cfr. I. STAMATOUDI – P. TORREMANS, *EU copyright Law, A Commentary*, (ed.), Elgar Commentaries, Edward Elgar, 2014. In tema anche B.J. JÜTTE, *Reconstructing European Copyright Law for the Digital Single Market. Between Old Paradigms and Digital Challenges*, Luxembourg Legal Studies, Hart Publishing, Nomos, 10, 2017, p.211. Sull'opportunità di sviluppare un impianto definitorio e concettuale unitario per il diritto d'autore europeo, anche: C. SGANGA – S. SCALZINI, *From Abuse of Right to European Copyright Misuse: A New Doctrine for EU Copyright Law*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, 48, 4, 2017, p.431.

²³⁹ J. GRIFFITHS, *The role of the Court of Justice in the development of European Union copyright law*, in *EU copyright Law, A Commentary*, I. STAMATOUDI – P. TORREMANS (ed.), Elgar Commentaries, Edward Elgar, 2014, p.1128, sostiene che la funzione della Corte di giustizia dell'Unione Europea è ormai quella di riempire vuoti normativi con l'effetto di innalzare il livello di armonizzazione. Con le sue pronunce, infatti, sta riempiendo spazi sempre più ampi sebbene ciò non sia sufficiente in ragione dei problemi strutturali che coinvolgono il sistema, quali, in particolare: (i) il principio di territorialità; (ii) la necessità di creare un "unitary copyright title"; (iii) la necessità di armonizzazione le norme contrattuali; (iv) la limitatezza delle eccezioni che al contempo non sono obbligatorie. Nello stesso senso, anche C. GEIGER, *The Role of the Court of Justice of the European Union: Harmonizing, Creating and sometimes Disrupting Copyright Law in the European Union*, in *New Developments in EU and International Copyright Law*, I.A. STAMATOUDI (ed.), Wolters Kluwer, 2016, p.439.

ma sembrerebbe che la Corte di giustizia dell'Unione Europea rischi così di spingersi un po' oltre la volontà del legislatore.²⁴⁰

E le criticità non sono certo esaurite. L'elencazione dell'articolo 5, pur non essendo obbligatoria, come detto, è comunque esaustiva, essendo negata agli Stati membri la possibilità di prevedere ulteriori eccezioni al diritto d'autore.²⁴¹

Al contempo, poi, le norme in questione, in quanto speciali, devono essere sottoposte ad interpretazione restrittiva.²⁴² Tale interpretazione deve però preservare il loro effetto utile²⁴³ e, secondo la più recente

²⁴⁰ R.M. HILTY. - K. KOKLU, *Limitations and Exceptions to Copyright in the Digital Age. Four Cornerstones for a Future-Proof Legal Frameworks in the EU*, in *New Developments in EU and International Copyright Law*, I.A. STAMATOUDI (ed.), Wolters Kluwer, 2016, p.286, ritengono che l'ambizione di costruire un mercato unico digitale si scontri con una realtà in cui il mercato europeo delle opere tutelate è frammentato in ragione del principio di territorialità. Per questo sarebbe auspicabile l'introduzione in Unione Europea, e anche a livello internazionale, di uno standard comune e chiaro per limitazioni ed eccezioni lasciando agli Stati nazionali solo la discrezionalità per istituire standard più elevati sul sostrato comune. Nello stesso senso anche S. VON LEWINSKI, *Les exceptions au droit d'auteur*, in *La réforme du droit d'auteur dans la société de l'information*, A. BENSAMOUN (ed.), Mare & Martin, 2018, p.136, per cui la mancata armonizzazione delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore costituisce un serio ostacolo alla libera circolazione dei beni culturali nel mercato unico. G. MAZZIOTTI, *op.cit.*, 2013, p.73, da atto dell'impossibilità di raggiungere un accordo in fase di negoziazione della Direttiva 2001/29/CE circa gli atti e gli usi che dovessero essere oggetto di eccezioni al diritto d'autore soprattutto in ragione delle diverse tradizioni giuridiche e culturali.

²⁴¹ Sentenza del 29 luglio 2019, nella causa C-476/17, Pelham, para. 58. Nello stesso senso anche le sentenze rese nei casi C-301/15 Soulier e C-161/17 Renckhoff.

²⁴² C. GEIGER – F. SCHONHERR – I. STAMATOUDI – P. TORREMANS, *op.cit.*, 2014, p.450, rilevano che nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, i diritti sono la regola di cui le eccezioni costituiscono una deroga. Di conseguenza, i diritti saranno interpretati estensivamente e le eccezioni limitatamente secondo la "right-owner perspective". B.J. JÜTTE, *Reconstructing European Copyright Law for the Digital Single Market. Between Old Paradigms and Digital Challenges*, Luxembourg Legal Studies, Hart Publishing, Nomos, 10, 2017, pp.276-283, rileva che il cons. 44 della Direttiva 2001/29/UE nega la possibilità di procedere ad una interpretazione estensiva delle eccezioni di cui all'art. 5 sottoponendo invece la loro interpretazione al rispetto del c.d. *three-step test* che anzi, giustifica una interpretazione restrittiva delle eccezioni in ambiente digitale. A ciò si aggiunga poi che lo stesso linguaggio utilizzato dall'art. 5 imporrebbe una interpretazione letterale della norma non prestandosi ad ambiguità.

²⁴³ C. GEIGER – F. SCHONHERR – I. STAMATOUDI – P. TORREMANS, *op.cit.*, 2014, p.448, menzionano la sentenza resa nel caso C-5/08, Infopaq, ai sensi della quale il c.d. *three-step test* non deve limitare ulteriormente lo scopo delle eccezioni previste

tendenza svelata dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, tale procedimento ermeneutico deve mirare anche a salvaguardare i diritti e le libertà fondamentali previsti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, per il tramite un costante bilanciamento tra interessi contrapposti.²⁴⁴

Infine, si vuole evidenziare anche una circostanza che assume particolare rilievo nella riflessione che si sta svolgendo circa l'individuazione di un *optimum* regolatorio per gli UAC, ovvero l'incertezza circa il valore che le eccezioni hanno in fase di *enforcement*, in altre parole, se queste siano diritti, privilegi o difese.²⁴⁵ Infatti, diverso è il livello di tutela, soprattutto giudiziale, a seconda che le eccezioni al diritto d'autore possano essere qualificate quali diritti o mere difese.²⁴⁶ Qualora siano diritti, gli utenti possono agire direttamente contro il titolare del diritto d'autore che valichi il confine fissato dall'eccezione. Diversamente, gli utenti potranno solo opporre in senso negativo la propria istanza avverso usi abusivi, non essendo autonomamente "*enforceable*".

Non appare dunque del tutto convincente la possibilità - e l'opportunità - di ricorrere alle esistenti eccezioni previste dalla Direttiva InfoSoc ed

dalla Direttiva 2001/29/CE. Infatti, la Corte, nella sentenza resa nel caso C-403/08, FAPL, ha statuito che l'interpretazione di queste norme deve consentire l'effettività delle eccezioni previste ed il raggiungimento del loro scopo all'esito di un'attività di bilanciamento tra tutti gli interessi coinvolti. Nello stesso senso, J. GRIFFITHS, *op.cit.*, 2014, p.1115.

²⁴⁴ Grande Sezione, Sentenza del 29 luglio 2019, nella causa C-469/17, Funke Medien NRW GmbH contro Bundesrepublik Deutschland, dispositivo della sentenza: «*Il giudice nazionale, nell'ambito del bilanciamento che è tenuto ad effettuare, tenuto conto dell'insieme delle circostanze del caso concreto, tra i diritti esclusivi dell'autore (...), e i diritti degli utenti di materiali protetti previsti dalle disposizioni derogatorie dell'art. 5, (...), di tale direttiva, dall'altro, deve fondarsi su un'interpretazione di dette disposizioni che, pur rispettando la loro formulazione e preservando il loro effetto utile, sia pienamente conforme ai diritti fondamentali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.*

²⁴⁵ G. MAZZIOTTI, *op.cit.*, 2013, p.74, rileva anche la persistente incertezza circa la derogabilità o rinunciabilità delle eccezioni per via contrattuale.

²⁴⁶ In questo senso, anche P. CHAPDELAINE, *op.cit.*, 2017. p.45.

applicarle al fenomeno degli UAC. Questi infatti non sempre hanno intento parodistico, ma ben più comunemente potrebbero avere quell'elemento soggettivo - relativo alla volontà di istaurare un rapporto con l'opera preesistente - che secondo la Corte è elemento essenziale per beneficiare dell'eccezione per citazione (sebbene potrebbe essere poi difficilmente rispettata la norma sull'indicazione della fonte). Ad ogni buon conto, la Corte ha anche escluso l'applicabilità dell'articolo 5, paragrafo 3, lettera d) all'ipotesi del *remix*,²⁴⁷ nel caso in cui l'opera originaria non sia evidentemente riconoscibile, cosa che non sempre può sussistere nella infinita varietà della creatività UGC.

5. Il possibile conflitto con i diritti morali

Prima di passare ad analizzare le soluzioni adottate dagli altri ordinamenti e, infine, quella del legislatore europeo in sede di riforma, si ritiene importante sottolineare un aspetto spesso taciuto o sottovalutato nella discussione che ha avuto ad oggetto la tematica degli UAC, ovvero la loro interazione con i diritti morali degli autori ed in particolare, rispetto al diritto alla paternità e all'integrità dell'opera.²⁴⁸ Il primo è il diritto dell'autore di essere citato come tale, il secondo, è il diritto dell'autore di opporsi a modifiche che possano essere pregiudizievoli per il suo onore e la sua reputazione.²⁴⁹

²⁴⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 29 luglio 2019, nel caso C-476/17, Pelham.

²⁴⁸ K. ERICKSON, *User illusion: ideological construction of "User-Generated Content" in the EC consultation on copyright*, Internet Policy Review, 3, 4, 2014.

²⁴⁹ Convenzione di Berna, art. 6-bis: «1) *Indipendentemente dai diritti patrimoniali d'autore, ed anche dopo la cessione di detti diritti, l'autore conserva il diritto di rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi ad ogni deformazione, mutilazione od altra modificazione, come anche ad ogni altro atto a danno dell'opera stessa, che rechi pregiudizio al suo onore od alla sua reputazione.* 2) *I diritti riconosciuti all'autore in forza dell'alinea precedente sono, dopo la sua morte, mantenuti almeno fino all'estinzione dei diritti patrimoniali ed esercitati dalle persone o istituzioni a tal*

Rispetto ai diritti morali, le considerazioni su cui soffermarsi sono essenzialmente due.

In primo luogo, i diritti morali non sono armonizzati nell'Unione Europea, non essendo stati oggetto della Direttiva InfoSoc²⁵⁰ né dei lavori della Commissione per l'ammodernamento del diritto d'autore, come brevemente riassunti all'inizio di questo Capitolo.²⁵¹

In secondo luogo, essendo i diritti morali irrinunciabili, intrasferibili ed imprescrittibili,²⁵² la loro tutelabilità potrebbe causare, in concreto, il

fine legittimate dalla legislazione nazionale del Paese in cui la protezione è richiesta. Tuttavia, i Paesi la cui legislazione, in vigore al momento della ratifica del presente Atto o dell'adesione ad esso, non contiene disposizioni assicuranti la protezione, dopo la morte dell'autore, di tutti i diritti a lui riconosciuti in forza dell'alinea precedente, hanno la facoltà di stabilire che taluni di questi diritti non siano mantenuti dopo la morte dell'autore. 3) I mezzi di ricorso per la tutela dei diritti di cui al presente art. sono regolati dalla legislazione del Paese dove la protezione è richiesta». In tema, IViR, op.cit., 2008, p.189.

²⁵⁰ Direttiva 2001/29/CE, cons. 19: «I diritti morali dei titolari dei diritti devono essere esercitati in base al diritto degli Stati membri nel rispetto delle disposizioni della convenzione di Berna, sulla protezione delle opere letterarie e artistiche, del trattato WIPO sul diritto d'autore e del trattato WIPO sulle interpretazioni, le esecuzioni e i fonogrammi. Detti diritti morali non rientrano pertanto nel campo di applicazione della presente direttiva». B.J. JÜTTE, op.cit., 2014, rilevata la mancanza di armonizzazione in materia di diritti morali sottolinea come questi rivestano un ruolo importante con riferimento alle opere derivate e agli UAC in quanto il diritto all'integrità dell'opera può avere un effetto maggiore della stessa volontà contrattuale.

²⁵¹ L. GUIBAULT – G. WESTKAMP – B. HUGENHOLTZ – M. VAN EECHOU – N. HELBERGER – L. STEIJGER – M. ROSSINI – N. DUFFT – P. BOHN, *Study On The Implementation And Effect In Member States' Laws Of Directive 2001/29/EC On The Harmonisation Of Certain Aspects Of Copyright And Related Rights In The Information Society, Final Report*, IViR, February 2007, p.183, sottolineano come i lavori della Commissione europea siano concentrati tutti su aspetti economici mentre sono stati del tutto ignorati temi importanti come la titolarità e le norme sull'attribuzione, nonché i diritti morali. In generale, ciò svelerebbe che l'armonizzazione dei diritti economici è più pressante dal punto di vista del mercato unico digitale rispetto ad una seria armonizzazione di tutto il sistema di diritto d'autore.

²⁵² Tradizionalmente i diritti riconosciuti agli autori sono di natura morale e patrimoniale. I primi riguardano i risvolti più personali della creazione, ovvero l'onore e la reputazione dell'autore, i secondi invece consentono all'autore di sfruttare economicamente la propria creazione. Da tale distinzione, sono tradizionalmente sorte due teorie circa la natura del diritto d'autore. Secondo la concezione monistica, il diritto d'autore deve essere considerato un unico diritto esercitabile tramite facoltà di natura personale e patrimoniale. Al contrario, la concezione dualistica dà risalto alla componente personale della creazione come fattore unificante di due diritti che rimangono distinti: il diritto morale ed il diritto patrimoniale. A. POJAGHI - G. JARACH,

fallimento di qualsiasi proposta di regolazione che non comprenda un serio ripensamento della loro disciplina, cosa che, al momento sembra del tutto impensabile.²⁵³

Se secondo alcuni, l'applicabilità di un'eccezione al diritto d'autore escluderebbe *in nuce* l'esercizio dei diritti morali in quanto frutto di un preventivo bilanciamento di interessi effettuato in maniera generalizzata dal legislatore,²⁵⁴ lo stesso effetto non sarebbe nemmeno astrattamente garantito in un sistema fondato sull'accordo delle parti quale il modello suggerito dalla Commissione ed ipotizzato nel progetto "Licenses for Europe" e poi di fatto posto in essere con la Direttiva

Manuale del diritto d'autore, Mursia, 2011, p.23: «D'altra parte i sostenitori della teoria monistica sono a loro volta divisi; perché alcuni di essi ritengono che il diritto d'autore sia un diritto della personalità, mentre altri lo definiscono come un diritto personale-patrimoniale ponendo l'accento sulla diversa natura delle facoltà riconosciute all'autore. Divisi sono, infine, i sostenitori della tesi dualistica, alcuni dei quali considerano il diritto patrimoniale come un diritto di proprietà, altri come un diritto assoluto più o meno affine ai diritti reali, altri ancora come un diritto di monopolio o di clientela; un gruppo di studiosi ha tentato infine di inquadarlo tra i diritti del lavoro». Anche, L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, 2016, p.1512. Inoltre, il regime dei diritti morali d'autore è incentrato su una disciplina affine ai diritti della personalità essendo, come questi, inalienabili, irrinunciabili ed azionabili senza limiti di tempo, persino *post mortem*. Sul punto, M. FABIANI, *Diritto d'autore e diritti degli artisti, interpreti ed esecutori*, Giuffrè, 2004: «Le facoltà inerenti la tutela del diritto morale restano riservate all'autore anche dopo la cessione dei diritti patrimoniali sull'opera. La permanenza in favore dell'autore di tali facoltà si giustifica per il collegamento che sempre persiste tra l'autore e il risultato della sua attività creativa, collegamento che la volontà contrattuale non può spezzare». *Contra*, M. BERTANI, *Arbitrabilità delle controversie sui diritti d'autore*, AIDA, 15, 1, 2006, pp.23-54.

²⁵³ T. SCASSA, *Acknowledging Copyright's illegitimate Offspring: User-Generated Content and Canadian Copyright Law in The Copyright Pentalogy. How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian*, M. GEIST (ed.), University of Ottawa, 2013, p.443: «If moral rights provisions continue to apply, then an author might well object to UGC on the basis that it violates her moral rights». B.J. JÜTTE, *op.cit.*, 2014, rileva come sia difficile, se non impossibile, che i singoli provvedano a verificare la disciplina del diritto all'integrità dell'opera vigente in tutti i Paesi dell'Unione Europea per poter pubblicare il proprio UAC. E, ancora, sottolinea come gli autori potrebbero abusare di tale diritto anche al di là di eccezioni al diritto d'autore applicabili al caso di specie.

²⁵⁴ In questo senso, A. LAI, *op.cit.*, 2019, p.33: «the right to parody is a natural right in the copyright context».

MUD.²⁵⁵ Infatti, il diritto morale all'integrità dell'opera, che è quello che nel contesto degli UAC maggiormente rileva, è indipendente dal diritto di adattamento. Per l'effetto, la concessione di una licenza per la creazione di un'opera derivata non pregiudicherebbe l'esercizio del diritto morale all'integrità dell'opera se l'opera derivata, sebbene autorizzata, sia comunque ritenuta pregiudizievole dall'autore originario.²⁵⁶

Altre criticità solleva anche il diritto alla paternità dell'opera, certamente con riferimento al titolare dei diritti sull'opera originaria, ma in questo contesto, soprattutto con riferimento all'autore dell'opera derivata, dell'UAC. D'altra parte, questi contenuti, non essendo generalmente mossi da intento lucrativo, sono in realtà spinti da un desiderio di riconoscimento morale molto forte.²⁵⁷

Se infatti nella teoria del diritto la distinzione tra ricompensa economica e morale è particolarmente netta, lo stesso non può dirsi con riferimento al fenomeno qui in oggetto dove coesistono diverse norme sociali relative all'attribuzione di opera dell'ingegno per cui in diversi contesti differenti sono anche i criteri di attribuzione e l'importanza del riconoscimento morale piuttosto che economico.²⁵⁸

²⁵⁵ B.J. JÜTTE, *op.cit.*, 2014, p.187, espressamente afferma che l'attuale assetto della disciplina dei diritti morali costituisce un ostacolo ad una efficace regolazione degli UGC.

²⁵⁶ S. VON LEWINSKI, *op.cit.*, 2008, p.144. Nello stesso senso anche V.L. BENABOU, *op.cit.*, 2014, p.43 ss. evidenzia l'esistenza di uno scontro diretto tra l'opera trasformativa ed il diritto all'integrità dell'opera che, comunque ha natura difensiva e non può essere una prerogativa oggetto di autorizzazione preventiva.

²⁵⁷ N. ELKIN-KOREN, *op.cit.*, 2011, p.17: «*The evolvement of attribution as a requirement in the licenses offered by the Open Content Movement shows that attribution is an important component of social motivation. (...) Legal policies that aim at promoting social motivation should therefore secure a right of authors/users to receive reasonable credit in contribution to social production*».

²⁵⁸ R. TUSHNET, *Payment In Credit: Copyright Law And Subcultural Creativity*, *Law & Contemp.Probs*, 10, 70, Spring 2007, p.143, riprende la teoria della proprietà elaborate da Locke ritenendo che possa essere dimostrata proprio dalla prassi degli UAC. Infatti, sembrerebbe che l'aggiungere valore ad un'opera originaria rivesta un ruolo centrale in questo tipo di creatività derivata. Con particolare riferimento alla

Al contrario, proprio in ragione della volontà di istaurare un dialogo con l'opera precedente, il rispetto del diritto alla paternità dell'opera originaria non sembra porre particolari problemi applicativi.²⁵⁹

6. Considerazioni conclusive

Il Web 2.0 ha consentito all'utente di rivestire un ruolo particolarmente attivo e di penetrare in contesti (e mercati) prima riservati a soggetti professionisti.²⁶⁰

Questa circostanza sembra mettere in crisi l'assetto proprietario posto alla base del diritto d'autore polverizzando e moltiplicando gli interessi in gioco nel rapporto conflittuale tra utenti e titolari dei diritti sulle opere dell'ingegno.²⁶¹ Infatti, il rapporto tra questi ultimi ed i fruitori delle loro opere non è più unidirezionale, ma intrinsecamente dinamico tanto che, maggiore espressione del Web 2.0 sono proprio i contenuti

categoria *fan fiction*, l'autrice sottolinea come vi sia la ferma convinzione presso questa comunità che gli autori non possano porre alcun veto sulle creazioni derivate in quanto la loro stessa opera sarebbe finalizzata a creare c.d. *engagement*.

²⁵⁹ R. TUSHNET, *op.cit.*, 2007, p.164, per cui lo stesso concetto di creazione derivata si nutre del necessario riferimento all'autore dell'opera originaria, in quanto questo fa parte del messaggio che intende convogliare: «*fan practices do not kill the author and replace him with the reader. Rather, the author is always in dialogue with the reader, never entirely in control of the interaction even though the author's name is associated with the work at issue*».

²⁶⁰ P. TRUDEL, *Web 2.0 Regulation: A Risk Management Process*, Can. J. L. & Tech., 7, January, 2010, p.247: «*The amateur's increased role in situations that used to be dominated by professionals tends to blur the borders between producers and consumers, which makes determining status and responsibility all the more problematic*».

²⁶¹ D. HALBERT, *Mass Culture and the Culture of the Masses: A Manifesto for User-Generated Rights*, Vand. J. Ent. & Tech. L., 11, 2009, p.961: «*The problem of user-generated content is not the users or their content, but the corporate model that has captured the regulatory process and needs to be dismantled. (...) It is time to understand that what is good for a business monopoly is not the same as what is good for the public. The terrain of user-generated content demonstrates that most of what is created serves the purposes of social exchange*». IViR, *op.cit.*, 2007, p.165, rilevano come il diritto d'autore sia fondato su un triangolo di interessi "autore - editore - pubblico" che è venuto meno, o comunque ha perso parte dei propri connotati, nel contesto digitale.

generati dagli utilizzatori tramite il riutilizzo e la modifica delle opere preesistenti.

La novità di questo rapporto impone particolari sfide regolatorie²⁶² che devono avere come obiettivo – ed auspicabile effetto – il raggiungimento di un giusto equilibrio tra gli interessi coinvolti senza necessariamente preservare i vecchi modelli a scapito dell’innovazione economica e culturale e, in maniera ancor più determinante, senza esporre i singoli a rischi legali ingiustificati.²⁶³

Al momento, infatti, tranne che nei casi in cui non ricorrano le rigide condizioni di applicazione delle rilevanti eccezioni al diritto d’autore, perché gli UAC possano circolare legalmente - ovvero essere legalmente pubblicati sulle piattaforme - è necessario che gli utenti abbiano ottenuto il preventivo consenso dei titolari dei diritti sull’opera originaria che hanno provveduto a modificare.²⁶⁴

Tuttavia, l’esperienza ci insegna che la *clearance* dei diritti non avviene quasi mai e che gli utenti procedono senza l’autorizzazione dei legittimi titolari a pubblicare le proprie creazioni derivate.

Ciò non è determinato soltanto da una probabile ignoranza (buona fede) dei singoli circa i diritti spettanti sulle opere dell’ingegno che circolano

²⁶² OECD, *op.cit.*, 2007, p.6: «*In the regulatory environment important questions relate to intellectual property rights and UCC: how to define fair use, and other copyright exceptions, what are the effects of copyright on new sources of creativity, and how does IPR shape the coexistence of market and non-market creation and distribution of content. In addition, there are questions concerning the copyright liability of UCC platforms hosting potentially unauthorised content and the impacts of digital rights management. Other issues include: i) how to preserve freedom of expression made possible by UCC*». In tal senso, e in un ambito in parte diverso, anche A. BERTONI – M.L. MONTAGNANI M.L., *Smart cities a misura d’autore: quale disciplina per i citizen-generated content?*, in *Smart cities e diritto dell’innovazione*, G. OLIVIERI – V. FALCE (ed.), 2016, pp.251-261.

²⁶³ *Id.*, p.44. Anche, P. TRUDEL, *op.cit.*, 2010, p.8, secondo cui le piattaforme UGC più diffuse hanno prosperato anche grazie all’immunità loro garantita dal sistema del *safe harbor*. Dunque, ciascun ordinamento è libero di decidere quanto sia disposto a cedere a favore di un incentivo all’innovazione.

²⁶⁴ M. RICOLFI, *Le utilizzazioni libere dell’IP nei social network*, AIDA, 2011, pp.295 ss.

online,²⁶⁵ e dalla convinzione che la rete sia un mondo indifferente al diritto “analogico”,²⁶⁶ ma anche dalla oggettiva difficoltà di ottenere le menzionate autorizzazioni, o, semplicemente, di entrare in contatto con i titolari dei diritti.²⁶⁷

Non può neppure trascurarsi l’esistenza di un vasto movimento per la depenalizzazione delle condotte dei singoli utenti che sembra spingere verso una rilevanza delle sole condotte imprenditoriali e la liberalizzazione di quelle che non rivestano tale carattere.²⁶⁸

Diffusa è anche la convinzione che il diritto d’autore necessiti oggi di un profondo ripensamento che ne accentui la funzione sociale pur preservando gli interessi imprenditoriali coinvolti, in quanto il

²⁶⁵ C. TAN, *Regulating Content on Social Media. Copyright, Terms of Service and Technological Features*, UCL Press, 2018, p.166, riferisce di uno studio condotto tra dicembre 2012 ed agosto 2013 secondo cui c’è una forte discrepanza tra il numero di coloro che ritengono di avere una conoscenza dei principi del diritto d’autore e coloro che invece l’hanno effettivamente. Infatti, mentre il 73% dei rispondenti appartiene alla prima categoria, solo il 13% è davvero a conoscenza dei principi base della materia.

²⁶⁶ *Id.*, p.169, sottolinea che la percezione e comprensione da parte degli utenti delle norme del diritto d’autore sono influenzate direttamente dalle attività che la tecnologia e le piattaforme consentono loro di compiere, ovvero: «users are more likely to perceive copyright laws as reasonable and updated if such laws are aligned with the existing technologies».

²⁶⁷ B.J. JÜTTE, *Reconstructing European Copyright Law for the Digital Single Market. Between Old Paradigms and Digital Challenges*, Luxembourg Legal Studies, Hart Publishing, Nomos, 10, 2017, p.54. Lo stesso autore, p.56, ammette che, in un sistema complesso e frazionato come quello digitale, si può arrivare all’assurdo che l’ottenimento di tutte le licenze necessarie per ciascun atto di utilizzazione può essere estremamente difficile quando non, addirittura, impossibile.

²⁶⁸ L. LESSIG, *Remix: Make Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, Penguin Books, 2008, pp.254-255. E nello stesso senso anche, W.W.III FISHER, *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*, Stanford University Press, Capitolo 1, 2007. C. GEIGER, *Legalize it? Quelques réflexions sur la mise en œuvre du droit d’auteur dans le contexte de l’utilisation non autorisée des œuvres sur internet*, in *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, in *Mélanges en l’honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, AA.VV., Collection of the CEIPI, 61, LexisNexis, Paris 2014, p.179. Anche P. TRUDEL, *Web 2.0 Regulation: A Risk Management Process*, *Can. J. L. & Tech.*, 7, January, 2010, p.250: «Regulation of Web 2.0 can be seen as a set of measures designed to reinforce one another so as to limit the risks facing cybernauts engaging in legal activities. The normativity is deployed in the network by imposing rules on stakeholders and inciting them to relay requirements to those over whom they have influences».

passaggio dal mondo analogico a quello digitale impone una riflessione sulla riconduzione della proprietà intellettuale ai tradizionali dogmi proprietari e, soprattutto, sui relativi limiti.²⁶⁹

Accogliendo questo invito, già nel 2008 la Commissione aveva manifestato il proprio intento di intervenire ad aggiornare il diritto d'autore, con particolare riferimento alla necessità di adattare eccezioni e limitazioni alla circolazione digitale delle opere.²⁷⁰ D'altra parte, la Direttiva InfoSoc stessa aveva lasciato aperta la porta per un sollecito intervento in materia.²⁷¹

Oggi l'esigenza è pressante. La più comune forma di manifestazione culturale non è regolata se non *a contrario* rispetto alle forme istituzionali e commerciali che, lo si ripete, non devono certo perdere i propri legittimi strumenti di tutela ma, al più, cedere un po' di terreno a favore della prosperità dell'arena pubblica.²⁷²

Infatti, il diritto dovrebbe essere indifferente rispetto alle forme e ai processi creativi, strutturato non per impedire ingiustificatamente la circolazione di nuovi contributi culturali in ragione della tecnologia tramite cui sono espressi, ma piuttosto volto ad incentivare tale

²⁶⁹ G. FINOCCHIARO, *op.cit.*, 2016, p.10: «Nella società dell'informazione e della conoscenza, in cui i beni immateriali sono costituiti da dati e informazioni, scambiati telematicamente, la funzione sociale del diritto d'autore, analogamente a quanto accade per la proprietà, anche sulla base dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, deve essere sviluppata».

²⁷⁰ G. COLANGELO, *op.cit.*, 2015, p.15.

²⁷¹ Direttiva 2001/29/CE, cons. 31: «Le eccezioni e limitazioni alla protezione esistenti nelle legislazioni degli Stati membri devono essere riesaminate alla luce del nuovo ambiente elettronico. Le differenze esistenti nelle eccezioni e limitazioni relative a determinati atti hanno effetti negativi diretti sul funzionamento del mercato interno nel settore del diritto d'autore e dei diritti connessi. Tali differenze potrebbero facilmente accentuarsi con l'ulteriore sviluppo dell'utilizzazione economica transfrontaliera di opere e delle attività transfrontaliere. Onde garantire il corretto funzionamento del mercato interno, tali eccezioni e limitazioni dovrebbero essere definite in modo più uniforme». Sul punto anche, G. FINOCCHIARO, *op.cit.*, 2016, p.5.

²⁷² R. LOBATO – J. THOMAS – D. HUNTER, *Histories of user-generated content: Between formal and informal media economies*, WIPO Working Paper, October 2010, p.1.

circolazione a beneficio della collettività, educando i singoli a comportamenti virtuosi.²⁷³

²⁷³ G. GHIDINI, *op.cit.*, 2014, p.100; J. CABAY – M. LAMBRECHT, *op.cit.*, 2015, p.359.

CAPITOLO TERZO

SPUNTI COMPARATIVI

CANADA E U.S.A.

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Canada: l'eccezione per contenuti generati dagli utenti - 3. L'adozione di un'eventuale specifica eccezione per UAC in Unione Europea - 4. U.S.A.: il fair use - 5. Il possibile recepimento del fair use in Unione Europea - 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

La fase di discussione in tema di UAC - e UGC più in generale - si è conclusa con l'individuazione di diverse alternative per la regolazione del fenomeno della creatività derivata digitale.

La prima alternativa proposta sarebbe l'introduzione di una specifica eccezione al diritto d'autore sul modello di quella adottata nel 2012 in Canada.²⁷⁴

La seconda, di portata più generale, consisterebbe nell'elaborazione di una clausola sul modello del *fair use* statunitense al fine di interpretare in maniera più flessibile le eccezioni previste dalla Direttiva InfoSoc.

Infine, sul presupposto che il sistema del diritto d'autore europeo sia ancora valido e performante e che le eccezioni previste dalla Direttiva InfoSoc siano idonee e sufficienti a gestire il fenomeno UGC, è stata

²⁷⁴ V.L. BENABOU, *Rapport De La Mission Du CSPLA Sur Les "Œuvres Transformatives"*, Rapp. De La Mission Fabrice Langrognet, 2014, pp.85-87.

altresì prospettata dalla Commissione l'implementazione di un sistema di licenze tra utenti e titolari dei diritti.

In questo Capitolo saranno trattati i due modelli stranieri di riferimento, canadese e statunitense, mentre nell'ultimo Capitolo si analizzerà la soluzione contrattuale alla luce della scelta effettuata dal legislatore europeo nella Direttiva MUD.

Ebbene, in via preliminare è opportuno sottolineare come il confronto con le esperienze straniere ponga interrogativi oltre che sul merito della regolazione, anche sulla tecnica legislativa più idonea ad affrontare la realtà digitale e, soprattutto, se abbia ancora senso mantenere una rigida separazione tra i sistemi giuridici che adottano elencazioni tassative in materia di eccezioni al diritto d'autore, e quelli che prediligono clausole di flessibilità, oppure se questi due modelli possano oggi convivere nel sistema del diritto d'autore europeo.²⁷⁵

2. Canada: l'eccezione per contenuti generati dagli utenti

Nel 2012, con l'introduzione del "*Copyright Modernisation Act*", - una comprensiva riforma del diritto d'autore volta ad aggiornare l'intero sistema all'ambiente digitale - il Canada ha adottato una specifica eccezione volta a regolare la creazione di UAC.²⁷⁶

²⁷⁵ C. GEIGER, *Freedom of Artistic Creativity and Copyright Law: A Compatible Combination?*, Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper, 08, 2017, p.4, da atto delle differenti tecniche legislative esistenti. Ovvero, da un lato l'adozione di disposizioni aperte, come elencazioni esemplificative, tipica dei sistemi di *common law*, oppure disposizioni chiuse quali quelle usate nei Paesi continentali. Le disposizioni del primo tipo sono considerate maggiormente flessibili ma anche meno chiare e prevedibili.

²⁷⁶ V. NABHAN, *L'exception de contenu non-commercial généré par l'utilisateur en droit canadien*, RIDA, 248, 2016, p.2; W.B. CHIK, *Paying it Forward: The Case for a Specific Statutory Limitation on Exclusive Rights for User-Generated Content Under Copyright Law*, J. Marshall Rev. Intell. Prop. L., 11, 2011, p.263.

L'eccezione prevista dall'attuale Section 29.21, per “*non commercial user-generated content*”, è solo una parte di un più vasto progetto di riforma ma è senz'altro la disposizione che ha suscitato maggiore interesse per il suo particolare tempismo e per la circostanza che essa costituisce un *unicum* nel panorama internazionale.²⁷⁷

Lo scopo avuto di mira dal legislatore è la legalizzazione delle attività proprie del Web 2.0 e della creatività derivata.²⁷⁸ Infatti, le opere derivate, per essere legalmente realizzate e diffuse, necessiterebbero di un'autorizzazione del titolare dei diritti sull'opera originaria, invece difficilmente richiesta (ed ottenuta) da soggetti privati.²⁷⁹ Dunque, la riforma si pone l'obiettivo di legalizzare una prassi *contra legem* e consentire agli utenti di affrancarsi dalla necessità di ottenere l'autorizzazione del titolare dei diritti per creare e pubblicare UAC.²⁸⁰ Tuttavia, perché tale misura di favore a vantaggio degli utenti non costituisca un pregiudizio eccessivo per i titolari dei diritti, il legislatore canadese ha posto una serie di condizioni.²⁸¹

²⁷⁷ V. NABHAN, *op.cit.*, 2016, p.2.

²⁷⁸ Idealmente accogliendo la proposta di L. LESSIG, *Remix. Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, The Penguin Press, 2008, pp.254-273. In questo senso, W.B. CHIK, *op.cit.*, 2011, p.266; E.C. LIM, *On the Uneasy Interface between Economic Rights, Moral Rights and Users' Rights in Copyright Law: Can Canada Learn from the UK Experience?*, SCRIPTed – A Journal of Law, Technology & Society, 15, 1, 2018, p.78.

²⁷⁹ V. NABHAN, *op.cit.*, 2016, p.16.

²⁸⁰ *Id.*, p.3.

²⁸¹ *Canadian Copyright Act*, art. 29.21: «(1) *It is not an infringement of copyright for an individual to use an existing work or other subject-matter or copy of one, which has been published or otherwise made available to the public, in the creation of a new work or other subject-matter in which copyright subsists and for the individual - or, with the individual's authorization, a member of their household - to use the new work or other subject-matter or to authorize an intermediary to disseminate it, if: (a) the use of, or the authorization to disseminate, the new work or other subject-matter is done solely for non-commercial purposes; (b) the source - and, if given in the source, the name of the author, performer, maker or broadcaster - of the existing work or other subject-matter or copy of it are mentioned, if it is reasonable in the circumstances to do so; (c) the individual had reasonable grounds to believe that the existing work or other subject-matter or copy of it, as the case may be, was not infringing copyright; and (d) the use of, or the authorization to disseminate, the new*

Più chiaramente, perché sia liberalizzato qualsiasi uso, riproduzione e disseminazione tramite un intermediario²⁸² di opere e contenuti tutelati al fine di creare e pubblicare ulteriori opere, devono sussistere cumulativamente le seguenti condizioni:²⁸³ l'opera creata deve essere a sua volta suscettibile di tutela autoriale;²⁸⁴ l'opera oggetto di adattamento deve essere stata lecitamente messa a disposizione del pubblico dal suo titolare;²⁸⁵ l'uso o la disseminazione deve avvenire solo per scopi non commerciali;²⁸⁶ deve essere indicata la fonte o il nome dell'autore dell'opera originaria secondo le modalità più

work or other subject-matter does not have a substantial adverse effect, financial or otherwise, on the exploitation or potential exploitation of the existing work or other subject-matter- or copy of it - or on an existing or potential market for it, including that the new work or other subject-matter is not a substitute for the existing one».

²⁸² Y. GENDREAU, *User-generated Content and Other Digital Copyright Challenges: A North American Perspective*, in *Droit d'auteur 4.0*, J. DE WERRA (ed.), Schulthess, 2018, p.111, ritiene che l'essenza dell'eccezione per UGC stia nella necessità di esonerare utenti e piattaforme dalla responsabilità per la diffusione di opere non autorizzate e che tale finalità costituisca la principale differenza rispetto alle altre esistenti eccezioni al diritto d'autore. Infatti, queste hanno perlopiù natura privata, sono limitate a fattispecie che si esauriscono nella sfera privata dei soggetti agenti. Al contrario l'eccezione UGC è pubblica per sua stessa natura.

²⁸³ *Canadian Copyright Act*, art. 29.21, para. 1, primo periodo. V. NABHAN, *op.cit.*, 2016, p.20, rileva come qualsiasi uso rilevante per il diritto d'autore è incluso nell'eccezione in oggetto, diversamente da quanto avviene con riferimento alle altre eccezioni che hanno ad oggetto attività più limitate ed un ambito di operatività più ristretto. Allo stesso tempo, anche l'ambito di applicazione soggettiva appare particolarmente ampio perché l'utente può compiere questi atti direttamente ma anche indirettamente delegando una terza persona all'interno della propria cerchia familiare o un intermediario, persona fisica o giuridica. M. HEBB, *UGC and Fan Fiction: Rethinking Section 29.21*, I.P.J., 26, 2014, p.246, sottolinea come questa natura pubblica dell'attività presa in considerazione dal legislatore canadese sia consequenziale all'evoluzione che la nozione di riservatezza e privatezza ha assunto. Non sembra infatti facile distinguere un uso privato da un uso pubblico quando, per esempio, la cerchia di amici raggiungibile tramite un *social network* sia particolarmente ampia.

²⁸⁴ *Canadian Copyright Act*, art. 29.21, para.1, primo periodo. V. NABHAN, *op.cit.*, 2016, p.22, ritiene che tale condizione, che comporta la necessità per l'utente di svelare una propria attività creativa, sia finalizzata ad escludere dall'ambito di operatività dell'eccezione quelle attività di mera riproduzione non autorizzata di opere tutelate.

²⁸⁵ *Canadian Copyright Act*, art. 29.21, para.1, primo periodo.

²⁸⁶ *Canadian Copyright Act*, art. 29.21, para.1, a).

opportune;²⁸⁷ l'utente deve avere un fondato convincimento che l'opera originaria da lui utilizzata non costituisca a sua volta una violazione al diritto d'autore di terzi;²⁸⁸ l'uso non deve avere un effetto sostanzialmente negativo - in termini economici e non - sullo sfruttamento e sul mercato, anche solo potenziale, dell'opera utilizzata, in considerazione del suo possibile effetto sostitutivo.²⁸⁹

Sebbene accolta con iniziale entusiasmo e favore, non può tacersi che questa eccezione abbia sollevato diverse critiche.²⁹⁰

Innanzitutto, è opportuno chiarire che, giacché la Section 29.21 non definisce la nozione di “*user-generated content*” (locuzione invece contenuta nel suo titolo), e nessun termine della disposizione è tale da consentire una limitazione della sua applicazione alle opere digitali e all'ambiente *online*, può ritenersi che l'eccezione, sebbene pensata per tale particolare contesto, possa trovare applicazione anche alla realtà analogica e alle forme di opere derivate più classiche, senza che, però, questa circostanza sia stata oggetto di un'adeguata attività di coordinamento con le altre disposizioni del *Copyright Act* a ciò dedicate.²⁹¹

In maniera più rilevante, poi, la lunga serie di condizioni individuate dal legislatore è apparsa eccessivamente limitante, soprattutto alla luce della definizione di “*utente*” fornita dalla medesima fonte normativa.

²⁸⁷ *Canadian Copyright Act*, art. 29.21, para.1 b).

²⁸⁸ *Canadian Copyright Act*, art. 29.21, para.1 c). Y. GENDREAU, *op.cit.*, 2018, p.111, sottolinea che il tenore letterale della disposizione non impone all'utente una verifica circa la liceità della copia da lui utilizzata per creare il proprio UAC, ma la sola esistenza di “*reasonable grounds to believe*” che questa non sia in violazione dei diritti del titolare.

²⁸⁹ *Canadian Copyright Act*, art. 29.21, para.1 d).

²⁹⁰ D.J. GERVAIS, *User-Generated Content and Music File-Sharing: A Look at Some of the More Interesting Aspects of Bill C-32*, in *From “Radical Extremism” To “Balanced Copyright”: Canadian Copyright And The Digital Agenda*, M. GEIST (ed.), Irwin Law, 2010, p.448.

²⁹¹ M. HEBB, *op.cit.*, 2014, p.240.

È infatti definito tale l'individuo che crea opere tutelate dal diritto d'autore al di fuori della propria attività professionale usando materiale preesistente.²⁹²

Questa definizione, che dunque ha l'effetto di distinguere dalla generale categoria degli autori determinati soggetti in ragione di proprie condizioni personali (l'amatorialità), introduce nel sistema del diritto d'autore una distorsione che non pare giustificata ed è in ogni caso senza precedenti.²⁹³ Infatti, non vi è ragione giuridica per cui il semplice fatto di creare un'opera derivata legittimi l'istituzione di una "gerarchia della creatività" tra autori tradizionali ed utenti creatori.²⁹⁴ D'altra parte, la sola differenza tra queste due distinte categorie di soggetti sembrerebbe sussistere nello scopo che questi si pongono, oppure, volendo interpretare finalisticamente la disposizione, nello strumento che essi usano per disseminare la propria opera (la rete). Tuttavia, queste circostanze di per sé non sembrano sufficienti - né idonee - a giustificare un trattamento derogatorio e, al contrario, sembrano svelare un atteggiamento piuttosto conservatore del legislatore che, scontrandosi con la realtà digitale, la tratta come eccezione rispetto alla regola istituita per il mondo analogico.²⁹⁵

²⁹² J. MEESE, *User production and law reform: a socio-legal critique of user creativity*, *Media, Culture & Society*, 37, 5, 2015, pp.753 ss.; T. SCASSA, *Acknowledging Copyright's illegitimate Offspring: User-Generated Content and Canadian Copyright Law in The Copyright Pentalogy. How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian*, M. GEIST (ed.), University of Ottawa, Ottawa, 2013.

²⁹³ T. SCASSA, *op.cit.*, 2013, p.439.

²⁹⁴ J. MEESE, *op.cit.*, 2015, p.762: «it is unlikely that the issue of user creativity will be solved by the simple introduction of an exception into Canadian copyright law. Indeed, I suggest that the recognition of 'user creativity' simply reinforces a creative hierarchy already present in copyright law».

²⁹⁵ *Id.*, p.764, critica la dottrina che ha accolto con favore l'introduzione di questa eccezione ritenendo che si sia limitata ad accettare una soluzione pragmatica senza aver affrontato un'indagine concettuale relativa all'atto creativo alla base degli UGC. E questo comproverebbe la difficoltà del legislatore ad adattare il modello legale alle tecnologie emergenti. Nello stesso senso anche, D.J. GERVAIS, *op.cit.*, 2010, p.471.

Ancora, è stata aspramente criticata l'applicabilità dell'eccezione al solo ricorrere di uno scopo non-commerciale quale obiettivo avuto di mira dall'utente.²⁹⁶ Questo criterio sembra infatti creare diversi ordini di problemi.

Innanzitutto, non è chiaro se la non commercialità attenga al solo utente che crea l'opera derivata o debba sussistere anche nel soggetto terzo delegato e/o nell'intermediario utilizzato per la disseminazione dell'opera, tutti soggetti considerati dal legislatore ed espressamente menzionati dal primo paragrafo della Section 29.21.²⁹⁷

In secondo luogo, non è in alcun modo definito lo scopo commerciale, se questo debba essere individuato *ex post*, ovvero in base alla capacità dell'UAC di generare un profitto, oppure *ex ante*, guardando all'atteggiamento soggettivo dell'agente.²⁹⁸ E questo non è privo di rilevanza, infatti, sul Web 2.0 non è insolito che contenuti pubblicati senza alcuno scopo economico originario riescano a generare inaspettati quanto considerevoli guadagni.²⁹⁹

In terzo luogo, lo scopo dell'utente è altresì da considerare insieme agli effetti che l'UAC potrebbe avere sul mercato e sullo sfruttamento dell'opera originaria, i quali impongono una valutazione economica

²⁹⁶ V. NABHAN, *op.cit.*, 2016, p.28, rileva che non c'è definizione, né legislativa né giurisprudenziale, di cosa possa costituire un "uso non commerciale" e la prassi ci dice che non è affatto scontato distinguere tra le due categorie.

²⁹⁷ M. HEBB, *op.cit.*, 2014, p.247.

²⁹⁸ G. REYNOLDS, *Towards a Right to Engage in the Fair Transformative Use of Copyright-Protected Expression*, in *From "Radical Extremism" To "Balanced Copyright": Canadian Copyright And The Digital Agenda*, M. GEIST (ed.), Irwin Law, 2010, p.414, ritiene che l'intero impianto definitivo sia tanto lacunoso da non consentire agli utenti di valutare il rischio effettivo delle proprie condotte.

²⁹⁹ Sul funzionamento dei sistemi di monetizzazione degli UGC, cfr. S. CUNNINGHAM – D. CRAIG, *Social Media Entertainment: The New Intersection of Hollywood and Silicon Valley*, NYU Press, February 2019, p.102; R. GARCIA – T. HOFFMEISTER, *Social Media Law, in a nutshell*, West Academic Publishing, 2017, pp.12-24. Anche, D. ROSEN, *Electronic Dance Music, Creativity, and User-Generated Content – A Canadian Perspective*, I.P.J., 26, 2014, p.169.

della fattispecie su base casistica.³⁰⁰ La complessità è poi anche accresciuta dalla circostanza per cui i modelli imprenditoriali del Web 2.0 non consentono di scindere nettamente l'uso commerciale da quello non commerciale, costituendo spesso le attività economiche collaterali allo sfruttamento diretto dell'opera dell'ingegno la reale fonte di profitto.³⁰¹

Ancora, gli utenti che avessero beneficiato dell'eccezione, non potendo sfruttare commercialmente l'opera creata senza perdere il precedente beneficio, pur creando un'opera dell'ingegno, non possono esercitare le prerogative loro garantite dalla legge, così subendo un'evidente ed ingiustificata limitazione dei propri diritti rispetto agli autori tradizionali, le cui prerogative, invece, consistono principalmente nello sfruttamento economico delle proprie opere.³⁰²

³⁰⁰ Y. GENDREAU, *op.cit.*, 2018, p.109, vede un rapporto diretto tra questa condizione ed il secondo fattore del *three-step test*. D. ROSEN, *op.cit.*, 2014, p.170, ritiene che la prova di questi fattori sia particolarmente complessa perché di per sé la creazione di un'opera derivata riduce il mercato dell'opera originaria e dunque, per non essere in violazione, l'utente deve provare che tale limitazione non abbia un "*substantial adverse effect*", ma solo un effetto negativo "*tollerabile*". Sul difficile onere della prova relativo all'effetto sul mercato dell'opera originaria, anche M. HEBB, *op.cit.*, 2014, p.243.

³⁰¹ Y. GENDREAU, *op.cit.*, 2018, p.110. In generale, sulla difficoltà di scindere tra scopo commerciale e non-commerciale sul Web 2.0, N. ELKIN-KOREN, *Tailoring Copyright To Social Production, Copyright Culture, Copyright History*, 12 *Theoretical Inquiries L.*, January 2011, p.317: «*In an environment where social production is increasingly intertwined with commercial interests, defining such clear standards may pose a complicated challenge*». Nello specifico, rispetto alla riforma canadese, si rileva chi, come M.B. McNALLY – S.E. TROSOW – L. WONG – C. WHIPPEY – J. BURKELL – P.J. MCKENZIE, *User-generated online content 2: Policy implications*, *First Monday*, 17, 6, 4 June 2012, p.12, nella fase antecedente all'adozione della disposizione in commento, proponeva, in alternativa alla distinzione tra uso commerciale e non-commerciale, il riconoscimento di una maggiore rilevanza della valutazione relativa all'originalità o trasformatività dell'UAC.

³⁰² T. SCASSA, *op.cit.*, 2013, p.442, invece sostiene la correttezza dell'impostazione del legislatore ritenendo che i diritti degli utenti-creatori non sarebbero compromessi dalla necessità di preservare un carattere amatoriale in quanto, in tale circostanza, sarebbero solo tenuti ad ottenere l'autorizzazione dell'originario titolare dei diritti alla commercializzazione dell'opera derivata.

Infine, rimane il problema del rapporto tra l'esercizio di questa eccezione ed i diritti morali degli autori dell'opera originaria.³⁰³

Ebbene, oltre il diritto di paternità che deve essere rispettato per poter beneficiare dell'eccezione - ai sensi della lettera b) della Section 29.21 - anche il diritto all'integrità dell'opera pone degli interrogativi, che rimangono però inevasi.³⁰⁴

Infatti, l'esercizio di questo diritto non è soggetto al beneficio dell'eccezione e dunque, l'utente rimane comunque esposto al rischio legale per il rispetto delle prerogative morali degli autori delle opere originarie a partire dalle quali crea un UAC.³⁰⁵

3. L'adozione di un'eventuale specifica eccezione per UAC in Unione Europea

Sin dall'inaugurazione della discussione circa l'individuazione del miglior strumento per regolare il fenomeno UGC, è stata presa in considerazione l'opportunità di adottare nell'Unione Europea una clausola costruita sul modello canadese, o più in generale, di una specifica eccezione dedicata agli UAC.³⁰⁶

³⁰³ V. NABHAN, *op.cit.*, 2016, pp.24-26, non è esplicito il riferimento alla necessità di rispettare il diritto morale alla paternità dell'opera, tuttavia deve ritenersi che questa condizione sia lo strumento tramite cui il legislatore abbia voluto condizionare l'eccezione al rispetto dei diritti morali degli autori, che non devono ritenersi limitati dall'esercizio di tale facoltà, di natura meramente economica, tanto che l'autore conclude affermando: «*the Canadian legislature has suddenly developed a passion for moral right*». Nello stesso senso, anche, E.C. LIM, *op.cit.*, 2018, p.75.

³⁰⁴ F. TURNBULL, *The Morality of Mash-Ups: Moral Rights and Canada's Non-Commercial User-Generated Content Exception*, I.P.J., 26, 2014, p.226, sottolinea che il mancato rispetto dei diritti morali determinerebbe l'inapplicabilità dell'eccezione *in toto*.

³⁰⁵ E.C. LIM, *op.cit.*, 2018, p.79, sostiene la necessità di un approccio olistico che combini l'esercizio dei diritti morali e patrimoniali, in modo da non limitare ingiustificatamente sia gli interessi dei terzi che le considerazioni di pubblico interesse.

³⁰⁶ EUROPEAN COMMISSION, *Green Paper "Copyright in the Knowledge Economy"*, Brussels, 2008. Questo non è neppure limitato al contesto europeo, anzi, una seria

Non si può trascurare che tale proposta abbia riscosso un notevole successo in dottrina e presso gli *stake-holders* e può dunque giustamente sorprendere che questo percorso sia stato presto abbandonato.³⁰⁷

Ebbene, da subito sono state anche riscontrate diverse criticità con riferimento all'introduzione di una siffatta eccezione, che attengono sia al merito del modello canadese che, più in generale, alla giustificazione economica e giuridica legittimante una riforma in tal senso.

Per quanto attiene nello specifico alle censure mosse all'eccezione canadese, le criticità sopra rilevate ed attinenti alla difficoltà di distinguere tra un uso commerciale ed uno non commerciale sono state centrali rispetto all'ipotesi di importare puramente e semplicemente tale modello.³⁰⁸

proposta di adozione di una eccezione per UGC è stata avanzata ad Hong Kong, in tal senso, P.K. YU, *Can the Canadian UGC Exception Be Transplanted Abroad?*, 26 *Intell. Prop. J.*, 2014, p.197.

³⁰⁷ Da ultimo, con riferimento alla bozza di Direttiva per il diritto d'autore nel mercato unico digitale, M. SENFTLEBEN – C. ANGELOPOULOS – G. FROSIO – V. MOSCON – M. PEGUERA – O.A. ROGNSTAD, *The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform*, October 17, 2017, p.5: «*the introduction of a new copyright limitation permitting the uploading and further dissemination of user-generated remixes and mash-ups of protected content, as is usual practice in social networks, could play an important role in alleviating the problems currently embedded in Article 13 and Recital 38 DSM. Such a new copyright limitation¹⁴ would offer a sound basis for the payment of equitable remuneration which could become an additional source of income for authors and performers. The adoption of a new copyright limitation is also appropriate considering that not only platform providers, but also copyright holders and users, should contribute to the development of adequate solutions*».

³⁰⁸ J. CABAY - M. LAMBRECHT, *Remix allowed: avenues for copyright reform inspired by Canada*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 11, 1, 2016, p.25, criticano la soluzione canadese perchè appare una soluzione di compromesso tra una eccezione aperta ed una chiusa. In particolare, accanto alle precise e tassative condizioni fissate dal legislatore, si colloca anche un elemento di valutazione caratterizzato da maggiore vaghezza, quale la valutazione degli effetti che l'UGC possa avere rispetto all'opera originaria, così in parte vanificando il rigore delle prescrizioni precedenti. C. GEIGER, *"Fair Use" through Fundamental Rights in Europe: When Freedom of Artistic Expression allows Creative Appropriations and Opens up Statutory Copyright Limitations*, Center for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper, 09, 2018, p.25, sulla possibilità di adottare un'eccezione sul modello canadese, sottolinea l'impressione circa la difficoltà di

Ancora, la Section 29.21 è stata giudicata inutilmente complessa, piena di condizioni puntuali che convivono però con il criterio generale dell'effetto concorrenziale che l'UAC potrebbe avere rispetto all'opera originaria, evidente erede del *three-step test* e della valutazione dell'effetto economico che questo impone.³⁰⁹

A questo si aggiunga anche che siffatta valutazione deve essere compiuta tenendo in debita considerazione il fatto che l'eccezione prevista sia priva di un sistema di compensazione economica per il titolare dei diritti che vede limitato l'esercizio del proprio diritto di adattamento, quale per esempio il versamento di un equo compenso.³¹⁰

Rilievo potrebbe anche aver assunto la circostanza per cui l'opera creata debba essere a sua volta suscettibile di tutela autoriale, ovvero

implementare effettivamente la norma. Infatti, la differenza tra uso commerciale e non commerciale sembra teoricamente evidente, ma nella prassi perde di nettezza. Al contempo le condizioni individuate dal legislatore costituiscono comunque gli elementi di un test non molto diverso dal *fair use*, soprattutto con riferimento ai possibili effetti sul mercato. È comunque rimarchevole il tentativo del Canada di tenere aggiornata la propria legge ma, nell'interiorizzare al diritto d'autore del conflitto con la libertà di espressione, si rischia di moltiplicare i conflitti in altri campi, come per esempio nel diritto della concorrenza.

³⁰⁹ C. GEIGER, *op.cit.*, 2018, p.30, espressamente: «*the wording of the provision is rather complex, therefore limiting its accessibility and comprehensibility to the common public and/or creators, while creating difficulties in implementation for courts*».

³¹⁰ C'è chi ha fatto notare che, singolarmente, l'eccezione non precluderebbe agli intermediari coinvolti di ottenere un profitto economico dallo sfruttamento degli UAC, mentre precluso è lo sfruttamento economico dei diritti dell'autore originario e dell'utente creatore di contenuti, con un'evidente disparità di trattamento. In tal senso, J.W.X. LEOW, *Fair use on Instagram. Transformative self-expressions or copyright infringing reproduction?* Singapore Academy of Law Journal, 31, 2019, p.157. Invece, sempre in tema di ingiusta allocazione dei profitti, C. GEIGER, *op.cit.*, 2018, p.36, ritiene che la mancata previsione di un meccanismo di compensazione economica possa avere l'effetto di indurre i giudici ad una interpretazione restrittiva della disposizione che possa di fatto privare di efficacia la previsione. Dunque, l'autore rimanda alla proposta di M. BRANCO TOMÉ QUINTAIS, *Copyright in the age of online access: Alternative compensation systems in EU copyright law*, UvA-DARE Digital Academic Repository, University of Amsterdam, 2017. Affine, M. SENFTLEBEN, *Bermuda Triangle – Licensing, Filtering and Privileging User-Generated Content Under the New Directive on Copyright in the Digital Single Market*, 2019, che ipotizza un modello di eccezione per UGC basato su sistemi di compensazione economica. *Melius*, Capitolo Quarto, para. 2.

dimostrare l'esistenza di un gradiente di originalità, in quanto contraria alla stessa definizione di UAC adottata dalla Commissione per cui, al contrario, alcuno sforzo creativo è compiuto per la creazione di tali materiali, che quindi non possono costituire, per definizione, opere dell'ingegno.³¹¹

Infine, quella che è sembrata la criticità decisiva, ovvero i dubbi autorevolmente sollevati circa la compatibilità di un'eccezione per UAC con il *three-step test*.³¹²

Infatti, in mancanza di un'espressa previsione dei trattati internazionali a favore di un'eccezione per UAC, deve essere accuratamente verificato il rispetto del *three-step test* dell'articolo 9, paragrafo 2, della Convenzione di Berna.³¹³

Il *three-step test* trae origine dalla revisione della Convenzione che ha avuto luogo a Stoccolma nel 1967. La sua finalità era quella di ricondurre a sistema le diversità esistenti nel campo delle eccezioni al diritto di riproduzione nei diversi ordinamenti al fine di assicurare il raggiungimento di un elevato standard di tutela per i titolari dei diritti.³¹⁴

Il test è stato successivamente trasfuso nei TRIPS³¹⁵ e, sebbene le due previsioni siano generalmente considerate equivalenti, in realtà

³¹¹ Sul punto, cfr. Capitolo Primo, para. 4 e Capitolo Secondo, para. 2.

³¹² Le critiche sono state avanzate da M.J. FICSOR, *Comments on the UGC provisions in the Canadian Bill C-32*, 2010, <http://www.copyrightseesaw.net/en/papers> eppure non manca chi, come J. CABAY - M. LAMBRECHT, *op.cit.*, 2016, p.26 o P.K. YU, *op.cit.*, 2014, p.198, ritiene tali rilievi infondati. Nello stesso senso anche, M. SENFTLEBEN, *User-Generated Content. Towards a New Use Priviledge in EU Copyright Law*, in *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*, T. APLIN (ed.), Edward Elgar, 2019, Chapter 7, pp.8-17.

³¹³ M.J. FICSOR, *op.cit.*, 2010, p.10.

³¹⁴ P.B. HUGENHOLTZ – M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2011, p.21; P. SAMUELSON – K. HASHIMOTO, *Is the U.S. Fair Use Doctrine Compatible with Berne and TRIPS Obligations?*, in *Universalism or Pluralism in International Copyright Law*, T. SYNODINOU (ed.), Kluwer Law International, Information Law Series, 2018, p.3.

³¹⁵ Art.13, Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights Agreement, negoziato in occasione dell'incontro del GATT in Uruguay nel 1994.

presentano rilevanti differenze. Innanzitutto, la Convenzione di Berna attiene al solo diritto di riproduzione mentre i TRIPS estendono l'efficacia della previsione a tutti i diritti esclusivi previsti a favore degli autori. In secondo luogo, la Convenzione di Berna, coerentemente alla sua natura unionale, svela un atteggiamento permissivo nei confronti degli Stati nazionali, diversamente dai TRIPS che impongono l'adozione delle proprie disposizioni in maniera assertiva.³¹⁶

Più chiaramente, il *three-step test* impone che le eccezioni ai diritti degli autori siano istituite solo in taluni casi speciali, ovvero certi casi fondati su importanti giustificazioni legali e politiche (primo *step*), a condizione che una tale riproduzione non rechi danno allo sfruttamento normale dell'opera, ovvero non sia in competizione economica con i diritti su questa spettanti al suo autore (secondo *step*), ed in ogni caso non causi un pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi del titolare (terzo *step*).³¹⁷

Generalmente si ritiene che i tre fattori del test debbano essere esaminati in ordine di elencazione e devono essere tutti e tre rispettati, ovvero, qualora un'eccezione non superi il vaglio del primo *step* sarà inutile procedere all'esame del secondo e del terzo.³¹⁸

Ebbene, non sembrerebbe che un'eccezione per UGC possa essere fondata su sufficienti giustificazioni legali e politiche idonee a giustificare il ricorso ad una deroga ai diritti dei titolari di prerogative

³¹⁶ P. SAMUELSON – K. HASHIMOTO, *op.cit.*, 2018, p.9. Si deve rilevare anche che la Convenzione di Berna fa riferimento ad autori mentre TRIPS a titolari dei diritti più in generale. In tal senso, L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, CEDAM, Quarta edizione, 2007; M. LEHMANN, *Trips, the Berne Convention, and Legal Hybrids*, Columbia Law Review, 94, 8, Dec. 1994.

³¹⁷ Art. 9, para. 2, della Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche del 9 settembre 1886, completata a Parigi il 4 maggio 1896, riveduta a Berlino il 13 novembre 1908, completata a Berna il 20 marzo 1914 e riveduta a Roma il 2 giugno 1928, a Bruxelles il 26 giugno 1948, a Stoccolma il 14 luglio 1967 e a Parigi il 24 luglio 1971.

³¹⁸ M.J. FICSOR, *op.cit.*, 2010, p.10.

autoriali.³¹⁹ Infatti, gli utenti ben possono manifestare il proprio pensiero esercitando le esistenti eccezioni³²⁰ o, al di fuori di questi casi, ottenendo la necessaria autorizzazione dagli autori delle opere originarie.³²¹

In conclusione, l'eccezione canadese pare più una regola formale che sostanziale,³²² di difficile implementazione³²³ e di dubbia compatibilità con gli standard dei trattati internazionali e per tutte queste ragioni, la sua introduzione è stata considerata non auspicabile nel contesto europeo.³²⁴

4. U.S.A.: il fair use

³¹⁹ R. ASHCROFT – G. BARKER, *Is copyright law fit for purpose in the Internet era? An economic and legal perspective*, European Commission, 2014, p.15: «*The economic rationale for copyright exceptions then is that they may release value otherwise locked up by transaction costs*».

³²⁰ M.J. FICSOR, *op.cit.*, 2010, p.11-12, sottolinea che quando un UAC possa essere considerato una parodia o satira, dovrebbe applicarsi questa eccezione perché più generale. Del pari, deve essere preliminarmente verificato il superamento della soglia *de minimis*, ovvero la sussistenza di una di violazione di una parte sostanziale. Infine, non può beneficiare di alcuna eccezione l'UAC che costituisca un mero plagio o tragga puramente ispirazione dall'opera originaria.

³²¹ *Id.*, p.13, ritiene che l'esclusione del consenso e del compenso non possa essere giustificata e dunque, mancando una idonea giustificazione legale alla base della nuova eccezione, il primo fattore, “*some special cases*” non può ritenersi rispettato.

³²² P.K. YU, *op.cit.*, 2014, p.203. T.M. WOODS, *Working Toward Spontaneous Copyright Licensing: A Simple Solution for a Complex Problem*, *Vanderbilt j. of Ent. and Tech. Law*, 11, 4, 2009, p.115, ritiene che da un lato sia ingiusto imporre agli utenti di remunerare qualsiasi uso derivativo di contenuti autoriali; dall'altro che un'eccezione generale per tali usi avrebbe l'effetto di minare: «*the basic copyright bargain between creators and society*».

³²³ J. MEESE, *User production and law reform: a socio-legal critique of user creativity*, *Media, Culture & Society* 2015, 37, 5, p.762, dichiara espressamente che non può essere un'eccezione al diritto d'autore a risolvere il conflitto tra creatività tradizionale e Web 2.0 ma, al contrario, l'eccezione in commento inasprisce tale conflitto perché crea una gerarchia della creatività e smentisce l'assunto per cui il diritto d'autore sia neutrale rispetto alle modalità di espressione ed ai contenuti.

³²⁴ In tal senso si è da ultimo espresso anche l'Avvocato Generale M. Szpunar, conclusioni del 12 dicembre 2018 nel caso C-476/17, Pelham, para. 89 ss.

Come anticipato, un altro modello preso in considerazione nella discussione relativa alla regolazione degli UGC, e che, in generale, è spesso oggetto di interesse nel dibattito di riforma al sistema del diritto d'autore europeo, è il “*fair use*” statunitense.

In questo particolare contesto è stato introdotto come argomento di confronto da parte delle piattaforme e degli intermediari che hanno espressamente suggerito la sua adozione nel corso della consultazione pubblica del 2013.³²⁵ Tuttavia, è un istituto che vanta una lunghissima tradizione giurisprudenziale e dottrinale e che è ancora oggetto di discussione anche nella sua madrepatria.³²⁶

Oggi previsto dalla Section 17 U.S.C. §107, sembra affondare le proprie radici già nelle pronunce adottate dalle corti inglesi nella fase immediatamente successiva all'adozione dello *Statute of Anne*.³²⁷

In via generale, la clausola di *fair use* consente legislativamente usi di opere tutelate non autorizzati dai titolari dei diritti, al ricorrere di determinate circostanze, verificate dal giudice su base casistica tramite il test fornito dalla Section 107 e fondato su quattro fattori: (i) lo scopo ed il carattere dell'uso; (ii) la natura dell'opera tutelata; (iii) la quantità e la sostanzialità della porzione usata in relazione all'intera opera; (iv) il potenziale danno al mercato dell'opera originaria.³²⁸

³²⁵ K. ERICKSON, *User illusion: ideological construction of “user-generated content” in the EC consultation on copyright*, Internet Policy Review, 3, 4, 2014.

³²⁶ W.F. PATRY, *Patry on Fair Use*, Thomson West, 2018, p.xiii, dedica l'introduzione alla nuova edizione solo alla difesa del *fair use* contro le critiche mosse soprattutto da chi ritiene che la natura giurisprudenziale ne determini un intollerabile livello di incertezza e sarcasticamente sostiene che *fair use* sia: «*merely the right to hire a lawyer*».

³²⁷ *Id.*, p.8.

³²⁸ Section 17 U.S.C. § 107: «(1) *the purpose and character of the use*; (2) *the nature of the copyrighted work*; (3) *the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work*; and (4) *the potential market harm of copying the copyrighted work*». In dottrina, B.G. MEYERS, *Filtering systems or fair use? A comparative analysis of proposed regulations for User-Generated Content*, Cardozo Arts & Ent. L.J., 26, 2008-2009, p.949; OECD, *Participative Web: User Created Content*, 2007, p.46.

Come evidente dalla sua stessa descrizione, *fair use* non è sinonimo di UAC ma le Corti, nella sua applicazione, si sono rivelate particolarmente propense a tutelare le forme di creatività derivata e trasformativa, anche digitale.³²⁹

È dunque opportuno analizzare brevemente la dottrina e le sue possibili conseguenze.³³⁰

Come detto, l'origine del *fair use* può essere individuato nella giurisprudenza inglese in materia di *copyright*. Tuttavia, la dottrina è soprattutto prosperata negli Stati Uniti d'America a partire dalla sentenza resa dal giudice Joseph Story nel caso *Folsom v. March*,³³¹ dove, rielaborata giurisprudenzialmente, è stata poi codificata nel *Copyright Act* del 1976.³³²

Tuttavia, al giudice Pierre Leval si deve l'inaugurazione di una nuova fase della dottrina in questione, tramite il suo autorevole articolo del 1990, avente ad oggetto la valutazione dell'efficacia di questa clausola.

³²⁹ US DEPARTMENT OF COMMERCE, INTERNET POLICY TASK FORCE, *White Paper on Remixes, First Sale and Statutory Damages, Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy*, January 2016, p.10.

³³⁰ Le principali pronunce intervenute sull'interpretazione della clausola di *fair use*, al 2019, sono nove: *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984); *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994); *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 244 (2003); *Warner Bros. Entertainment, Inc. and J. K. Rowling v. RDR Books*, 575 F.Supp.2d 513 (SDNY 2008); *Gaylord v. United States*, 595 F.3d 1364 (Fed. Cir. 2010); *Lessig v. Liberation Music Pty Ltd* 1:13-cv-12028 (D. Mass. Aug 22, 2013); *Capitol Records, LLC v. Vimeo, LLC*, 972 F. Supp. 2d 500, 972 F. Supp. 2d 537 (S.D.N.Y. 2013); *Lenz v. Universal Music Corp.*, 801 F.3d 1126 (9th Cir. 2015); *Authors Guild v. Google, Inc.* 804 F.3d 202 (2d Cir. 2015).

³³¹ *Folsom v. Marsh*, 9. F.Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841). D. TAN, *Fair use and transformative play in the digital age*, in *Research handbook on Intellectual Property in Media and Entertainment*, M. RICHARDSON – S. RICKETSON (ed.), Edward Elgar Publishing Limited, 2017, p.105.

³³² W.F. PATRY, *op.cit.*, 2018, pp.66-67, critica la nozione di codificazione perché ritiene che la scelta del legislatore di non fornire una definizione sveli l'intenzione di non aggiungere nulla alla dottrina elaborata e per questo deve concludersi che l'introduzione della Section 107 sia una mera ricognizione ("*statutory recognition*") dello stato dell'arte. Per l'effetto i giudici devono usare la fonte legislativa solo come orientamento e riferimento ma non devono ritenersi vincolati all'elencazione in essa contenuta dei fattori da prendere in considerazione.

Infatti, la disomogeneità delle pronunce intervenute fino a quel momento sembrava dimostrare la mancanza di un orientamento sistematico e l'adozione di soluzioni apparentemente episodiche.³³³

Nella sua analisi, tra i quattro fattori individuati dal legislatore come determinanti ai fini della sussistenza di un *fair use*, particolare importanza dovrebbe assumere il primo, ovvero lo scopo ed il carattere dell'uso.³³⁴ A tal proposito, è celebre la giustificazione resa da Leval a tale predilezione. Il giudice infatti ritiene che l'uso, per essere “*fair*” deve essere produttivo, ovvero deve usare l'opera originaria in modo diverso, aggiungendole valore, trasformandola, convogliando in essa una nuova informazione, una nuova estetica, attribuendogli un nuovo significato.³³⁵

Solo questo potrebbe essere infatti un uso che arricchirebbe la collettività e giustificerebbe un trattamento derogatorio a favore del secondo autore. Diversamente, una tale previsione non avrebbe ragion d'essere in un sistema che intende garantire un monopolio in virtù del ruolo sociale che lo stesso può svolgere nella promozione della cultura.³³⁶

Ebbene, questa autorevole interpretazione è stata sposata dalla giurisprudenza statunitense, a partire dal celebre caso *Campbell v.*

³³³ P.N. LEVAL, *Towards a Fair Use standard*, Harvard Law Review, 103, 1990, p.1105.

³³⁴ D. TAN, *op.cit.*, 2017, p.106.

³³⁵ P.N. LEVAL, *op.cit.*, 1990, p.1111. N. RUIZ, *Copyright's Paradox: The Public Interest and Private Monopoly*, 18 Intellectual Property Law Bulletin, 2014, p.220: «*a transformative secondary use, as opposed to a transforming one, should be allowed under the fair use doctrine. In determining what qualifies as transformative, Judge Leval created a standard that differentiated between productive and non-productive uses*».

³³⁶ La Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, nel caso *Golan v. Holder*, 132 S. Ct. 873 (2012), ha chiarito che il *fair use* è uno strumento del diritto d'autore a presidio della libertà di espressione del progresso culturale come previsto dal Primo Emendamento della Costituzione americana che garantisce la tutela autoriale al fine: «*to promote the progress of science and useful arts*». Anche, C. GEIGER, *op.cit.*, 2017, p.16.

Acuff-Rose del 1994, in occasione del quale il giudice David Hackett Souter, riprendendo Leval, statuisce che scopo dell'indagine giudiziaria in materia deve essere la verifica di cosa l'opera successiva aggiunga a quella precedente ed in che misura ne modifichi il messaggio dimostrando la propria "trasformatività".³³⁷

Infatti, solo la presenza di un elemento di novità rispetto all'opera originaria giustificerebbe la tollerabilità di un tale uso, dimostrando l'efficacia del *fair use* nell'incoraggiamento della creatività - coerentemente con il dettato costituzionale - e garantendo un costante bilanciamento tra il monopolio garantito agli autori (come ricompensa del proprio sforzo creativo) ed usi non pregiudizievoli per i titolari dei diritti.³³⁸

Questo canone, la "trasformatività", ha ad oggi assunto importanza decisiva ed è assolutamente centrale in qualsiasi discussione che concerne il *fair use*. Tuttavia, deve sottolinearsi anche che nessuno dei fattori considerati dalla Section 107 ha natura decisiva di per sé, ma che

³³⁷ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994), p.9: «*The central purpose of this investigation is to see whether the new work merely "supersede[s] the objects" of the original creation ("supplanting" the original), or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message; it asks, in other words, whether and to what extent the new work is "transformative"*». O. GALLAGHER, *Reclaiming critical remix video*, Routledge, 2018, p.221, rileva che il termine trasformativo è usato per la prima volta nella sentenza in oggetto e ha riscontrato un grande successo sebbene siano ancora indefiniti i confini di tale concetto. Rispetto alla definizione di trasformativo, cita l'Organization for Transformative Works (OTW), la quale sostiene che: «*a transformative work takes something extant and turns it into something with a new purpose, sensibility, or mode of expression*». Nello stesso senso, anche C. GEIGER, *op.cit.*, 2017, p.24.

³³⁸ W.F. PATRY, *op.cit.*, 2018, p.13, rimanda a P.N. LEVAL, *op.cit.*, 1990, p.1110, secondo cui il *fair use* non dovrebbe essere considerato: «*a bizarre, occasionally tolerated departure from the grand conception of the copyright monopoly. To the contrary, it is a necessary part of the overall design*». M. RANDAZZA, *Lenz v. Universal: A Call to Reform Section 512(f) of the DMCA and to Strengthen Fair Use*, *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, 18, 3, 2016, p.121, per cui il *fair use* è uno strumento a presidio della libertà di espressione evoluto con il diritto d'autore che a sua volta è lo strumento privilegiato della tutela di questa libertà costituzionale.

gli stessi sono idonei a consentire la valutazione della liceità dell'uso solo se congiuntamente e complessivamente considerati.³³⁹

Ciò detto, e nonostante si riconosca al canone della trasformatività importanza decisiva, deve rilevarsi anche che la discussione circa la sua stessa definizione rimane aperta. Infatti, da un lato tale concetto è gravato da notevole incertezza;³⁴⁰ dall'altro, la trasformatività ha assunto rilevanza anche in relazione alla valutazione del rapporto tra *fair use* e diritto di adattamento.³⁴¹

Infatti, come svela la necessità - alla luce del quarto fattore della Section 107 - di valutare l'effetto dell'uso rispetto al mercato dell'opera originaria, l'esercizio di tale prerogativa incide direttamente sullo sfruttamento economico delle opere.³⁴² Tuttavia, non tutti gli usi derivati possono essere di per sé considerati pregiudizievoli per il titolare dei diritti, nella misura in cui non si pongono come sostituti dell'opera originaria ma come suoi complementari.³⁴³

³³⁹ W.F. PATRY, *op.cit.*, 2018, p.77, sulla natura dei fattori del test nega che essi abbiano natura autonoma ed indipendente ed invece sottolinea che sono elementi interrelati che devono essere sempre considerati nel loro complesso.

³⁴⁰ C. GEIGER, *op.cit.*, 2017, p.24, rileva l'assenza di certezza relativamente a cosa possa costituire un uso trasformativo sottolineando come diversi autori attribuiscono al concetto di trasformatività un significato diverso. Ancora, a titolo meramente esemplificativo dell'incertezza che regna in dottrina, S.A. HETCHER, *Using Social Norms to Regulate Fan Fiction and Remix Culture*, University of Pennsylvania Law Review, 157, 6, June 2009, p.34, fornisce un'altra ricostruzione, per cui la trasformatività deve contemporaneamente essere intesa in rapporto all'opera originaria e in all'apporto che l'opera derivata fornisce alla società in termini di "social welfare".

³⁴¹ V.L. BENABOU, *op.cit.*, 2014, p.13, sottolinea che il sistema continentale del diritto d'autore non conosce il concetto di opera trasformativa ma solo quello di opera derivata. La trasformatività è, infatti, un concetto che è stato mutuato dal diritto anglosassone e in particolare statunitense che lo pone come canone per la valutazione del *fair use*, e che in qualche modo sta influenzando anche il pensiero giuridico della tradizione di *droit d'auteur*.

³⁴² N. RUIZ, *op.cit.*, 2014, p.221: «*The fair use doctrine will greatly hinder the development of new transformative works if the fair use exception continues to allow for an expansive derivative work right*».

³⁴³ C. BOHANNAN, *Taming the Derivative Works Right: A Modest Proposal for Reducing Overbreadth and Vagueness in Copyright*, Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law, 12, 4, Summer 2010, p.679: «*As such, copyright*

Tale diversa valenza è, secondo la giurisprudenza, individuabile nello scopo che il soggetto agente si pone.³⁴⁴ Quando vi è una finalità trasformativa, allora sussisterebbe un *fair use*; diversamente, sarà un uso derivato e non autorizzato.³⁴⁵

Dunque, per riassumere, non può ammettersi l'esistenza di un *fair use* laddove ci potrebbe essere un uso derivativo puro, sostitutivo, in quanto il quarto fattore - l'effetto sul mercato - non può essere ingiustificatamente ignorato nei suoi effetti.³⁴⁶ Ebbene, non si può certo trascurare che tale ricostruzione teorica si scontri con una realtà fattuale in cui la definizione di un mercato rilevante o di riferimento è sempre un'operazione complessa e dagli esiti spesso imprevedibili.³⁴⁷ D'altra parte, non è certo priva di rilevanza la circostanza che proprio la necessità di bilanciamento tra interessi contrapposti - che il diritto di adattamento impone - sia il fondamento del *fair use* quale flessibile strumento di bilanciamento.³⁴⁸

law prohibits uses that are very unlikely to harm a copyright holder's incentives to produce the original work or foreseeable derivative works. Such a broad statutory prohibition is overbroad with regard to copyright's legitimate purpose».

³⁴⁴ *Castle Rock Entertainment Inc. v. Carol Publishing Group*, 150 F.3d 132 (2nd Cir. 1998)

³⁴⁵ M.W.S. WONG, "Transformative" User-Generated Content in Copyright Law: *Infringing Derivative Works or Fair Use?*, *Vand. J. Ent. & Tech. L.*, 11, 2008-2009, p.1120. Lo stesso autore rileva i giudici americani non hanno ancora chiarito se la trasformazione richiesta perché un'opera possa essere considerata derivata e non meramente contraffattoria sia la medesima sufficiente per poter beneficiare del *fair use*. Tuttavia, in *Authors Guild v. Google, Inc.* 804 F.3d 202 (2d Cir. 2015), la Corte ha riconosciuto come sufficientemente trasformativa la sola attività di digitalizzazione di opere cartacee senza alcun intervento sul messaggio convogliato dalle opere. Quindi potrebbe ammettersi che la soglia di trasformazione necessaria per potersi avere un'opera derivata sia più alta - quantomeno in termini di intervento sull'opera - di quella richiesta per poter beneficiare dell'eccezione. E che conseguentemente, gli utenti, per poter rimanere nell'ambito del *fair use* devono prestare attenzione a non eccedere nel modificare l'opera da cui traggono spunto.

³⁴⁶ *Ty, inc. v. Publ'ns Int'l*, 292 F.3d 512 (7th Circ. 2002), para. 517.

³⁴⁷ C. BOHANNAN, *op.cit.*, 2010, p.680, definisce il mercato rilevante per un'opera dell'ingegno come un "moving target".

³⁴⁸ M.W.S. WONG, *User Generated Content and the Open Source/ Creative Commons Movement: Has the Time Come for Users Rights?*, *Fordham-Ipa 4th Annual Asian IP Law & Policy Day*, 2007, p.16, per cui la dottrina statunitense del *fair use* è un

Anzi, il *fair use*, nonostante le critiche, dimostra di aver retto alla prova del tempo, della tecnologia e dell'evoluzione del diritto che questa impone.³⁴⁹ Infatti, in virtù di tale eccezione di carattere generale sono consentiti usi ritenuti profittevoli per la società, nella misura in cui non siano pregiudizievoli per il titolare dei diritti. Ovvero, sebbene anche gli usi considerati “*fair*” avvengano necessariamente tramite una riproduzione di un'opera originaria, la necessità di una sua autorizzazione si presume non socialmente ed economicamente sostenibile da parte degli utilizzatori.³⁵⁰

Ciononostante, come anticipato, le critiche alla dottrina in questione non mancano, soprattutto in considerazione del fatto che ad oggi non è ancora compiutamente definita - né legislativamente né giurisprudenzialmente -, a scapito del principio di certezza del diritto.³⁵¹

esemplare strumento di implementazione del bilanciamento tra gli interessi dei titolari dei diritti e degli utenti. Il suo punto di forza sarebbe costituito proprio dalla sua flessibilità che consente di adattarla a tutte le specificità del caso, anche se non si può negare che ciò determini l'esistenza di un certo margine di imprevedibilità.

³⁴⁹ C. GEIGER, *op.cit.*, 2017, p.16, evidenzia come nel caso *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 244 (2003) la Corte abbia proprio enfatizzato la capacità del *fair use* di bilanciare il monopolio autoriale con la libertà di espressione e la promozione della cultura conformemente al dettato del Primo Emendamento della Costituzione americana.

³⁵⁰ N. RUIZ, *op.cit.*, 2014, p.219. S.D. JAMAR, *Crafting Copyright Law to Encourage and Protect User-Generated Content in the Internet Social Networking Context*, Symposium - Internet Expression in the 21st Century: Where Technology and Law Collide, Widener L.J., 19, 2009-2010, p.870: «*even if transaction costs do not systematically disable negotiated licenses, these users are not only so important but also so characteristically underfunded that they deserve a free ride or, at least, should be required to compensate the copyright owner with no more than a reasonable fee. These social judgments presuppose that the copyright owner will be able to earn returns in other markets that are sufficient to provide it with the incentives it needs to produce copyrighted works in the desired quantity and of the desired quality*».

³⁵¹ N. RUIZ, *op.cit.*, 2014, p.219, l'approccio casistico secondo l'autore, da un lato garantisce una piena rispondenza della norma alle necessità della realtà, ma dall'altro ha portato ad una certa disomogeneità ed imprevedibilità degli esiti giudiziari. Nello stesso senso si esprime anche C. BOHANNAN, *op.cit.*, 2010, p.687, secondo cui l'incertezza è soprattutto dovuta all'assenza di una concettualizzazione e definizione del *fair use*, dei suoi scopi e limiti, che ha determinato, come conseguenza, un'incertezza applicativa.

Rimane ancora incerto infatti come possa essere valutato lo scopo avuto di mira dall'utente perché possa essere considerato trasformativo, come debba essere determinato il mercato e, infine, il valore da assegnare ai fattori del test della Section 107.³⁵²

D'altra parte, l'incertezza sembra anche accresciuta dalla circostanza che sin dalla citata sentenza resa nel caso *Campbell v. Acuff-Rose Music*, la Corte Suprema ha statuito che i fattori previsti dalla Section 107 non devono intendersi esclusivi, essendo la dottrina una “*equitable rule of reason*” rispetto alla quale assume rilevanza decisiva anche la valutazione dell'atteggiamento soggettivo dell'agente ovvero la sua buona fede, sebbene questa non sia menzionata dalla disposizione di riferimento.³⁵³

Ancora maggiore è poi l'incertezza circa il valore processuale da riconoscere al *fair use*, circostanza che è stata solo in parte chiarita nel caso *Lenz v. Universal Music Corp.* avente ad oggetto proprio un UAC.³⁵⁴

A tal proposito, è necessario preliminarmente sottolineare che la caratterizzazione giuridica del *fair use* quale mera difesa è stata

³⁵² M.W.S. WONG, *op.cit.*, 2009 p.1135.

³⁵³ Questa circostanza è enfatizzata da C. BOHANNAN, *op.cit.*, 2010, p.686, che ritiene sia impossibile fornire una definizione generale di *fair use* e che ogni caso il test deve essere risolto solo valutando le circostanze concrete. Di conseguenza, un'interpretazione omogenea e prevedibile della clausola in oggetto rimane impossibile. Nello stesso senso anche P. GOLDSTEIN, *Fair Use in Context*, Colum. J.L. & Art, 31, 2008, p.433, per cui il *fair use* sarebbe la “*balena bianca*” del diritto d'autore statunitense, enigmatico ed affascinante perché impossibile da comprendere. Al contempo l'autore enfatizza anche la necessità di non attenersi troppo strettamente ai fattori della Section 107 in quanto questi sono astratti e troppo lontani dalla complessità della realtà dei fatti in cui creare un'opera derivata è un rischio economico e giuridico che solo un giudice può risolvere in senso positivo o negativo.

³⁵⁴ N. ELKIN-KOREN, *Tailoring Copyright To Social Production, Copyright Culture, Copyright History*, Theoretical Inquiries L., 12, January 2011, p.17, rileva che la Corte Suprema degli Stati Uniti ha negato l'inquadramento del *fair use* come diritto generale per uso personale non commerciale.

tradizionalmente considerata inaccurata.³⁵⁵ Del pari, è sempre stata negata una sua qualificazione come diritto.³⁵⁶ Ebbene, la dottrina più autorevole ritiene soddisfacente un suo inquadramento quale “*affirmative defence*”, ovvero una difesa processuale per l’effetto della quale, in risposta alle doglianze del titolare dei diritti, un soggetto può dimostrare che il proprio uso non costituisce una violazione del diritto della controparte ma sia invece legittimo.³⁵⁷

In questa discussione si inserisce la decisione resa, nel Settembre 2015, dalla Corte di Appello del Nono Circuito che si è pronunciata nel caso *Lenz v. Universal Music Corp.* emettendo una decisione che ad oggi è considerata fondamentale per l’interpretazione del *fair use*, la sua valenza processuale ed in generale come significativa dell’approccio delle corti statunitensi rispetto al fenomeno degli UGC.³⁵⁸

Il caso *Lenz* inizia nel 2008,³⁵⁹ con una segnalazione promossa dalla Universal, tramite il sistema di c.d. *notice and take-down* di

³⁵⁵ W.F. PATRY, *op.cit.*, 2018, p.16. Anche D.E. ASHLEY, *The Public As Creator And Infringer: Copyright Law Applied To The Creators Of User-Generated Video Content*, Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J., 20, 2010, p.597: «*it is not entirely accurate to think of fair use only as a defence*».

³⁵⁶ W.F. PATRY, *op.cit.*, 2018, p.69.

³⁵⁷ *Id.*, p.70. Ancora, lo stesso autore, p.73, enfatizza che il «*defendant bears the burden on the defense as a whole*». Cioè il soggetto che ha compiuto un’attività che ritiene *fair use* è gravato dall’onere di dimostrare il rispetto del test della Section 107 nel suo complesso, all’esito della valutazione e del bilanciamento di tutti i rilevanti fattori. Anche M.W.S. WONG, *op.cit.*, 2009, p.1094, da atto dell’incertezza della qualificazione giuridica del *fair use* e della propensione a riconoscergli valore di “*privilegio*” nel senso che, al titolare dei diritti non può imporsi alcuna attività a favore dell’utente, ma solo un atteggiamento passivo nei confronti della creazione eventualmente derivata che, in quanto *fair use*, è tutelata dall’ordinamento: «*copyright law should not be merely about protecting the property rights of copyright owners, but should equally be about conserving the liberties of protected users*».

³⁵⁸ I. CHUANG, *Be Wary of Adding Your Own Soundtrack: Lenz v. Universal and How the Fair Use Policy Should be Applied to User Generated Content*, Loy. L.A. Ent. L. Rev., 29, 2009, p.166. Anche D. TAN, *op.cit.*, 2017, p.121, secondo cui la decisione in oggetto sembra estendere la tutela del *fair use* a molti contenuti pubblicati sulle piattaforme.

³⁵⁹ *Lenz v. Universal Music Corp.*, 572 F. Supp. 2d 1150 (N.D. Cal. 2008). Il video è tutt’oggi disponibile su YouTube all’indirizzo: <https://www.youtube.com/watch?v=NIKfJHFWlhQ>

YouTube,³⁶⁰ avente ad oggetto la rimozione di un video pubblicato sulla medesima piattaforma e rilevato tramite il sistema antipirateria di Universal.³⁶¹ Il video, caricato dalla signora Lenz nel febbraio 2007, ha una durata di 30 secondi e consiste nella ripresa del proprio bambino che, muovendo i primi passi, balla ascoltando la canzone di Prince “*Let’s go crazy*”, invero difficilmente riconoscibile per lo spettatore, sia per la brevità del video, sia per la sua cattiva qualità audio.³⁶²

³⁶⁰ La Section 512 del titolo 17 dell’United States Copyright Code (U.S.C.), lett. c) esclude la responsabilità dei prestatori di servizi quando agiscono prontamente, su segnalazione del titolare dei diritti, a disabilitare l’accesso o rimuovere le opere oggetto di notifica sistema conosciuto come c.d. *notice and take-down*. L’istanza di rimozione, per essere legalmente rilevante, deve essere conforme alle prescrizioni del paragrafo 3) della menzionata sezione, ed in particolare deve includere: «(i) *A physical or electronic signature of a person authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed.* (ii) *Identification of the copyrighted work claimed to have been infringed, or, if multiple copyrighted works at a single online site are covered by a single notification, a representative list of such works at that site.* (iii) *Identification of the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity and that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate the material.* (iv) *Information reasonably sufficient to permit the service provider to contact the complaining party, such as an address, telephone number, and, if available, an electronic mail address at which the complaining party may be contacted.* (v) *A statement that the complaining party has a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorized by the copyright owner, its agent, or the law.* (vi) *A statement that the information in the notification is accurate, and under penalty of perjury, that the complaining party is authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed».*

³⁶¹ 17 U.S.C. § 512 (2012), che codifica il Digital Millennium Copyright Act (DMCA), pub. l. n. 105-304, § 203, 112 Stat. 2860, 2877-86 (1998). M.S. SAWYER, *Filters, Fair Use, and Feedback: User-Generated Content Principles and the DMCA*, Berkley Technology Law Journal, 2009, p.379, rileva che non è stato processualmente appurato se il sistema di rilevazione della violazione usato da Universal abbia o meno coinvolto l’intervento umano o sia stato solo su base automatizzata.

³⁶² M. RIMMER, *The dancing baby: copyright law, YouTube and music videos*, in M. RICHARDSON - S. RICKETSON, *Research handbook on Intellectual Property in Media and Entertainment*, Edward Elgar Publishing Limited, 2017, p.177, sottolinea anche che il video, al momento della richiesta di rimozione, aveva ricevuto solo 273 visite. Per inciso, si rileva invece che al novembre del 2019, ne ha raggiunte più di un milione, a conferma del clamore mediatico che la vicenda ha generato.

Il video segnalato è prontamente rimosso da YouTube, e dunque la sig.ra Lenz, con l'appoggio di EFF,³⁶³ promuove un procedimento avverso la richiesta di rimozione.³⁶⁴

Il presupposto legittimante l'azione giudiziaria consisterebbe, secondo Lenz, nella circostanza che Universal avrebbe dovuto essere a conoscenza del fatto che l'uso della canzone nel video avrebbe potuto costituire un *fair use*. Al contrario, Universal sostiene, da un lato, che sia sufficiente a legittimare la propria richiesta di rimozione la convinzione che i propri diritti d'autore siano stati violati, costituendo lo standard legale la buona fede soggettiva.³⁶⁵ Dall'altro, la società si difende anche enfatizzando la natura meramente difensiva del *fair use*, che non costituisce un uso autorizzato dalla legge ma, al più, un uso depenalizzato.³⁶⁶

Coerentemente, il giudice di prima istanza (*Federal District Court*) conferma la necessità del titolare dei diritti di considerare il legittimo

³⁶³ La Electronic Frontier Foundation (EFF) è un'organizzazione nonprofit finalizzata a difendere le libertà fondamentali in rete. Fondata nel 1990, EFF caratterizza la propria azione tramite: «*impact litigation, policy analysis, grassroots activism, and technology development*». Cfr. <https://www.eff.org/about>

³⁶⁴ Ai sensi del 17 U.S.C. Section 512(f) (2012): «*Misrepresentations.—Any person who knowingly materially misrepresents under this section (1) that material or activity is infringing, or (2) that material or activity was removed or disabled by mistake or misidentification, shall be liable for any damages, including costs and attorneys' fees, incurred by the alleged infringer, by any copyright owner or copyright owner's authorized licensee, or by a service provider, who is injured by such misrepresentation, as the result of the service provider relying upon such misrepresentation in removing or disabling access to the material or activity claimed to be infringing, or in replacing the removed material or ceasing to disable access to it*».

³⁶⁵ I. CHUANG, *op.cit.*, 2009, p.177. L'autore riassume le argomentazioni di Universal sottolineando che se i titolari dei diritti dovessero considerare l'applicazione del *fair use* prima di fare una istanza di rimozione, potrebbero essere pregiudicati sia in termini di tempo che in termini economici perché è difficile, finanche per un soggetto specializzato, prevedere i possibili esiti di un giudizio di *fair use*.

³⁶⁶ *Lenz v. Universal Music Corp*, 572 F. Supp. 2d 1150 (N.D. Cal. 2008) para. 1154. M.S. SAWYER, *op.cit.*, 2009, p.378: «*though fair use excused liability, the material was still infringing*».

esercizio del *fair use* prima di chiedere la rimozione di contenuti derivati dalle proprie opere e pubblicati sulle piattaforme.³⁶⁷

Nello stesso senso si esprime anche la Corte di appello, la quale ritiene che, nonostante la tradizionale concezione del *fair use* come difesa, non può essere considerata irrilevante la circostanza che il legislatore riconosca agli utenti uno strumento di ricorso avverso richieste di rimozione ingiustificate,³⁶⁸ né che oggetto del test di *fair use* sia un'intrinseca qualità dell'opera creata, piuttosto che una circostanza fattuale in senso stretto.³⁶⁹

Per questa ragione, deve concludersi che i titolari dei diritti d'autore devono valutare, in buona fede e prima di avanzare la richiesta di rimozione, se l'opera contestata possa costituire un *fair use* consentito dalla legge.³⁷⁰

³⁶⁷ W.B. CHIK, *op.cit.*, 2011, p.251. M.S. SAWYER, *op.cit.*, 2009, p.378, rileva che il giudice di primo grado ha evitato di pronunciarsi sulla natura del *fair use* e si è piuttosto concentrato sulla finalità del DMCA ed in quest'ottica considerato la decisione di Universal di ignorare il *fair use* come sintomo di assenza della buona fede prescritta dalla Section 512(f). Anche se, è bene chiarirlo, il giudice ha comunque limitato l'effetto della disposizione alle sole ipotesi di dolo e negato che la signora Lenz abbia adeguatamente assolto al proprio onere della prova rispetto all'atteggiamento soggettivo della sua controparte.

³⁶⁸ C.M. CONCEPCION, *Beyond the Lens of Lenz: Looking to Protect Fair Use During the Safe Harbor Process Under the DMCA*, *George Mason Law Review*, 18, 1, 2010, p.231, sottolinea che la previsione dello strumento di ricorso deve essere intesa proprio come intenzione del legislatore di disincentivare i titolari dei diritti nel procedere contro contenuti che possano costituire *fair use*.

³⁶⁹ D.E. ASHLEY, *op.cit.*, 2010, p.597: «*In rejecting this argument, the court ruled that the use of copyrighted material in a new work is either fair use or not, regardless of when the issue of fair use is raised. Fair use is an inherent quality of a work; it is either present when the work is created or it is not.*».

³⁷⁰ *Lenz v. Universal Music Corp.*, 801 F.3d 1126 (9th Cir. 2015), p.25: «*Copyright holders cannot shirk their duty to consider—in good faith and prior to sending a takedown notification— whether allegedly infringing material constitutes fair use, a use which the DMCA plainly contemplates as authorized by the law.*». M.S. SAWYER, *op.cit.*, 2009, p.380, sottolinea che né il giudice di primo grado, né la Corte di appello, hanno imposto un onere di “*full investigation*” ma solo una valutazione in buona fede del possibile beneficio di *fair use*. La Corte ha anche ammesso la possibile applicazione della Section 512(f) del DMCA, che dispone anche il diritto al risarcimento dei danni patiti qualora il titolare dei diritti abbia agito in mala fede, rimettendo però la questione ad un eventuale successivo giudizio.

In quest'ottica, dunque, non è più valido l'assunto per cui il *fair use* sia una mera difesa a beneficio di usi tollerati dalla legge. Al contrario: «*fair use is authorized by the law*».³⁷¹

Non contenta di questo esito, sorprendente quanto dirompente,³⁷² Lenz ha promosso un'istanza di riesame con la quale chiedeva alla Corte di pronunciarsi circa la sufficienza di una buona fede soggettiva del titolare dei diritti e la non necessità di ancorare la propria convinzione a criteri oggettivi.³⁷³ A questa richiesta si erano uniti anche i maggiori rappresentanti della categoria delle piattaforme secondo cui l'uso abusivo del sistema di *notice and take-down* danneggia direttamente gli utenti, i prestatori di servizi e gli altri titolari dei diritti.

Tuttavia, il caso giudiziario si è concluso nel 2016 con un diniego di riesame³⁷⁴ mentre il procedimento relativo al risarcimento del danno³⁷⁵

³⁷¹ *Lenz v. Universal Music Corp*, 572 F. Supp. 2d 1150 (N.D. Cal. 2008), para. 1132.

³⁷² M. RIMMER, *op.cit.*, 2017, p.178, riconosce al caso il valore di assoluta rilevanza perché concerne questioni fondamentali rispetto alla tutela della libertà di espressione online. Certo non manca chi nega l'efficacia della pronuncia, per esempio, D.E. ASHLEY, *op.cit.*, 2010, pp.594-595, ritiene che nella prassi rimanga comunque difficile che un utente contesti la richiesta di rimozione eventualmente avanzata dal titolare dei diritti. Infatti, lo stesso caso *Lenz* non ha avuto origine dal desiderio della signora Lenz di tutelare i propri diritti ma solo dalla paura che Universal potesse procedere giudizialmente nei suoi confronti e solo l'intervento di EFF ha trasformato il giudizio dapprima in un caso mediatico e poi in un *leading case* che ha messo in discussione le pratiche interne delle maggiori società produttrici di contenuti.

³⁷³ M. RIMMER, *op.cit.*, 2017, p.183.

³⁷⁴ La sentenza del 2016 (*Lenz v. Universal Music Corp.*, No. 13-16106, 2016 WL 1056082 (9th Cir. Mar. 17, 2016), *reh'g en banc denied, id*) ha anche apportato dei chiarimenti interpretativi al contenuto della sentenza del 2015 tramite una "*amended opinion*", infatti, la Corte ha esplicitato che, para. 16, il *fair use* deve essere tenuto distinto dalle comuni "*affirmative defences*" in quanto costituisce: «*a unique situation in Copyright law, and it is thus treated differently*».

³⁷⁵ M. RANDAZZA, *op.cit.*, 2016, p.135: «*Lenz holds that the plaintiff need show only nominal damages and such damages need not even be monetary*» ciò in quanto il danno sarebbe costituito dalla violazione della libertà di espressione. Anche C.M. CONCEPCION, *op.cit.*, 2010, p.235, rileva che il danno consiste nell'abuso del diritto e deve considerarsi anche maggiore qualora il contenuto sia *time-sensitive* o controverso.

si è concluso prima della pronuncia di una sentenza, per via transattiva.³⁷⁶

Ad ogni buon conto, il caso Lenz riveste un'importanza determinante.³⁷⁷ Vero è che ad oggi sistemi di filtraggio e ricerca automatizzati difficilmente sono in grado di effettuare un test di *fair use* preventivo e giustificare un *notice and take-down* di materiale probabilmente autorizzato dalla legge.³⁷⁸ Ma, il principio di diritto espresso dalla Corte di appello impone ai titolari dei diritti di considerare più attentamente la fattispecie in fatto prima di avanzare una richiesta di rimozione.

L'effetto di tale principio è anche amplificato se considerato in combinato disposto con quanto statuito nel successivo caso *Perfect 10*.³⁷⁹ Più chiaramente, in *Lenz* si impone una valutazione aprioristica

³⁷⁶ *Lenz v. Universal Music Corp.*, No. 13-16106, 2016 WL 1056082 (9th Cir. Mar. 17, 2016), *reh'g en banc denied*, *id.* È del 27 giugno 2018 la notizia dell'intervenuto accordo tra la signora Lenz ed Universal: <https://www.eff.org/it/press/releases/stephanie-lenz-and-universal-music-publishing-group-settle-dancing-baby-case> M. RIMMER, *op.cit.*, 2017, p.182, ritiene che l'effetto della pronuncia sia tale da legittimare successive azioni degli utenti i cui video siano stati illegittimamente rimossi dalle piattaforme anche se non riescono a dimostrare di aver subito un danno economico perché la violazione consiste nella lesione della libertà di espressione, nella sola adozione di un comportamento censorio.

³⁷⁷ K. ERICKSON – A. VARINI – M. KRETSCHMER – H. HASSANI, *The reasons for copyright takedown on YouTube, and what they tell us about copyright exceptions*, EUROCP Conference, 24-25 March 2014, Brussels, p.7, sottolineano che il caso *Lenz* ha evidenziato un importante elemento dell'esistente sistema di *notice and take-down*, ovvero che la tecnologia del “*fingerprinting*”, essenziale per l'individuazione del materiale in violazione, fornisce spesso risultati “*falsi positivi*” che comportano ingiustificate richieste di rimozione. Y. GENDREAU, *op.cit.*, 2018, p.106, secondo cui *Lenz* dimostra che ancora è inesplorato il meccanismo di interazione tra elementi fondanti il diritto d'autore e le nuove tecnologie e soprattutto che manca sistematicità tra le disposizioni più classiche e quelle poste a presidio delle nuove tecnologie, come nel caso di specie tra il *fair use* e il DMCA.

³⁷⁸ M. RIMMER, *op.cit.*, 2017, p.185. D.E. ASHLEY, *op.cit.*, 2010, p.600, rileva che il sistema del DMCA incentiva sistemi automatizzati di rilevazione di opere non autorizzate e rimane comunque di fatto possibile per i titolari dei diritti ignorare questo nuovo onere di valutazione preliminare del *fair use* perché la sua mancanza potrebbe emergere solo in una fase processuale successiva alla contestazione della richiesta di rimozione avanzata, che è solo eventuale.

³⁷⁹ *Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC*, 488 F.3d 1102 (9th Cir. 2007).

del *fair use* ed in *Perfect 10* si impone di valutare anche lo scopo avuto di mira dal presunto contraffattore. Infatti, anche una copia identica di un'opera può costituire un uso lecito quando sia finalizzata ad uno scopo diverso da quello dell'opera originaria.³⁸⁰

Ancora, *Perfect 10* statuisce che, perché sia valida una richiesta di rimozione, è necessario che i titolari dei diritti abbiano osservato tutte le condizioni della Section 512(c)(3) tra cui, all'esito della pronuncia *Lenz*, deve considerarsi anche una preventiva valutazione dell'esercizio *fair use*. In mancanza, le condizioni legali non sarebbero rispettate e l'intermediario non potrebbe intervenire né essere ritenuto altrimenti responsabile.³⁸¹

Tutto ciò considerato, rimane in dottrina un certo scetticismo circa l'effettiva implementabilità di tali principi e soprattutto circa la possibilità che il *fair use* sia uno strumento efficiente sul Web 2.0 con riferimento agli UGC.³⁸²

³⁸⁰ Come nel caso di specie, il funzionamento di un motore di ricerca. D. TAN, *Fair use and transformative play in the digital age*, in *Research handbook on Intellectual Property in Media and Entertainment*, M. RICHARDSON – S. RICKETSON (ed.), Edward Elgar Publishing Limited, 2017, p.129, ritiene che i principi di diritto espressi in *Lenz* e in *Perfect10* abbiano la capacità di arginare il problema dell'*overblocking* e dell'abuso del diritto da parte dei grandi *stakeholders*.

³⁸¹ *Perfect 10 Inc. v. CCBill LLC* 488 F.3d 1102 (9th Cir. 2007), para. 1112. C.M CONCEPTION, *op.cit.*, 2010, pp.238-239, sottolinea che qualora il titolare dei diritti si rifiuti di allegare il "*good-faith statement*", allora non può essere considerata soddisfatta la condizione fondante la responsabilità che l'intermediario abbia piena conoscenza della violazione.

³⁸² G. MAZZIOTTI, *Copyright in the EU Digital Single Market*, CEPS Task Force Reports, 2013, p.78, l'interpretazione del *fair use* ha subito una profonda modifica recentemente e l'uso digitale delle opere, come la maggiore incidenza della tecnologia nelle modalità di sfruttamento ha determinato una maggiore imprevedibilità dell'applicazione del *fair use* stesso. S. PERLMUTTER, *Making copyright work for a global market: policy revision on both sides of the Atlantic*, Columbia Journal of Law & the Arts, 2014, da atto del fatto che, nonostante il *fair use* sia uno strumento versatile e potrebbe ben rispondere alle esigenze della regolazione del fenomeno UGC, comunque gli U.S.A. hanno elaborato nel luglio 2013 un *Green Paper on Copyright Policy, Creativity and Innovation in the Digital Economy* per analizzare le questioni di maggiore attualità, tra cui proprio gli UGC. La principale differenza ravvisata tra il sistema U.S.A. e quello dell'Unione Europea a tal proposito è stata una maggiore reattività dei soggetti del mercato, che su base volontaria, hanno adottato

5. *Il possibile recepimento del fair use in Unione Europea*

Come detto, la Commissione, in occasione della consultazione pubblica prodromica alla formulazione della proposta di riforma del diritto d'autore europeo, aveva sottoposto all'attenzione dei partecipanti anche una valutazione circa l'opportunità di introdurre nell'Unione Europea una clausola simile al *fair use*, al fine di poter usufruire di un flessibile strumento interpretativo che ha dimostrato la capacità di intervenire opportunamente in materia di UGC.

In verità, non manca chi ritiene che il *fair use* sia lo strumento migliore per la regolazione del fenomeno degli UAC e debba essere elaborato ed applicato su base internazionale in considerazione della transnazionalità dei soggetti coinvolti.³⁸³

Per questo, l'introduzione di una clausola di *fair use* nel diritto d'autore dell'Unione Europea rimane un tema aperto. Infatti, questa eccezione a formulazione aperta ha dimostrato di essere in grado di mantenere l'equilibrio tra diverse istanze in perenne contrasto, ovvero di riuscire a tenere distinti gli effetti giuridici degli usi produttivi, di quelli puramente personali e di quegli usi promiscui che pur essendo produttivi rimangono però limitati negli effetti alla sfera personale del soggetto che li compie.³⁸⁴

Non si può, dunque trascurare l'esistenza di un vasto - ed autorevole - consenso che l'eventualità dell'introduzione di una clausola di *fair use*

delle prassi concordate per una migliore gestione del fenomeno. Tuttavia, gli interrogativi giuridici persistono e sono i medesimi per i diversi ordinamenti.

³⁸³ M.S. SAWYER, *op.cit.*, 2009, p.366, cita in particolare i “*Fair Use Principles for User Generated Video Content*” elaborati da EFF: <https://www.eff.org/it/pages/fair-use-principles-user-generated-video-content> o ancora, al “*The Code of Best Practices in Fair Use for Online Video*” <https://creativecommons.org/tag/code-of-best-practices-in-fair-use-in-online-video/>

³⁸⁴ M.W.S. WONG, *op.cit.*, 2009, p.1095.

nel diritto d'autore dell'Unione Europea ha raccolto. Ciò soprattutto in ragione delle criticità caratterizzanti l'attuale sistema europeo di limitazioni ed eccezioni al diritto d'autore che non sembra al momento in grado di garantire un adeguato livello di certezza del diritto né di rispondere adeguatamente alle pressioni tecnologiche.³⁸⁵

D'altra parte, anche in ragione della complessità del processo legislativo dell'Unione Europea, che determina il moltiplicarsi delle procedure - dovendo seguire a quella sovranazionale, anche quella nazionale - il diritto d'autore europeo sembra tenere difficilmente il passo con l'evoluzione sociale e tecnologica, né le esistenti previsioni sembrano sufficienti.³⁸⁶

Questo è soprattutto valido con riferimento al complesso di eccezioni e limitazioni previsto dalla Direttiva InfoSoc, e massimamente dovuto alla intrinseca contraddittorietà che il sistema ha svelato. Come anticipato, infatti, l'articolo 5 della Direttiva InfoSoc individua un

³⁸⁵ M. SENFTLEBEN, *Bridging the Differences between Copyright's Legal Traditions – The Emerging EC Fair Use Doctrine*, Journal of the Copyright Society of the U.S.A., 57, 3, Spring 2010, p.69, ritiene che un goffo tentativo di rispondere a queste due principali esigenze sia stata la trasposizione del *three-step test* nell'art. 5 della Direttiva 2001/29/CE. Tuttavia, il medesimo autore rileva come questa inserzione ha avuto l'effetto di aumentare l'incertezza applicativa e moltiplicare le eccezioni previste a livello nazionale. Al contrario, non può essere utilizzata per aumentare lo spazio di azione degli utenti e dunque è impossibile sfruttare il margine di flessibilità che pure potrebbe astrattamente garantire. Lo stesso autore, p.78, avanza anche una concreta proposta di modifica che concilierebbe sia la previsione dell'elencazione contenuta all'art. 5 della Direttiva 2001/29/CE che una clausola aperta sul modello del *fair use*. Nello stesso senso anche, P.B. HUGENHOLTZ – M. SENFTLEBEN, *Fair Use in Europe. In search of flexibilities*, IViR, 2011, p.4. C. GEIGER, "Fair Use" through *Fundamental Rights in Europe: When Freedom of Artistic Expression allows Creative Appropriations and Opens up Statutory Copyright Limitations*, Center for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper, 09, 2018; T. RENDAS, *Copyright, Technology and the CJEU: An Empirical Study*, International Review of Intellectual Property and Competition Law, 49, 2, 2018, pp.153 ss. *Melius*, Capitolo Secondo, para. 4.3.

³⁸⁶ P.B. HUGENHOLTZ, *Flexible Copyright: Can EU Author's Right Accommodate Fair Use?*, in *New Developments in EU and International Copyright Law*, I.A. STAMATOUDI (ed.), Wolters Kluwer, 2016, p.420: «increasing mismatch between the law of copyright and emerging social norms in Europe». M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2010, p.539.

numero chiuso di eccezioni la cui adozione da parte degli Stati membri è solo facoltativa.³⁸⁷ A ciò si aggiunga poi che le norme ivi previste hanno subito anche gli effetti delle diverse strategie di implementazione nazionale,³⁸⁸ dell'interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione Europea e del ruolo che questa ha assegnato al *three-step test* previsto dal paragrafo 5 dell'articolo in oggetto.³⁸⁹

A tal proposito, deve sottolinearsi come l'evoluzione giurisprudenziale sembra aver inciso sulla natura della norma di cui all'articolo 5, paragrafo 5, attribuendole un'efficacia restrittiva delle eccezioni previste a livello nazionale, diversamente da quella che, invece, potrebbe essere stata l'intenzione del legislatore europeo.³⁹⁰

A partire dalla sentenza Infopaq,³⁹¹ infatti, la Corte ha stabilito che le esistenti eccezioni ai diritti degli autori devono essere adottate alla luce

³⁸⁷ *Melius*, Capitolo Secondo, para. 4.

³⁸⁸ P.B. HUGENHOLTZ – M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2011, p.14, per cui le differenze esistenti nei diversi ordinamenti rispetto all'adozione delle medesime eccezioni previste dalla Direttiva 2001/29/CE non sono da sottostimare negli effetti che producono rispetto al principio di certezza del diritto nella misura in cui gli usi transfrontalieri sono ormai la prassi.

³⁸⁹ Direttiva 2001/29/CE, art. 5, para. 5: «Le eccezioni e limitazioni di cui ai paragrafi 1, 2, 3 e 4 sono applicate esclusivamente in determinati casi speciali che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare».

³⁹⁰ Il legislatore europeo aveva probabilmente di mira la sola garanzia del rispetto degli impegni internazionali assunti con la Convenzione di Berna (art.9), i TRIPS (art.13) ed il WCT (art.10). Coerentemente, Direttiva 2001/29/CE, Cons. 44: «La facoltà di applicare le eccezioni e le limitazioni previste nella presente direttiva deve essere esercitata nel rispetto degli obblighi internazionali. Le eccezioni e le limitazioni non possono essere applicate in modo da arrecare pregiudizio agli interessi legittimi dei titolari dei diritti o da essere in contrasto con la normale utilizzazione economica delle loro opere o materiali protetti. L'introduzione di tali eccezioni o limitazioni da parte degli Stati membri deve in particolare tenere debitamente conto dell'accresciuto impatto economico che esse possono avere nel contesto del nuovo ambiente elettronico. È pertanto possibile che la portata di alcune eccezioni o limitazioni debba essere ulteriormente limitata nel caso di taluni nuovi utilizzi di opere e materiali protetti». Sul punto, anche, M. SENFTLEBEN, *Comparative Approaches to Fair Use: An Important Impulse for Reforms in EU Copyright Law*, in *Methods and Perspectives in Intellectual Property*, G.B. DINWOODIE (ed.), Edward Elgar, 2014.

³⁹¹ Corte di giustizia dell'Unione Europea, Quarta Sezione, sentenza 16 luglio 2009, nella causa C-5/08, Infopaq International A/S contro Danske Dagblades Forening.

del *three-step test*, e successivamente anche esaminate e reinterpretate in virtù del medesimo principio.³⁹²

Di conseguenza, lo spazio lasciato dalla Direttiva InfoSoc a vantaggio dei legislatori nazionali subisce una sostanziale riduzione,³⁹³ non solo all'esito del recepimento nazionale, ma anche per gli effetti dell'eventuale intervento giurisprudenziale.³⁹⁴

Tuttavia - nonostante le evidenti criticità - l'esistente impianto di eccezioni e limitazioni al diritto d'autore non può certo essere integralmente abbandonato, piuttosto dovrebbe essere oggetto di un serio ripensamento.³⁹⁵ Sarebbe infatti ingenuo attribuire al *fair use* un ruolo salvifico, anzi, il semplice trapianto della clausola sarebbe impossibile e comunque non auspicabile.³⁹⁶ L'adozione di una formulazione aperta non è infatti una caratteristica meramente formale ed attinente alla sola tecnica legislativa prescelta, ma rispecchia la diversità esistente tra le tradizioni filosofiche ed istituzionali degli ordinamenti giuridici, tra i sistemi di *common law* e quelli di *civil law*.³⁹⁷

³⁹² M. SENFTLEBEN, *The Perfect Match: Civil Law Judges and Open-Ended Fair Use Provision*, Am. U. Int'l L. Rev., 33, 2017, p.282.

³⁹³ P.B. HUGENHOLTZ, *op.cit.*, 2016, p.428, secondo cui l'approccio della Corte ha un plurimo effetto limitativo. Gli Stati non possono adottare eccezioni non previste dall'art. 5 della Direttiva 2001/29/CE se non nei limiti del *three-step test* ed i giudici sono vincolati in diversi Stati membri all'interpretazione delle eccezioni esistenti conformemente al *three-step test*.

³⁹⁴ C. GEIGER, "Fair Use" through Fundamental Rights in Europe: When Freedom of Artistic Expression allows Creative Appropriations and Opens up Statutory Copyright Limitations, Center for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper, 09, 2018, p.25. M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2017, p.272.

³⁹⁵ P.B. HUGENHOLTZ, *op.cit.*, 2016, p.435.

³⁹⁶ C. GEIGER, *op.cit.*, 2018, p.28: «*the mere transplant of a U.S.-type fair use provision would admittedly not be ideal*». P.B. HUGENHOLTZ, *op.cit.*, 2016, p.423, del pari ritiene che una simile operazione acritica possa solo condurre a: «*unintended consequences and ultimately systemic rejection*».

³⁹⁷ M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2010, p.68. C. GEIGER – E. IZYUMENKO, *Towards a European "fair use" grounded in freedom of expression*, Center for International Intellectual Property Studies Research Paper., 02, 2019, p.22, rilevano come la tradizionale ed originaria centralità dell'autore ha perso la propria rilevanza del diritto

D'altro canto, non è necessario cancellare l'*acquis* comunitario ma, al più, valutare l'opportunità di introdurre nell'impianto esistente una clausola di bilanciamento, che aggiunga la flessibilità necessaria per garantire un costante aggiornamento ed una persistente efficacia del diritto dell'Unione Europea.³⁹⁸

In quest'ottica devono essere dunque esaminate le criticità che un'eccezione a formulazione aperta può presentare, in considerazione del sistema giuridico e delle finalità che l'Unione Europea si pone in materia di diritto d'autore. Ovvero, più chiaramente, rispetto alla difficoltà di conciliare l'obiettivo di innalzare il livello di armonizzazione con una disposizione aperta, per cui l'applicazione giurisprudenziale è quanto mai determinante alla stessa formazione della norma di diritto.³⁹⁹

Il meccanismo flessibile di determinazione dei casi di *fair use* trova infatti la sua naturale collocazione in un sistema fondato sulla stretta vincolatività del precedente giudiziario, principio estraneo a gran parte dei sistemi europei che, al contrario, negano tale vincolatività e che, dunque, potrebbe finanche risultare controproducente nella misura in

d'autore dell'Unione Europea a favore degli interessi dei grandi titolari dei diritti e che, in generale, le differenze tra sistemi di *civil e common law* non dovrebbero essere esagerate nei loro effetti. P.B. HUGENHOLTZ, *op.cit.*, 2016, p.421. La legislazione americana è incentrata sul "*copyright*" inteso come diritto di copiare e non sul diritto d'autore inteso come diritto dell'autore di controllare la propria opera. Nello stesso senso anche: V.L. BENABOU, *op.cit.*, 2014, p.81. P.B. HUGENHOLTZ - M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2011, p.2, espressamente: «*It is commonly recognized that also the differences in the justification of the copyright law are an important factor to consider. The US utilitarian approach, industry focused, prefers a pragmatic approach while the droit d'auteur tradition is more worried of the preservation of the author as such*». Ancora, G. MAZZIOTTI, *op.cit.*, 2013, p.77, enfatizza l'opportunità di riflettere sulla circostanza che la dottrina del *fair use* che oggi conosciamo è frutto di un centinaio di anni di pronunce giudiziarie che l'hanno plasmata tenendo conto delle peculiarità del sistema giuridico americano.

³⁹⁸ M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2010, p.541.

³⁹⁹ C. GEIGER, *op.cit.*, 2017, p.24, distingue tra la tradizione continentale che adotta previsioni contenenti ipotesi tassative di eccezioni al diritto d'autore e quella di *common law* che preferisce invece disposizioni "*open-ended*".

cui potrebbe determinare una moltiplicazione del contenzioso e dei suoi esiti.⁴⁰⁰

Tuttavia, non può ignorarsi che i sistemi di *civil law* non siano nuovi all'utilizzo di clausole generali, anzi, queste si sono rivelate essere gli strumenti più efficienti ed utili per preservare l'attualità del diritto alla prova del tempo.⁴⁰¹ D'altro canto, anche i giudici degli ordinamenti di *civil law* sono in grado di fare sforzi interpretativi importanti, dovendo adottare le proprie decisioni in risposta ai fatti, a cui le regole del diritto devono essere applicate.⁴⁰²

Ed infine, sebbene il precedente giudiziario non abbia la medesima valenza che nei sistemi di *common law*, l'interesse a mantenere l'omogeneità del sistema nel suo complesso, a rispettare il principio di certezza e prevedibilità del diritto, ha fatto sì che anche negli ordinamenti continentali si sia sviluppata una certa tendenza alla valorizzazione del precedente, quantomeno in senso gerarchico e normofilattico.⁴⁰³

Ancora, un'altra critica spesso mossa con riferimento all'adozione di un'eccezione aperta attiene alla presunta imprevedibilità ed incertezza,

⁴⁰⁰ Infatti, come sopra menzionato, è oggetto di criticità l'imprevedibilità dell'applicazione della norma, considerata la più problematica del diritto d'autore statunitense. R. ASHCROFT – G. BARKER, *Is copyright law fit for purpose in the Internet era? An economic and legal perspective*, European Commission, 2014, p.16, ricorda che la dottrina del *fair use* - nel caso *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984) - è stata definita: «*the most troublesome in the whole law of copyright*». Nello stesso senso, R. TUSHNET, *User-Generated Discontent: Transformation in Practice*, Colum. J.L. & Arts, 31, 2008, p.101: «*theories of fair use are also theories of unfair use*». In senso apertamente contrario si è espresso anche l'Avvocato Generale M. Szpunar nelle Conclusioni presentate il 10 gennaio 2019 nella causa C-516/17, *Spiegel Online GmbH*, para. 63.

⁴⁰¹ P.B. HUGENHOLTZ – M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2011, p.8, rilevano che questo è particolarmente evidente nel campo del diritto civile e commerciale.

⁴⁰² C. GEIGER, *op.cit.*, 2018, p.24. C. GEIGER – E. IZYUMENKO, *op.cit.*, 2019, p.19. P.B. HUGENHOLTZ, *op.cit.*, 2016, p.422.

⁴⁰³ M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2017, p.253. Nello stesso senso anche l'Avvocato Generale M.C. Sánchez Bordona nelle sue Conclusioni presentate l'8 dicembre 2016 nel caso C-527/15, *Stiching Brein contro Filmspelers*, para. 41.

sebbene debba invece concludersi che non porrebbe problemi diversi rispetto a quelli posti dai più tradizionali principi del diritto a tutti familiari quali, per esempio, la buona fede e la diligenza.⁴⁰⁴

Più importanti sembrano invece gli interrogativi posti da chi dubita della compatibilità tra il *fair use* ed il *three-step test*.

Vero è che l'ampia formulazione del *three-step test*, che impone agli Stati nazionali di considerare “*taluni casi speciali*”, l'eventuale “*danno allo sfruttamento normale dell'opera*” ed il “*pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi dell'autore*”, rende oggi in parte difficile ravvedere la matrice comune delle eccezioni e limitazioni esistenti nei diversi ordinamenti.⁴⁰⁵ Ed è a tal proposito sintomatica l'incertezza esistente circa la *compliance* degli U.S.A. al *three-step test* nonostante la clausola di *fair use* sembri così simile nella sua formulazione alla previsione internazionale.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ P.B. HUGENHOLTZ – M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2011, p.9, rilevano che, in realtà, l'applicazione da parte dei giudici di merito ha svelato una certa prevedibilità e omogeneità, diversamente da quanto apparirebbe guardando solo alle pronunce delle corti superiori. C. GEIGER – E. IZYUMENKO, *op.cit.*, 2019, p.20.

⁴⁰⁵ P. CHAPDELAINÉ, *Copyright User Rights, Contracts and the Erosion of Property*, Oxford University Press, 2017, p.38; C. GEIGER, *op.cit.*, 2017, p.44; M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2010, p.75.

⁴⁰⁶ P. CHAPDELAINÉ, *op.cit.*, 2017, p.40. Più chiaramente, le critiche sono soprattutto dovute alla necessità gravante sugli Stati nazionali di individuare “*taluni casi speciali*” di eccezione al diritto d'autore e ci si domanda se sia sufficiente che tale individuazione avvenga in fase di applicazione del diritto o se deve essere invece necessariamente la norma a caratterizzare la fattispecie in maniera compiuta ed aprioristica. In tal senso, J.C. GINSBURG, *Letter from the U.S.: Exclusive Rights, Exceptions, and Uncertain Compliance with International Norms - Part II (Fair Use)*, RIDA, 2014. P. SAMUELSON - K. HASHIMOTO, *op.cit.*, 2018, p.2, con specifico riferimento alla Section 107, e quindi al sistema statunitense, non condividono questa ricostruzione. Innanzitutto per un fattore storico, perché quando gli U.S.A. hanno aderito al trattato di Berna nel 1989 il *fair use* è stato accettato come conforme all'art. 9 e di conseguenza non può neppure ritenersi difforme dall'art. 13 dei TRIPS. Infatti, nessuno degli Stati membri, né gli esperti o i funzionari WIPO, sollevò alcuna obiezione sulla compatibilità del *fair use* con le obbligazioni internazionali. In secondo luogo, anche il contenuto della clausola in questione è da ritenersi *compliant*. Infatti, copre tutta una serie di ipotesi a tutela della libertà di espressione, oltre che usi per critica, insegnamento, citazione, usi privati che sono coperti da specifiche eccezioni nei diversi Stati. Dunque, sia formalmente che sostanzialmente deve essere ravvisato un parallelismo tra *fair use* e *three-step test* e primariamente per la loro

Tuttavia, diverse circostanze fattuali spingono a concludere nel senso della compatibilità tra una norma aperta quale il *fair use* ed il *three-step test*.

Innanzitutto, l'adesione degli U.S.A. alla Convenzione di Berna e ai TRIPS è avvenuta senza che nessuno Stato aderente contestasse il mancato rispetto del *three-step test*. In secondo luogo, allorchè la questione è stata sollevata tramite il sistema di risoluzione delle controversie del WTO, il Panel si è espresso in senso negativo.⁴⁰⁷ Infine, un considerevole numero di Paesi dispone oggi di previsioni costruite sul modello del *fair use*.⁴⁰⁸

Proprio tale ultima circostanza dovrebbe costituire un serio argomento a sostegno della opportunità di innalzare la flessibilità del sistema del diritto d'autore nel suo complesso senza ingenuamente temere pericoli per il principio di certezza del diritto, ed anzi, in questa direzione, verso l'aumento della flessibilità del sistema del diritto d'autore, si stanno alzando diverse ed autorevoli voci.

In particolare, ha incontrato favore la proposta di una rilettura del *three-step test* nel sistema del diritto d'autore dell'Unione Europea in senso diverso rispetto alla tendenza invalsa nella prassi legislativa e

formulazione ampia e fondata sull'individuazione di criteri per valutare la liceità di determinati usi. Rimane, infine, il problema del rapporto tra *fair use* e diritti morali, ed in particolare il diritto all'integrità dell'opera, questione che ancora non è stata affrontata dalle corti. In tal senso, C. SMITH, *Creative Destruction: Copyright's Fair Use Doctrine and the Moral Right of Integrity*, *Pepperdine Law Review*, 47, 2019, p.28, ritiene che: «*fair use can and should be used to limit authors' integrity claims*».

⁴⁰⁷ M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2010, p.76, sul punto rimanda alla decisione del WTO Panel sulla Section 110(5) Copyright Act in cui l'organismo internazionale si è espresso nel senso che: «6.108 - *The ordinary meaning of "certain" is known and particularised, but not explicitly identified, "determined, fixed, not variable; definitive, precise, exact". In other words, this term means that, under the first condition, an exception or limitation in national legislation must be clearly defined. However, there is no need to identify explicitly each and every possible situation to which the exception could apply, provided that the scope of the exception is known and particularised. This guarantees a sufficient degree of legal certainty*».

⁴⁰⁸ C. GEIGER, *op.cit.*, 2018, p.28, rileva che sono più di quaranta gli ordinamenti che hanno adottato una norma aperta di eccezioni e limitazioni al diritto d'autore.

giudiziaria per cui la norma internazionale costituisce oggi uno strumento di limitazione della potestà legislativa nazionale.⁴⁰⁹

Questa lettura vorrebbe invece garantire maggiore efficacia e funzionalità alla regola. Innanzitutto, i diversi fattori del test dovrebbero essere considerati e trattati come entità indivisibile che consente una valutazione complessiva del caso. Poi, bisognerebbe escludere, in quanto non legittimata dal tenore letterale della norma in alcuna delle sue formulazioni (Convenzione di Berna, TRIPS o WCT), un'interpretazione restrittiva delle limitazioni ed eccezioni al diritto d'autore che, invece, devono essere interpretate in virtù dello scopo che le stesse si pongono.

Ancora, il test non può essere inteso ad escludere l'adozione, da parte degli Stati nazionali, di eccezioni e limitazioni aperte né ad adottare eccezioni e limitazioni non previste dalle fonti primarie dei trattati europei e internazionali.

A tal proposito, deve presumersi che un'eccezione o limitazione al diritto d'autore non sia confliggente con il normale sfruttamento dell'opera quando fornisce tutela contro condotte anti-competitive e quando garantisce un'equa remunerazione.

Infine, deve essere tenuto in debito conto non solo l'interesse del titolare dei diritti ma anche quello dei soggetti terzi che, sebbene non esplicitamente menzionati dalla lettera del test sono soggetti necessitati, ed alla luce delle loro istanze deve essere svolta l'intera valutazione di bilanciamento.⁴¹⁰

In quest'ottica il *three-step test* stesso potrebbe essere funzionale a riempire vuoti legislativi e colmare eventuali sproporzioni tra gli

⁴⁰⁹ C. GEIGER – R. HILTY – J. GRIFFITHS – U. SUTHERSANEN, *Declaration A Balanced Interpretation Of The “Three-Step Test” In Copyright Law*, JIPITEC, 1, 2010, p.119.

⁴¹⁰ C. GEIGER – R. HILTY – J. GRIFFITHS – U. SUTHERSANEN, *op.cit.*, 2010, p.711.

interessi coinvolti, come nel caso degli UAC, senza costituire un limite per gli Stati nazionali ma solo uno strumento di orientamento e flessibilità.⁴¹¹

Secondo una diversa ricostruzione, poi, un aumento della flessibilità del sistema sarebbe determinato dall'interazione tra il *three-step test* così inteso e la necessaria considerazione dei diritti fondamentali previsti dalla Carta di Nizza, ovvero tramite un test di stretta proporzionalità che garantisca l'equilibrio tra i diritti coinvolti.⁴¹²

D'altra parte, la Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamata a pronunciarsi sul rapporto tra diritto d'autore e libertà di espressione nel caso *Ashby Donald*,⁴¹³ ha statuito che anche in ipotesi di evidenti violazioni del diritto d'autore è sempre necessario valutare se la limitazione della libertà di espressione sia "*necessaria in una società democratica*" e rispettosa del bilanciamento tra i diritti.⁴¹⁴

Dunque, potrebbe immaginarsi - in un'ottica di maggiore trasparenza e di superamento sovranazionale della esistente frammentazione - l'adozione di una norma aperta fondata sul *three-step test* alla luce del *case law* esistente in materia di libertà di espressione.⁴¹⁵

Quest'ultima infatti costituisce il reale contraltare del diritto d'autore, l'interesse confliggente per eccellenza, l'unico che legittima una seria

⁴¹¹ M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2017, p.279.

⁴¹² C. GEIGER, *op.cit.*, 2018, p.10.

⁴¹³ European Convention on Human Rights, *Ashby Donald and Others v France*, 10 Jan 2013.

⁴¹⁴ C. GEIGER, *op.cit.*, 2018, p.11; P.B. HUGENHOLTZ, *op.cit.*, 2016, p.430.

⁴¹⁵ C. GEIGER – E. IZYUMENKO, *op.cit.*, 2019, pp.27-28, propongono un *fair use* basato sulla libertà di espressione come interpretata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha individuato una serie di fattori rilevanti non diversamente da quanto è avvenuto con il *fair use* statunitense. Ed in particolare: (i) la natura dell'espressione artistica (commerciale/non commerciale); (ii) lo scopo e la natura del messaggio coinvolto; (iii) i diritti ed interessi in conflitto; (iv) la disponibilità di mezzi alternativi di accesso all'informazione; (v) il rapporto temporale tra le due forme espressive; (vi) lo *status* dei soggetti coinvolti (professionale/amatoriale); (vii) la forma dell'espressione; (viii) il mezzo espressivo prescelto e (ix) tutto quanto possa essere idoneo a determinare la decisione del caso di specie.

limitazione delle prerogative autoriali e che solo una norma aperta, in quanto di stretta aderenza casistica, potrebbe efficacemente tutelare. Ciò non varrebbe a sostituire la previsione della Direttiva InfoSoc, ma ad affiancarla per intervenire in via correttiva in quegli spazi che mostrano un evidente squilibrio a favore dei titolari dei diritti, come nel caso degli UAC.⁴¹⁶

Ebbene, non si può trascurare l'impossibilità, nel vigente sistema di eccezioni al diritto d'autore europeo di dare il giusto peso alla circostanza per cui gli UAC siano solo in rari casi in grado di competere economicamente con l'opera da cui traggono origine e causare un pregiudizio economico all'autore dell'opera originaria, fattori che invece potrebbero assumere la dovuta rilevanza tramite uno strumento di bilanciamento più flessibile costruito sul modello dei *fair use*.

D'altra parte, da una prospettiva economica e di stretta attualità, i monopoli garantiti dal diritto d'autore tutelano gli investimenti a detrimento dell'innovazione successiva e delle creazioni derivate. Dunque, in una fase storica in cui i diritti degli autori aumentano, dovrebbero aumentare proporzionalmente anche le tutele per i terzi (gli utenti) o quantomeno gli strumenti a loro disposizione, se si vuole continuare a preservare l'interesse comune al progresso culturale e alla ricchezza delle informazioni in circolazione.⁴¹⁷

6. Considerazioni conclusive

In ultima istanza, le riflessioni sopra svolte rispetto a due modelli tra loro molto diversi conducono ad una medesima conclusione circa

⁴¹⁶ P.B. HUGENHOLTZ, *op.cit.*, 2016, p.431.

⁴¹⁷ M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2010, p.525.

l'impossibilità di importare le soluzioni normative elaborate in ordinamenti differenti.⁴¹⁸

D'altra parte, l'efficienza delle soluzioni normative deve essere considerata con riferimento all'intero contesto giuridico in cui queste sono collocate per essere realmente apprezzata.

Coerentemente, l'eccezione canadese è comprensibile solo considerando che la sentenza *CCH Canadian Ltd. v. Law Soc'y of Upper Canada*, ha ridisegnato il rapporto tra diritti degli autori ed eccezioni chiarendo che queste ultime costituiscono diritti degli utenti in senso stretto e si pongono dunque sul medesimo piano dei diritti degli autori.⁴¹⁹

È dunque in quest'ottica che deve valutarsi l'assetto creato dalla Section 29.21. Infatti, esclusa la rilevanza degli atti in violazione del diritto d'autore posti in essere senza scopo lucrativo, esercitando gli utenti un proprio autonomo diritto, spetterebbe agli intermediari, che sfruttano i contenuti così generati, remunerare i titolari dei diritti i cui interessi sono stati precedentemente frustrati dall'applicazione dell'eccezione in commento.⁴²⁰

Solo così diventa d'altra parte evidente che l'eccezione di fatto copre solo un versante del rapporto triangolare utenti/autori/piattaforme, quello tra utenti ed autori, mentre non coinvolge il rapporto tra

⁴¹⁸ P.K. YU, *op.cit.*, 2014, p.183: «*When industry-based settlements are transplanted abroad, they are particularly dangerous because they bring along business and regulatory models that foreign beneficiaries prefer and that may not exist on local soils*».

⁴¹⁹ *CCH Canadian Ltd v Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 SCR 339, 2004 SCC 13. Y. GENDREAU, *op.cit.*, 2018, p.112; W.B. CHIK, *op.cit.*, 2011, p.246. Più approfonditamente in tema di eccezioni al diritto d'autore nell'ordinamento canadese, cfr. P. CHAPDELAIN, *Copyright User Rights. Contracts and the Erosion of Property*, Oxford University Press, 2017, pp.35-54.

⁴²⁰ M. HEBB, *op.cit.*, 2014, p.247.

utenti/piattaforme e piattaforme/autori non diversamente da quanto avviene nel sistema della Direttiva MUD.⁴²¹

Così il *fair use* può essere compreso ed apprezzato solo alla luce della giurisprudenza e della dottrina statunitense e - nel contesto del Web 2.0 - del sistema del *notice and take-down* previsto dal DMCA.

Infatti, seppure si volesse ammettere che la previsione sia una versione nazionale del *three-step test* internazionale non pare in grado di soddisfare adeguatamente - e da sola - le esigenze del diritto d'autore dell'Unione Europea.

Ebbene, è indubbio che gli UAC siano solo in rari casi in grado di competere economicamente con l'opera da cui traggono origine e causare un pregiudizio economico all'autore dell'opera originaria.⁴²²

Come non si può ignorare che il movente economico per la produzione di opere dell'ingegno abbia perso importanza e che forse lo stesso test del *fair use* debba essere rielaborato e aggiornato al contesto digitale.⁴²³

Tutte queste circostanze non possono essere trascurate perché legano ancora più strettamente gli UAC all'opera da cui traggono origine, in termini di motivazione, messaggio e solo in un'ultima istanza in termini economici.

Per questo, la previsione di un semplice uso libero non pare del tutto soddisfacente, sembrando invece opportuna la valorizzazione dell'esistente rapporto tra le due categorie di opere.⁴²⁴

⁴²¹ *Melius*, Capitolo Quarto.

⁴²² N.T. NODA, *Copyrights Retold: How Interpretive Rights Foster Creativity and Justify Fan-Based Activities*, Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law, 20, 1, 4, 2010, p.142.

⁴²³ R. TUSHNET, *Economies of Desire: Fair Use and Marketplace Assumptions*, William & Mary Law Review, 51, 513, 2009, p.543.

⁴²⁴ N.T. NODA, *op.cit.*, 2010, p.142: «*The fan-based work is so profoundly dependent on copyrighted elements from the underlying work, and so inextricably bound up with other fan-based discourse, that it falls outside the realm of copyrightable subject matter*». R. TUSHNET, *op.cit.*, 2009, p.529: «*Imagination is a renewable resource. Fan*

Infatti, il diritto d'autore non può accontentarsi di "tollerare" gli usi creativi, ma dovrebbe piuttosto incentivarli perché possano veramente dispiegare i propri effetti benefici per la collettività, in termini di abbondanza di prodotti culturali.⁴²⁵

Così, la semplice previsione di un'eccezione al diritto d'autore non è necessariamente lo strumento più adeguato ad una regolazione efficiente degli UAC in quanto, da un lato, limita i diritti degli autori originari; dall'altro, accetta passivamente che gli utenti creino altre opere senza che gli uni e gli altri possano però trarre alcun beneficio, soprattutto in termini economici, dall'esercizio dei propri diritti.

Invece, sistemi più complessi potrebbero essere elaborati per bilanciare tutti gli interessi coinvolti nel rapporto trilaterale utente/autore/piattaforma ed incentivare gli autori quanto gli utenti a creare opere sempre nuove.⁴²⁶

D'altra parte, rimane in ogni caso ferma la necessità di garantire che il diritto d'autore non sia usato come strumento di censura privata, effetto che, invece, l'imposizione di un puro obbligo di autorizzazione dell'autore precedente alla creazione di UAC può ingenerare.⁴²⁷

creators, realizing this, reject the economy of scarcity and excludability that animates mainstream copyright discourse».

⁴²⁵ *Id.*, p.538. J. LITMAN, *Revising Copyright Law for the Information Age*, 75 Or. L. Rev., 1996, p.19: «good copyright rules should first, preserve some incentives for copyright holders; second, make some sense from the viewpoint of individuals; third, [be] easy to learn; and fourth, seem sensible and just to the people we are asking to obey them. Recognizing the legitimacy of fan fiction on the Internet is a good starting point». L. LESSIG, *Remix. Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, The Penguin Press, 2008, Chapter 9, ritiene che il diritto d'autore debba essere modificato in modo da incentivare la creatività amatoriale, per esempio liberalizzando i soli usi non commerciali.

⁴²⁶ R. ASHCROFT – G. BARKER, *Is copyright law fit for purpose in the Internet era? An economic and legal perspective*, European Commission, 2014, pp.16-17: «Often it is simply assumed that exceptions to copyright are necessarily the best answer to problems that arise where copyright prohibits a use without consent, and consensual or market transactions may fail».

⁴²⁷ C. GEIGER, *op.cit.*, 2018, p.29: «All in all, one thing appears quite obvious: it can hardly be considered compatible with free artistic creativity in a democratic society to demand that artists seek authorization before creating a new work».

A tal proposito, risultano interessanti quelle proposte che, come contrappeso ad una limitazione del diritto di adattamento, prevedono sistemi più o meno automatici di remunerazione.⁴²⁸

⁴²⁸ M. BRANCO TOMÉ QUINTAIS, *op.cit.*, 2017. G. GHIDINI, *Opera dell'ingegno: più libertà per i "derivati culturali"*, Numero 1, Anno IV, Gennaio/Marzo 2014, p.102, propone tre strade per bilanciare il diritto di adattamento ed il diritto di creare opere derivate, l'accorciamento del termine dell'esclusiva rispetto ad utilizzazioni derivate, l'adozione di una licenza obbligatoria sul modello della "mancata attuazione" brevettuale, oppure l'istituzione di un sistema di accesso libero e pagante in cui il titolare dell'opera originaria è compensato senza privare il pubblico dell'opportunità di fruire di una nuova opera dipendente e/o creare un'opera dipendente. *Melius*, Capitolo Quarto, para. 6.

CAPITOLO QUARTO

USER-ADAPTED CONTENT NELLA DIRETTIVA 2019/790/UE

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. I lavori sul testo dell'articolo 17 della Direttiva 2019/790/UE - 3. L'articolo 17 della Direttiva 2019/790/UE - 4. La soluzione contrattuale - 5. La soluzione tecnologica - 6. Le eccezioni al diritto d'autore - 7. I diritti morali degli autori - 8. Proposte per un recepimento sovranazionale.

1. Introduzione

Tutto quanto finora rilevato costituisce idealmente una premessa al presente Capitolo. Infatti, definito il fenomeno degli UAC nel Capitolo Primo nei suoi termini tecnologici e sociali, e nel Capitolo Secondo rispetto alla cornice legislativa esistente a livello europeo, si è tentato di dimostrare che la complessità della questione relativa alla disciplina degli UAC è tale che neppure altri ordinamenti sono riusciti ad individuare una soluzione soddisfacente. Anzi, le soluzioni adottate nel continente americano, da un lato, si inseriscono in più vaste regolazioni e rispondono a ben determinati problemi locali, come nel caso delle recenti pronunce delle corti statunitensi in materia di *fair use*; dall'altro, forniscono risposte episodiche ed insoddisfacenti nella misura in cui generano anche nuovi interrogativi, come nel caso della Section 29.21 del *Copyright Act* canadese.

Ebbene, il legislatore europeo, che sembrava deciso ad intervenire in materia sin dai primi atti dell'*iter* di aggiornamento della Direttiva InfoSoc, ha assunto poi un atteggiamento incerto che è sfociato nel testo

della Direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore nel mercato unico digitale adottata il 17 aprile 2019 e che sarà oggetto dei prossimi paragrafi.

Il testo in commento, è bene chiarirlo, non affronta esplicitamente il tema degli UAC ma quello del c.d. *value gap*, quale imperfetta allocazione dei profitti generali sulle piattaforme, e mostra un'evidente predilezione per l'alternativa regolatoria ipotizzata sin dal progetto "*Licenses for Europe*". Tuttavia, la previsione non può essere letta senza guardare al contesto in cui si inserisce, in quanto il legislatore usa delle espressioni (quali per esempio "*best effort*"), che fanno riferimento agli standard di settore e dunque assumono un significato tecnologico ben preciso imponendo, di fatto, il ricorso a strumenti di filtraggio invece osteggiati durante la discussione parlamentare.⁴²⁹

Ciononostante, alcune riflessioni possono comunque essere spese rispetto all'effetto che il sistema istituito dall'articolo 17 può avere sugli UAC.

Ma per comprendere il senso di queste considerazioni occorre innanzitutto analizzare l'*iter* legislativo che ha condotto all'adozione dell'articolo 17 della Direttiva MUD ed il suo testo.

2. I lavori sul testo dell'articolo 17 della Direttiva 2019/790/UE

Come anticipato nel Capitolo Secondo, paragrafo 2, il Libro Bianco è l'ultimo documento in cui il tema degli UAC è affrontato direttamente. Infatti, a partire dalla Comunicazione del 2015 "*Towards a modern,*

⁴²⁹ Già prima dell'adozione del testo definitivo della Direttiva 2019/790/UE, un autore aveva sottolineato tale implicita ambiguità, M. SENFTLEBEN, *Bermuda Triangle – Licensing, Filtering and Privileging User-Generated Content Under the New Directive on Copyright in the Digital Single Market*, 2019, p.3.

more European copyright framework”, l’attenzione della Commissione si è spostata dal conflitto tra UAC e diritto d’autore alla questione economica che lo sfruttamento dei contenuti caricati dagli utenti pone, ovvero al problema che è stato racchiuso nella formula del c.d. “*value gap*”, quale imperfetta allocazione dei profitti generati sulle piattaforme dallo sfruttamento delle opere dell’ingegno.⁴³⁰

Diventa infatti di primario interesse per la Commissione europea la regolazione del mercato che le piattaforme hanno creato tramite lo sfruttamento dei contenuti, dei dati, e più in generale il raggiungimento di un virtuoso funzionamento del commercio elettronico.⁴³¹

⁴³⁰ *Melius*, Capitolo Secondo, para. 2.

EUROPEAN COMMISSION, *Towards a modern, more European copyright framework*, COM/2015/0626 final, Brussels, 9.12.2015, p.10. V.L. BENABOU, *Rapport De La Mission Du CSPLA Sur Les “Œuvres Transformatives”*, Rapp. De La Mission Fabrice Langrognet, 2014, p.17, conferma che il *value gap* in rapporto al Web 2.0 si è affermato come oggetto di interesse principale per il legislatore nel quadro di riforma del diritto d’autore nell’economia digitale. Anche, J.P. QUINTAIS, *The New Copyright in the Digital Single Market Directive: a Critical Look*, European Intellectual Property Review, 2019, p.17; C. ANGELOPOULOS - J.P. QUINTAIS, *Fixing Copyright Reform: A Better Solution to Online Infringement*, JIPITEC, 10, 2019, p.147: «it is widely accepted that the main driver behind Article 17 is what has become known as the “value gap”, i.e. the alleged mismatch between the value that online sharing platforms extract from creative content and the revenue returned to the copyright-holders». Non manca chi mette in discussione anche l’effettiva rilevanza del *value gap*, per esempio, G. FROSIO, *To Filter or Not to Filter? That Is the Question in EU Copyright Reform*, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, 36, 2, 2018, pp.132-133, sottolinea che non vi sono dati univoci atti a comprovare natura, quantità ed effetto dell’uso delle opere tutelate sulle piattaforme rispetto al mercato dell’opera originaria, e che invece sarebbe più corretto parlare di valore aggiunto, piuttosto che di valore sottratto: «the sky is raising, rather than falling». Nello stesso senso anche T. SPOERRI, *On Upload-Filters and other Competitive Advantages for Big Tech Companies under Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market*, JIPITEC, 10, 2019, para. 9. Nello stesso senso si esprimeva già il WIPO, *Global Innovation Index. Stronger Innovation Linkages for Global Growth*, 2012, p.166: «Innovation is not a zero-sum game, it grows the economic pie and gives more people a seat at the table».

⁴³¹ EUROPEAN COMMISSION, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, {Swd(2015) 100 Final}, COM(2015) 192 Final, Bruxelles, 6.5.2015, p.12, sottolinea che le piattaforme *online* hanno assunto un ruolo centrale nella vita sociale ed economica nella misura in cui permettono ai consumatori di reperire informazioni e alle imprese di sfruttare il commercio elettronico. Infatti, la Direttiva 2019/790/UE ha ad oggetto il diritto d’autore “*nel mercato unico digitale*”, ponendosi come finalità l’innalzamento del livello di competitività del mercato digitale europeo. In questo

La Commissione dunque, rilevato che i modelli aziendali tradizionali sono stati messi in discussione dall'emergere di piattaforme dedicate ai servizi più disparati, nonché dalla diffusione di modelli collaborativi, riconosce da un lato il favorevole ampliamento della scelta disponibile per il consumatore, ma dall'altro l'esistenza di una preoccupante zona di de-regolazione. Ancora, i problemi emersi sono accresciuti dall'esistenza di poteri di mercato sempre maggiori e difficilmente comprensibili alla luce dei principi tradizionali. A ciò si aggiunga l'incertezza ed "opacità" esistente con riferimento alle pratiche interne ai *player* tecnologici relativamente all'uso delle informazioni che raccolgono e del potere contrattuale che detengono, nonché le pratiche commerciali e dalle tecniche concorrenziali adottate.⁴³²

In questo quadro generale si inserisce la tematica del contrasto ai contenuti illeciti su internet di cui la tutela del diritto d'autore è solo un aspetto.

Infatti, dato atto che lo sviluppo di internet nell'Unione Europea è stato possibile soprattutto grazie alla diffusione del principio della neutralità della rete e dell'irresponsabilità dei prestatori di servizi rispetto ai contenuti che trasmettono, a condizione che preservino un comportamento di rigorosa passività, la Commissione rileva anche che il sistema della direttiva 2000/31/CE non appare più soddisfacente.⁴³³

Pertanto, si impone la necessità di valutare l'adozione di nuove misure per contrastare la diffusione di contenuti illeciti su internet, tenendo

senso, J. REDA, *Legislative perspective on the development of the EU copyright law*, in *The intellectual property system in a time of change: European and international perspectives*, C. GEIGER (ed.), Lexis Nexis, 2016, p.120.

⁴³² *Id.*, p.12, para. 3.3.1.

⁴³³ EUROPEAN COMMISSION, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, {Swd(2015) 100 Final}, COM(2015) 192 Final, Bruxelles, 6.5.2015, p.12, para. 3.3.2. Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, Relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico nel mercato interno. Di seguito nel corpo del testo, anche "*Direttiva E-Commerce*".

debitamente conto delle conseguenze per il diritto fondamentale alla libertà di espressione e di informazione, nonché dell'opportunità d'imporre agli intermediari maggiori doveri di diligenza.⁴³⁴

È evidente, quindi che gli UAC siano solo indirettamente all'attenzione della Commissione europea in quanto espressione di un più vasto fenomeno economico. D'altra parte, la circostanza che la consultazione indetta in materia non abbia prodotto risultati utili, in quanto non è stato possibile trovare una posizione condivisa sugli obiettivi da raggiungere o sugli strumenti da adottare in materia di UGC, ha determinato l'assenza della tematica dalla Proposta di Direttiva elaborata dalla Commissione europea e resa pubblica nel settembre 2016.⁴³⁵

Nella Proposta di Direttiva, la Commissione, confermando la validità del quadro giuridico dell'Unione Europea sul diritto d'autore quanto ad obiettivi e principi, ripercorre le intervenute trasformazioni tecnologiche che hanno inciso sulla modalità di fruizione delle opere dell'ingegno, le argomentazioni di mercato sopra brevemente riepilogate e l'incertezza che sembra sussistere in materia.⁴³⁶ Dunque, ritenendo che centrale sia l'esistenza di una difficoltà per i titolari dei diritti di concedere in licenza le proprie opere ed essere remunerati per il loro sfruttamento *online*, la Commissione dichiara di orientare la

⁴³⁴ EUROPEAN COMMISSION, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, {Swd(2015) 100 Final}, COM(2015) 192 Final, Bruxelles, 6.5.2015, p.12, para. 3.3.2.

⁴³⁵ EUROPEAN COMMISSION, *On content in the Digital Single Market*, Brussels, 18 December 2012, p.1; EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market*, COM(2016) 593 final, 2016/0280 (COD), 14.9.2016. Di seguito “*Proposta di Direttiva*”.

⁴³⁶ EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market*, COM(2016) 593 final, 2016/0280 (COD), 14.9.2016, cons. 3.

Proposta di Direttiva al fine di rafforzare la posizione dei titolari dei diritti nei confronti delle piattaforme.⁴³⁷

All'esito della valutazione di impatto svolta, le opzioni individuate sono state due. Da un lato l'organizzazione di un dialogo fra i portatori di interessi; dall'altro l'imposizione di un obbligo per alcuni prestatori di servizi di munirsi di tecnologie adeguate insieme alla promozione di accordi con i titolari dei diritti.⁴³⁸ Tra le due, la seconda è sembrata più efficace in ragione del limitato potere contrattuale dei titolari dei diritti nei confronti delle piattaforme, che avrebbe ostacolato l'adozione di una soluzione di mercato.⁴³⁹

Più chiaramente, è sembrato che solo l'imposizione di obblighi in capo alle piattaforme, fosse una soluzione efficace e pertanto, tale progetto è stato trasfuso nella Proposta avanzata dalla Commissione ed in particolare nel testo dell'articolo 13.⁴⁴⁰

Singolarmente, l'articolo 13, paragrafo 1, imponeva esclusivamente l'adozione, da parte dei prestatori di servizi che memorizzano e danno pubblico accesso a grandi quantità di opere caricate dagli utenti, di misure volte a garantire il funzionamento degli accordi conclusi con i titolari dei diritti per l'uso delle loro opere oppure di misure finalizzate

⁴³⁷ EUROPEAN COMMISSION, *On content in the Digital Single Market*, Brussels, 18 December 2012; EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market*, COM(2016) 593 final, 2016/0280 (COD), 14.9.2016, p.3. In questo senso anche, cons. 37, secondo cui il funzionamento del mercato dei contenuti *online* si è fatto sempre più complesso in quanto i prestatori di servizi non coinvolgono i titolari dei diritti e questo incide sulla loro possibilità di stabilire se, e a quali condizioni, un'opera possa essere utilizzata.

⁴³⁸ EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market*, COM(2016) 593 final, 2016/0280 (COD), 14.9.2016, p.8.

⁴³⁹ *Ibid.*

⁴⁴⁰ EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market*, COM(2016) 593 final, 2016/0280 (COD), 14.9.2016, art. 13: «Utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi della società dell'informazione che memorizzano e danno accesso a grandi quantità di opere e altro materiale caricati dagli utenti».

ad impedire che opere non autorizzate fossero messe a disposizione. Non era invece espressamente rafforzato o di fatto imposto l'obbligo di concludere accordi di licenza con i legittimi titolari dei diritti.⁴⁴¹ Tale obbligo, presupposto logico alla previsione dell'articolo 13, era infatti esplicitato unicamente al considerando 38 della Proposta di Direttiva sull'assunto che, qualora i prestatori di servizi memorizzino e diano accesso a opere tutelate caricate dai propri utenti, essi esuberano rispetto alla mera fornitura di attrezzature fisiche quale condizione dell'applicazione della Direttiva E-Commerce, ed effettuano un atto di comunicazione al pubblico. In virtù del compimento di un tale atto diretto di comunicazione, sono dunque tenuti ad ottenere l'autorizzazione dei titolari dei diritti per poter agire lecitamente, in ossequio ai basilari principi del diritto d'autore.

Tornando alle prescrizioni del proposto articolo 13, tra le misure che i prestatori di servizi avrebbero dovuto adottare, erano considerate adeguate e proporzionate le tecnologie efficaci per il riconoscimento dei contenuti, rispetto alle quali era imposto ai prestatori di fornire informazioni sul funzionamento.⁴⁴²

⁴⁴¹ EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market*, COM(2016) 593 final, 2016/0280 (COD), 14.9.2016, cons. 38 secondo cui l'obbligo di ottenere l'autorizzazione dei titolari dei diritti per lo sfruttamento delle loro opere dovrebbe sussistere anche quando i prestatori di servizi rientrano nell'essenziale di responsabilità di cui all'art. 14 della Direttiva 2000/31/CE.

⁴⁴² EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market*, COM(2016) 593 final, 2016/0280 (COD), 14.9.2016, art. 13, para. 1, secondo alinea. I successivi para. 2 e 3 prevedono poi l'istituzione di meccanismi di reclamo e ricorso a favore degli utenti in caso di controversie in merito all'applicazione delle misure tecnologiche e l'istituzione di pratiche di collaborazione tra i prestatori di servizi e i titolari dei diritti al fine di definire le migliori prassi. Ancora, tale collaborazione, ai sensi del cons. 39: «è essenziale per il funzionamento delle tecnologie, ad esempio quelle che permettono il riconoscimento dei contenuti. In tali casi i titolari dei diritti dovrebbero fornire ai prestatori di servizi i dati necessari per l'individuazione dei loro contenuti, mentre i prestatori di servizi dovrebbero essere trasparenti per quanto concerne le tecnologie utilizzate nei confronti dei titolari dei diritti, così che questi possano verificarne l'adeguatezza. I servizi, in particolare, dovrebbero fornire ai titolari dei

Tale scelta, evidentemente orientata in senso tecnologico, è stata giustificata dalla Commissione quale strumento per rafforzare la posizione contrattuale dei titolari dei diritti, enfatizzando la necessità che i soggetti coinvolti collaborino tutti per un buon funzionamento delle tecnologie di riconoscimento che possono costituire anche uno strumento di rendicontazione a vantaggio dei titolari dei diritti.⁴⁴³

Alle ovvie preoccupazioni avanzate circa l'impatto che queste tecnologie avrebbero potuto avere sulla possibilità per gli utenti di creare contenuti, condividerli e generare UAC,⁴⁴⁴ la Commissione ha opposto l'argomento per cui una migliore remunerazione dei titolari dei diritti avrebbe determinato una maggiore disponibilità di contenuti ed aumentato la possibilità di scelta per i consumatori.⁴⁴⁵

In ossequio alla procedura legislativa ordinaria, il testo proposto dalla Commissione è successivamente sottoposto, ed approvato con emendamenti, dal Consiglio, il 25 maggio 2018.⁴⁴⁶

Il testo del Consiglio fa emergere le ragioni della disparità di potere contrattuale tra piattaforme e titolari dei diritti, ovvero l'incertezza

diritti informazioni sul tipo di tecnologia utilizzata, sul modo in cui essa è stata applicata e sulla sua percentuale di successo ai fini del riconoscimento dei contenuti dei titolari dei diritti. Tali tecnologie dovrebbero inoltre consentire ai titolari dei diritti di ottenere informazioni dai prestatori di servizi della società dell'informazione sull'utilizzo dei loro contenuti coperti da un accordo».

⁴⁴³ EUROPEAN COMMISSION, *State of the Union 2016: Questions and answers on the modernisation of EU copyright rules for the digital age*, Strasbourg, 14 September 2016.

⁴⁴⁴ A. BRIDY, *EU Copyright Reform: Grappling With the Google Effect*, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, 2019, p.16, ritiene che tutte le criticità riscontrabili nella Proposta di Direttiva siano in realtà ascrivibili a tre macro-categorie, ovvero limiti alla libertà di espressione, limiti alla libertà imprenditoriale e limiti alla concorrenza tra servizi online.

⁴⁴⁵ EUROPEAN COMMISSION, *State of the Union 2016: Questions and answers on the modernisation of EU copyright rules for the digital age*, Strasbourg, 14 September 2016.

⁴⁴⁶ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market. Agreed negotiating mandate*, Interinstitutional File: 2016/0280 (COD), Brussels, 25 May 2018 (OR. en) 9134/18; J.P. QUINTAIS, *op.cit.*, 2019, p.3.

legale che esiste rispetto alla necessità per i prestatori di servizi che mettono a disposizione del pubblico opere caricate dai propri utenti di ottenere un'autorizzazione da parte dei titolari dei diritti.⁴⁴⁷ Dunque, la Direttiva MUD interverrebbe a tal proposito per chiarire a quali condizioni le piattaforme compiono un atto rilevante per il diritto d'autore ai sensi della Direttiva InfoSoc.⁴⁴⁸

Sembra però che il Consiglio faccia uno sforzo chiarificatore ulteriore rispetto al testo della Commissione, ed infatti, ha introdotto innanzitutto la definizione dei soggetti tenuti a tale obbligo di autorizzazione, invece mancante nel testo della Proposta di Direttiva.⁴⁴⁹ Tali soggetti sono stati individuati tramite la locuzione: “*online content sharing service provider*” (prestatori di servizi di condivisione di contenuti in linea).⁴⁵⁰ Questa sta ad individuare quei prestatori di servizi che hanno come scopo principale quello di conservare e dare pubblico accesso a grandi quantità di opere che organizzano e promuovono per scopo di lucro.⁴⁵¹

⁴⁴⁷ EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market*, COM(2016) 593 final, 2016/0280 (COD), 14.9.2016, cons. 37, sottolinea che tale incertezza determinerebbe l'impossibilità per i titolari dei diritti di chiedere una giusta remunerazione per lo sfruttamento delle proprie opere.

⁴⁴⁸ EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market*, COM(2016) 593 final, 2016/0280 (COD), 14.9.2016, cons. 38, chiarisce anche che il nuovo quadro normativo non incide sulla definizione del diritto di comunicazione al pubblico come previsto dall'art. 3 della Direttiva 2001/29/CE.

⁴⁴⁹ L'assenza di una definizione relativa ai soggetti tenuti all'obbligo previsto dall'art. 13 aveva determinato la convinzione che tutti i prestatori di servizi, come definiti dalla Direttiva 2000/31/CE, sarebbero stati sottoposti al regime della Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale. In questo senso, *ex pluris*, A. BRIDY, *op.cit.*, 2019, p.8.

⁴⁵⁰ Di seguito, anche “*piattaforme*”.

⁴⁵¹ EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market*, COM(2016) 593 final, 2016/0280 (COD), 14.9.2016, art. 2, para. 5: «*Providers of services such as non-for-profit online encyclopedias, non-for-profit educational and scientific repositories, non-for-profit open source software developing platforms, as well as internet access service providers, online marketplaces and providers of cloud services which allow users, including businesses for their internal purposes, to upload content for their*

D'altra parte, il testo della Commissione, privo di un impianto definitorio per l'articolo 13, era stato criticato anche per la disomogeneità rispetto alla terminologia impiegata nella Direttiva InfoSoc.⁴⁵²

Ciò premesso, il Consiglio chiarisce che le piattaforme compiono atti di comunicazione al pubblico e messa a disposizione del pubblico quando danno accesso ad opere tutelate caricate dai propri utenti.⁴⁵³ In virtù di tale principio devono ottenere un'autorizzazione dai titolari dei diritti perché tali atti siano leciti.⁴⁵⁴ Solo qualora non siano riusciti ad ottenere un'autorizzazione, allora le piattaforme devono impedire la disponibilità di opere illecitamente caricate, anche tramite l'uso di tecnologie di riconoscimento e senza pregiudizio dell'esercizio delle esistenti eccezioni e limitazioni al diritto d'autore.⁴⁵⁵

own use shall not be considered online content sharing service providers within the meaning of this Directive». Nello stesso senso anche il cons. 37a).

⁴⁵² COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market. Agreed negotiating mandate*, Interinstitutional File: 2016/0280 (COD), (OR. en) 9134/18, Brussels, 25 May 2018, preambolo.

⁴⁵³ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market. Agreed negotiating mandate*, Interinstitutional File: 2016/0280 (COD), (OR. en) 9134/18, Brussels, 25 May 2018, art. 13, para. 1.

⁴⁵⁴ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market. Agreed negotiating mandate*, Interinstitutional File: 2016/0280 (COD), (OR. en) 9134/18, Brussels, 25 May 2018, art. 13, para. 2, primo periodo.

⁴⁵⁵ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market. Agreed negotiating mandate*, Interinstitutional File: 2016/0280 (COD), (OR. en) 9134/18, Brussels, 25 May 2018, art. 13, para. 2, secondo periodo. M. SENFTLEBEN, *Content censorship and Council carelessness. What the Parliament must safeguard the open, participative web 2.0*, Tijdschrift voor auteurs-, media- en informatierecht, 4, 2018, p.142, sottolinea che, seppure debba ammettersi che la terminologia utilizzata dal Consiglio è più neutra rispetto a quella adottata dalla Commissione, è comunque tecnologicamente orientata e svela un cambiamento nella stessa comprensione del ruolo di diritto d'autore che pare essere pericolosamente finalizzato verso una funzione censoria fino ad oggi inedita.

Tale autorizzazione ottenuta dalle piattaforme ha effetto anche sulle opere caricate dagli utenti amatori, ovvero che non agiscono per fini commerciali, e dunque che mettano a disposizione UAC.⁴⁵⁶

Tuttavia, anche in assenza di autorizzazione del titolare dei diritti, il prestatore di servizi non sarebbe responsabile degli atti compiuti dai propri utenti quando dimostri che abbia fatto quanto possibile per evitare che le opere siano illecitamente caricate; oppure, qualora siano state caricate, le abbia rimosse prontamente dopo una segnalazione.⁴⁵⁷

Nei paragrafi successivi poi, è chiarito che grava anche sui titolari dei diritti un obbligo di collaborazione per garantire il corretto funzionamento delle misure,⁴⁵⁸ che non sono più definite tecnologiche, e che l'utilizzo di tali sistemi non deve comunque pregiudicare l'esercizio delle esistenti eccezioni al diritto d'autore.⁴⁵⁹ A tal fine, è fatto obbligo alle piattaforme di istituire sistemi di reclamo e

⁴⁵⁶ Riprendendo in parte le proposte emerse in fase di consultazione, COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market. Agreed negotiating mandate*, Interinstitutional File: 2016/0280 (COD), (OR. en) 9134/18, Brussels, 25 May 2018, art. 13, para. 2, secondo alinea.

⁴⁵⁷ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market. Agreed negotiating mandate*, Interinstitutional File: 2016/0280 (COD), (OR. en) 9134/18, Brussels, 25 May 2018, art. 13, para. 3, lett. a) e b). Anche, art. 13, para. 5: «*The measures referred to in point (a) of paragraph 4 shall be effective and proportionate, taking into account, among other factors: (a) the nature and size of the services, in particular whether they are provided by a microenterprise or a small-sized enterprise within the meaning of Title I of the Annex to Commission Recommendation 2003/361/EC, and their audience; (b) the amount and the type of works or other subject matter uploaded by the users of the services; (c) the availability and costs of the measures as well as their effectiveness in light of technological developments in line with the industry best practice referred to in paragraph 8*».

⁴⁵⁸ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market. Agreed negotiating mandate*, Interinstitutional File: 2016/0280 (COD), (OR. en) 9134/18, Brussels, 25 May 2018, art. 13, para. 6, anche para. 8.

⁴⁵⁹ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market. Agreed negotiating mandate*, Interinstitutional File: 2016/0280 (COD), (OR. en) 9134/18, Brussels, 25 May 2018, art. 13, para. 7, primo periodo.

risoluzione alternativa delle controversie per gli utenti i cui diritti siano stati ingiustificatamente pregiudicati.⁴⁶⁰

Per quanto attiene invece al Parlamento europeo, sebbene JURI avesse approvato il testo della Commissione il 20 giugno 2018, il 5 luglio 2018 la Proposta di Direttiva è stata rigettata con 318 voti contrari contro 278 favorevoli (e 31 astenuti), rimettendo la discussione del testo al settembre 2018.⁴⁶¹

Chiamato nuovamente ad esprimersi il 12 settembre 2018, il Parlamento ha approvato con emendamenti il testo inaugurando la successiva fase di discussione, il c.d. trilogio.⁴⁶²

Ebbene, pur mancando apparentemente una specifica intenzione di regolare gli UGC, anche il testo approvato dal Parlamento europeo sembrava muoversi nel tracciato della consultazione, durante la quale si era sostenuta l'opportunità di estendere le licenze intercorrenti tra titolari dei diritti e piattaforme ai rapporti tra utenti e titolari dei diritti.⁴⁶³

Coerentemente, il testo dell'articolo 13 della Proposta di Direttiva come emendata dal Parlamento europeo, imponeva alle piattaforme (*online content sharing service providers*) di concludere accordi di licenza

⁴⁶⁰ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market. Agreed negotiating mandate*, Interinstitutional File: 2016/0280 (COD), (OR. en) 9134/18, Brussels, 25 May 2018, art. 13, para. 7, secondo, terzo e quarto periodo.

⁴⁶¹ J.P. QUINTAIS, *op.cit.*, 2019, p.3.

⁴⁶² *Ibid.*

⁴⁶³ EUROPEAN COMMISSION, *Public Consultation on the review of the EU copyright rules*, 2014, p.27, fa esplicito riferimento al precedente documento, EUROPEAN COMMISSION, *Licences for Europe. Ten pledges to bring more content online*, November 2013. Ancora, EUROPEAN COMMISSION, *Consultation Report*, Brussels, 2014, pp.67 ss., chiarisce che questa soluzione era sostenuta dagli autori, dalle società di gestione collettiva, e dai *broadcaster*, nella convinzione del ruolo delle licenze come descritto dalla "*subtle incentive theory*", elaborata da Y. LEV-ARETZ, *The subtle incentive theory of copyright licensing*, Brooklyn Law Review, Summer 2015, p.3: «*The subtle incentive theory encourages rightholders to engage in licensing by incorporating the existence of an accessible and efficient licensing scheme and a user's bona fide attempt to purchase a license*».

“equi” con i titolari dei diritti, che coprissero anche la responsabilità per i contenuti caricati dagli utenti di queste piattaforme qualora fossero avvenuti nel rispetto dei termini e delle condizioni dei contratti di licenza, e a condizione che gli utenti non avessero agito per scopi commerciali.⁴⁶⁴

Sembrerebbe dunque che anche il testo approvato dal Parlamento europeo abbia fatto prevalere l'adozione di un sistema di licenze piuttosto che un eventuale trapianto di esperienze straniere pure vagliato in fase di consultazione.⁴⁶⁵

Tuttavia, tale testo ammetteva anche, con qualche ambiguità, l'opportunità di introdurre una specifica eccezione per gli UGC.⁴⁶⁶ Infatti, al considerando 21^{ter}, pur constatando la possibilità di un'eventuale sovrapposizione con eccezioni e limitazioni esistenti, si riconosceva che non tutti i contenuti che sono caricati o resi disponibili da un utente e che includono estratti di opere protette o altri materiali sono coperti da un'eccezione al diritto d'autore tra quelle previste dall'articolo 5 della Direttiva InfoSoc, e che ciò crea una certa incertezza giuridica.⁴⁶⁷

Dunque, si ritiene: *«opportuno prevedere una nuova eccezione specifica per consentire gli utilizzi legittimi degli estratti di opere o di altro materiale protetti preesistenti nei contenuti caricati o messi a*

⁴⁶⁴ PARLAMENTO EUROPEO, P8_TA-PROV(2018)0337, *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale, Emendamenti del Parlamento europeo, approvati il 12 settembre 2018, alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD))*, art. 13.

⁴⁶⁵ *Melius*, Capitolo Terzo.

⁴⁶⁶ PARLAMENTO EUROPEO, P8_TA-PROV(2018)0337, *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale, Emendamenti del Parlamento europeo, approvati il 12 settembre 2018, alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD))*, cons. 21-ter.

⁴⁶⁷ *Ibid.*

disposizione dagli utenti».⁴⁶⁸ In particolare, il contenuto generato o reso disponibile da un utente, per essere coperto da una tale eccezione sarebbe dovuto consistere in un uso breve e proporzionato di una citazione o di un estratto di un'opera protetta o altro materiale.⁴⁶⁹ Il pregiudizio sarebbe dovuto essere valutato in considerazione del livello di originalità del contenuto coinvolto (così implicitamente facendo riferimento agli UAC e discostandosi nettamente dalla definizione di UGC adottata dalla Commissione).⁴⁷⁰ Ancora, si sarebbe dovuto tenere in considerazione la lunghezza della citazione o dell'estratto usato nonché la natura professionale del contenuto o del danno economico causato. E comunque, concludeva la disposizione, l'applicazione di una tale eccezione non avrebbe dovuto ledere i diritti morali degli autori.⁴⁷¹ Tuttavia, nonostante l'intenzione palesata nel menzionato considerando, l'articolato prevedeva una differente regolazione invece incentrata esclusivamente sul modello contrattuale, anche se, è bene sottolinearlo, nel testo approvato del Parlamento mancava del tutto il riferimento ai meccanismi di filtraggio invece presenti sia nel testo proposto dalla Commissione che in quello del Consiglio.

Tale mancanza non è certo priva di ambiguità. Infatti, dalla combinazione delle obbligazioni imposte, mentre le piattaforme sarebbero state gravate dall'obbligo di concludere licenze con i titolari dei diritti anche a vantaggio dei propri utenti (*ex* articolo 13), le stesse sarebbero potute essere successivamente obbligate a retribuire gli utenti

⁴⁶⁸ *Ibid.*

⁴⁶⁹ Condizione peraltro comune all'eccezione di citazione *ex* art. 5, par. 3, lett. d), Direttiva 2001/29/CE.

⁴⁷⁰ *Melius*, Capitolo Primo, para.4, e Capitolo Secondo, para 4.3.

⁴⁷¹ PARLAMENTO EUROPEO, P8_TA-PROV(2018)0337, *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale. Emendamenti del Parlamento europeo, approvati il 12 settembre 2018, alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD))*, cons. 21-*quater*.

di maggiore successo in ottemperanza all'obbligo di remunerazione equa e proporzionata (*ex art -14*).⁴⁷² Più chiaramente, gli utenti avrebbero beneficiato solo degli esiti positivi della propria attività senza sostenere alcun rischio economico, mentre le piattaforme sarebbero state gravate da un duplice obbligo di remunerazione, nei confronti degli autori ed eventualmente anche degli utenti.

Proprio quest'ultima circostanza sollevava un ulteriore interrogativo. Infatti, aspetto centrale degli UGC è la natura amatoriale dei creatori e non commerciale dell'attività.⁴⁷³ Ma, come valutare la natura non lucrativa dell'attività dell'utente se, nell'ipotesi appena descritta, questo, originariamente amatore, inizia a guadagnare dalla propria opera, ricevendo profitto tramite le stesse piattaforme che hanno consentito la sua creazione? La soluzione rimaneva aperta, soprattutto in considerazione del fatto che lo scopo professionale e commerciale di un'attività è un concetto non ancora armonizzato a livello europeo.

Dunque, diverse sono le modifiche apportate dal Parlamento al testo della Commissione ma, in via generale, quanto al merito, sembrano muoversi nel senso di quelle adottate dal Consiglio e sopra analizzate, sebbene con un atteggiamento meno rigoroso e di maggiore compromesso tra le istanze delle piattaforme e quelle dei titolari dei

⁴⁷² Assume particolare rilevanza la circostanza che oggi la maggior parte delle piattaforme imponga, come condizione dell'uso del servizio, l'attribuzione di una licenza gratuita e non esclusiva per lo sfruttamento dei contenuti caricati dagli utenti. Per esempio, le condizioni di utilizzo di YouTube, nella versione del maggio 2018, all'art. 7, prevedono che: «*L'utente detiene tutti i diritti di proprietà sui propri Contenuti, ma deve concedere diritti limitati di licenza a YouTube e agli altri utenti del Servizio*». Diversamente, EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market*, 14.9.2016 COM(2016) 593 final, 2016/0280 (COD), art.15. Oggi Direttiva 2019/790/UE, art. 18 e ss.

⁴⁷³ Cui sembra rimandare anche il testo del cons. 21-*quater*, PARLAMENTO EUROPEO, P8_TA-PROV(2018)0337, *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale, Emendamenti del Parlamento europeo, approvati il 12 settembre 2018, alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD))*.

diritti. Non si può certo trascurare, infatti, la pressione mediatica che ha coinvolto la discussione parlamentare.⁴⁷⁴

I lavori del trologo hanno subito per questo un notevole rallentamento, anche in ragione della creazione di una minoranza di blocco di Paesi uniti nel dissenso rispetto al testo di alcune previsioni, tra cui l'articolo 13.

Ma le trattative sono proseguite fino all'individuazione di un testo condiviso, che viene definitivamente approvato dal Parlamento europeo il 26 marzo 2019 e dal Consiglio il successivo 15 aprile 2019.⁴⁷⁵

3. L'articolo 17 della Direttiva 2019/790/UE

Come dovrebbe essere chiaro alla luce delle argomentazioni spese nel Capitolo Secondo, sussiste un ontologico conflitto tra UAC ed il sistema del diritto d'autore europeo istituito dalla Direttiva InfoSoc, tale da spingere il legislatore europeo ad interessarsi all'argomento. Tuttavia, assente nel testo proposto dalla Commissione, il tema riaffiora nelle versioni invece approvate dal Consiglio e soprattutto dal Parlamento europeo, sebbene in maniera disorganica - quando non contraddittoria -. Infine, la questione della disciplina delle opere create dagli utenti emerge anche nel testo approvato della Direttiva MUD, sebbene non espressamente, ed in ogni caso ingenerando nuove

⁴⁷⁴ Molti gli articoli di stampa che hanno tentato di riassumere il processo legislativo in atto e le ragioni delle difficoltà incontrate. *Ex pluris*, V. GROUSSARD, *Droits d'auteur, Le thriller diplomatique*, L'Obs, 15 novembre 2018, che ha cercato di tratteggiare le varie azioni di lobbying avvenute a partire dall'estate del 2018. Della difficoltà del processo legislativo da atto anche T. SPOERRI, *On Upload-Filters and other Competitive Advantages for Big Tech Companies under Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market*, JIPITEC, 10, 2019, para. 1.

⁴⁷⁵ J.P. QUINTAIS, *op.cit.*, 2019, p.3.

perplexità sia in rapporto a singole disposizioni, che al sistema nel suo insieme.⁴⁷⁶

Procedendo innanzitutto con l'analisi del testo vigente, ovvero la definizione fornita dall'articolo 2, n. 6), ed il regime del Titolo IV - Misure miranti a garantire il buon funzionamento del mercato per il diritto d'autore -, Capo 2 - Utilizzi specifici di contenuti protetti da parte di servizi *online* -, articolo 17 - Utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* -, un lungo articolo composto da dieci paragrafi ed anticipato da altrettanti considerando.

Questi ultimi, in via riassuntiva, ripercorrono gli argomenti centrali della discussione svolta rispetto all'assetto del mercato dei contenuti autoriali, ai problemi che il Web 2.0 pone quando le opere sono caricate sulle piattaforme senza il consenso dei titolari dei diritti, all'incertezza giuridica esistente in rapporto al regime di responsabilità degli intermediari.⁴⁷⁷ Tutti questi elementi, chiarisce il legislatore, valgono ad indebolire la posizione contrattuale dei titolari dei diritti che infatti non riescono a percepire un adeguato compenso per lo sfruttamento delle proprie opere.⁴⁷⁸

⁴⁷⁶ J.P. QUINTAIS, *op.cit.*, 2019, p.4, pur rilevando che il testo finale della Direttiva 2019/790/UE sia migliore rispetto a quello della Proposta, ritiene comunque che lo stesso non sia adeguatamente intervenuto a mitigare le questioni più problematiche.

⁴⁷⁷ G.M. RICCIO, *Ancillary copyright and liability of intermediaries in the EU Directive Proposal on copyright*, Position paper, marzo 2018, p.28, critica il fondamento di un test comparativo della *performance* dei modelli imprenditoriali tradizionali e quelli del Web 2.0 in ragione delle diversità strutturali esistenti tra i due ecosistemi.

⁴⁷⁸ Direttiva 2019/790/UE, cons. 61. G.M. RICCIO, *op.cit.*, 2018, p.26, dalla difficoltà per i titolari dei diritti di sfruttare economicamente le proprie opere - invece sfruttate dagli intermediari dei servizi della società dell'informazione - discende la necessità di garantire una migliore allocazione delle risorse economiche tratte da tali attività che, secondo il legislatore europeo, può essere realizzata tramite il rafforzamento dell'obbligo di ottenere l'autorizzazione dei titolari dei diritti per lo sfruttamento delle opere, già previsto dalla Direttiva 2001/29/CE.

Al contempo, si ammette che solo alcuni dei prestatori di servizi operanti sul mercato svolgono un ruolo determinante rispetto alla comunicazione al pubblico delle opere e, dunque, non pare necessario un generale ripensamento della disciplina del *safe harbor* come concepita dalla Direttiva E-Commerce, che continua ad applicarsi a quei soggetti che svolgono un ruolo meramente tecnico, nonché a quelli finalizzati a consentire lo sfruttamento illecito di opere *tout court*.⁴⁷⁹

Al contrario, in virtù del fatto che atti rilevanti per il diritto d'autore sono compiuti oggi da soggetti privati tramite le piattaforme,⁴⁸⁰ si rende opportuna l'introduzione di un nuovo regime di responsabilità per quei servizi: «*che hanno come scopo principale o come uno degli scopi principali quello di memorizzare e consentire agli utenti di caricare e condividere un gran numero di contenuti, al fine di trarne profitto, direttamente o indirettamente, organizzandoli e promuovendoli per attirare un pubblico più vasto, anche classificandoli e ricorrendo a promozioni mirate al loro interno*».⁴⁸¹

⁴⁷⁹ Direttiva 2019/790/UE, cons. 62, secondo paragrafo. Nonostante ciò, M.L. MONTAGNANI – A. TRAPOVA, *New obligations for Internet intermediaries in the Digital Single Market, safe harbours in turmoil?*, Journal of Internet Law, 22, 7, Jan. 2019, p.3, rispetto al testo della Proposta di Direttiva, ravvisavano un importante rischio di conflitto tra le previsioni delle due Direttive. Nello stesso senso, e rispetto al testo approvato, J.P. QUINTAIS, *op.cit.*, 2019, p.18, il quale ritiene che per conciliare le diverse norme sia necessario considerare l'art. 17 della Direttiva 2019/790/UE *lex specialis* sia rispetto alla Direttiva 2000/31/CE che rispetto alla definizione di comunicazione al pubblico contenuta all'art. 3 della Direttiva 2001/29/CE.

⁴⁸⁰ Direttiva 2019/790/UE, cons. 66: «*Ciò non dovrebbe pregiudicare i mezzi di ricorso previsti dal diritto nazionale per i casi diversi dalla responsabilità per violazioni del diritto d'autore e la possibilità per i tribunali o le autorità amministrative nazionali di emettere ingiunzioni conformemente al diritto dell'Unione*».

⁴⁸¹ Direttiva 2019/790/UE, cons. 62 ed art. 2, 6). Con specifico riferimento alla definizione di prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online* ex art. 2, preliminare appare la definizione del concetto di “*grandi quantità*” (di opere protette) in quanto necessaria alla sussunzione nella fattispecie definitoria - e conseguentemente sanzionatoria - in oggetto. La formula, infatti, in mancanza di ulteriori specificazioni, potrebbe risultare indefinita e prestarsi ad interpretazioni incerte e contraddittorie a danno dell'obiettivo di armonizzazione invece perseguito dalla Direttiva 2019/790/UE.

Dunque, l'applicazione della nuova disciplina dipende dal rispetto di determinate condizioni fattuali attinenti al soggetto agente, che devono essere verificate su base casistica, tenuto conto di tutte le specificità della fattispecie.⁴⁸²

Queste condizioni di applicazione soggettiva sono stabilite in particolare dall'articolo 2, numero 6),⁴⁸³ e la medesima disposizione chiarisce anche le esclusioni individuate nel corso del dibattito parlamentare, attinenti soprattutto a soggetti che, pur astrattamente rientranti nella definizione, non pongono in essere attività di sfruttamento diretto delle opere, quali: le enciclopedie *online* ed i repertori didattici o scientifici senza scopo di lucro; le piattaforme di sviluppo e condivisione di *software open source*; i negozi *online*; i servizi *cloud* per le imprese oppure ad uso esclusivamente personale.⁴⁸⁴

⁴⁸² Direttiva 2019/790/UE, cons. 63.

⁴⁸³ Direttiva 2019/790/UE, art. 2, n.6): «“prestatore di servizi di condivisione di contenuti online”: un prestatore di servizi della società dell'informazione il cui scopo principale o uno dei principali scopi è quello di memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti, che il servizio organizza e promuove a scopo di lucro. I prestatori di servizi quali le enciclopedie online senza scopo di lucro, i repertori didattici o scientifici senza scopo di lucro, le piattaforme di sviluppo di e condivisione di software open source, i fornitori di servizi di comunicazione elettronica ai sensi della direttiva (UE) 2018/1972, i mercati online, i servizi cloud da impresa a impresa e i servizi cloud che consentono agli utenti di caricare contenuti per uso personale non sono prestatori di servizi di condivisione di contenuti online ai sensi della presente direttiva». L. ALBERTINI, *La modifica al diritto d'autore europeo per tener conto del contesto digitale: note sugli artt. 11 (diritto degli editori) e 13 (responsabilità dei provider) della bozza di direttiva UE nel febbraio 2019, uscita dalla fase c.d. trilogue*, Law and Media Working Paper Series, 2, 2019, sottolinea che i requisiti individuati dalla norma sono tutti cumulativi e dunque necessari per integrare la fattispecie. In mancanza, la disciplina applicabile resterà la Direttiva 2000/31/CE. Per l'effetto, può ammettersi che i prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* costituiscono una *species* del *genus* dei prestatori di servizi della società dell'informazione.

⁴⁸⁴ Direttiva 2019/790/UE, cons. 62 ed art. 2, 6). M. HUSOVEC – J.P. QUINTAIS, *How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms*, October 1, 2019, p.2, per cui la definizione di prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* sarebbe finalizzata a sottoporre alla regolazione in commento, e senza ambiguità, le principali piattaforme quali YouTube e Vimeo.

Passando invece al contenuto dell'articolo 17, sarà qui solo brevemente analizzato seguendo un ordine logico (parzialmente diverso dal dettato della disposizione), mentre sarà approfondito nei paragrafi successivi ma esclusivamente in rapporto agli effetti che esso ha sulla disciplina degli UAC, oggetto di questo lavoro.

Innanzitutto, l'articolo 17 si apre con l'enunciazione del principio per cui i prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* che concedono l'accesso al pubblico a opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai loro utenti, pongono in essere un atto di comunicazione al pubblico o un atto di messa a disposizione del pubblico,⁴⁸⁵ così ponendo fine all'incertezza giuridica ed al dibattito dottrinale e giurisprudenziale di questi anni.⁴⁸⁶

⁴⁸⁵ Direttiva 2019/790/UE, cons. 64: «senza pregiudizio della definizione di comunicazione al pubblico contenuta nella direttiva 2001/29». L. ALBERTINI, *op.cit.*, 2019, para. 6, sottolinea che l'interpretazione letterale imporrebbe una considerazione disgiuntiva delle due fattispecie invece tra loro difficilmente poste in rapporto di alternatività, sia alla luce dei trattati internazionali, che della realtà tecnologica. Infatti, la differenza tra le due consisterebbe nelle caratteristiche tecniche dell'atto, ovvero la trasmissione o il *downloading*.

⁴⁸⁶ M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2019, p.2: «DSM directive: primary liability as a starting point». C. ANGELOPOULOS, *On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, CIPL, University of Cambridge, January 2017, p.33. Non si può trascurare la circostanza che la Corte di giustizia dell'Unione Europea, chiamata ripetutamente ad intervenire sul punto, da ultimo nel caso YouTube, C-682/2018, pur non pronunciandosi direttamente sulla responsabilità della piattaforma per atti di comunicazione al pubblico, ha sconfessato tale regime di responsabilità alla luce della Direttiva 2000/31/CE. Al contrario, negli U.S.A., le Corti hanno in più occasioni stabilito una responsabilità a carico del medesimo soggetto e l'impossibilità per lo stesso di avvalersi del regime di *safe harbor* previsto dal DMCA, Section 512, in ragione di sue varie funzioni che svelano un ruolo attivo rispetto ai contenuti. Cfr. *Viacom International, Inc. v. YouTube, Inc.*, No. 07 Civ. 2103 (2nd Cir. App. 2012), *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC*, 667 F.3d 1022 No. 09-55902 (9th Cir. App. 2013), *Capitol Records, LLC v. Vimeo, LLC*, 972 F. Supp. 2d 500, 972 F. Supp. 2d 537 (S.D.N.Y. 2013). Più approfonditamente sul punto, A. BRIDY, *op.cit.*, 2019, pp.9-10. M. HUSOVEC – J.P. QUINTAIS, *op.cit.*, 2019, p.3, enfatizzano la circostanza che il legislatore europeo abbia introdotto due innovazioni: innanzitutto stabilendo una responsabilità diretta in capo agli intermediari indipendente dalla conoscenza che gli stessi hanno delle attività compiute tramite i loro servizi; in secondo luogo, superando la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea che aveva negato natura oggettiva alla responsabilità delle piattaforme.

Per l'effetto di un tale principio di responsabilità, al fine di comunicare al pubblico o rendere disponibili al pubblico opere o altri materiali in maniera lecita, i prestatori di servizi devono ottenere un'autorizzazione dai titolari dei diritti ai sensi della Direttiva InfoSoc.⁴⁸⁷

Tale obbligo non pregiudica l'applicazione dell'articolo 14 della Direttiva E-Commerce che assume però valenza residuale per i soli atti dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* diversi dalla messa a disposizione del pubblico di opere dell'ingegno e/o per soggetti che non rientrano nella definizione fornita dall'articolo 2, n. 6).⁴⁸⁸

Ancora, qualora il prestatore di servizi non abbia ottenuto la necessaria autorizzazione del titolare dei diritti per la messa a disposizione del pubblico delle proprie opere, lo stesso può confutare la propria responsabilità dimostrando di aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione;⁴⁸⁹ di aver compiuto i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere individuate dai titolari dei diritti nel rispetto di elevati standard di diligenza professionale;⁴⁹⁰ di

⁴⁸⁷ L'articolo è oggi strutturato in maniera più chiara di quanto avveniva nel testo della Proposta, dove, come detto, il principio di responsabilità era un presupposto implicito alla necessità per le piattaforme di concludere contratti di licenza con i titolari dei diritti, a sua volta implicito presupposto dell'unico obbligo invece previsto da EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market*, COM(2016) 593 final, 2016/0280 (COD), 14.9.2016, ovvero l'implementazione di sistemi di filtraggio finalizzati a rendere efficaci gli accordi contrattuali raggiunti.

⁴⁸⁸ Direttiva 2019/790/UE, cons. 65 ed art. 17, para. 3. M. SENFTLEBEN, C. ANGELOPOULOS, G. FROSIO, V. MOSCON, M. PEGUERA, O.A. ROGNSTAD, *The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform*, October 17, 2017, p.4, con riferimento al testo della Proposta già sollevavano critiche rispetto al rapporto della previsione con la Direttiva 2000/31/CE ravvisando nella Proposta di Direttiva un effetto "corrosivo" rispetto all'esonero di responsabilità previsto dalla prima. Invece, per una autorevole ricognizione dello stato dell'arte rispetto all'interpretazione dell'art. 14 della Direttiva 2000/31/CE, cfr. J. VAN HOBOKEN – J.P. QUINTAIS – J. POORT – N. VAN EIJK, *Hosting intermediary services and illegal content online. An analysis of the scope of article 14 ECD in light of the developments in the online service landscape*, IVIR, European Commission, 2018.

⁴⁸⁹ Direttiva 2019/790/UE, art. 17, para. 4, a).

⁴⁹⁰ Direttiva 2019/790/UE, art. 17, para. 4, b).

aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione motivata, per disabilitare l'accesso o rimuovere le opere segnalate e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne un nuovo caricamento.⁴⁹¹ Appare affiorare in tali previsioni l'originario impianto regolatorio fondato sulla collaborazione tra i soggetti coinvolti e che emerge ancora oggi nella parte introduttiva alla Direttiva MUD. È infatti chiarito che, qualora i titolari dei diritti non forniscano sufficienti informazioni - che devono essere comunque pertinenti e necessarie alla corretta individuazione delle opere che si intendono illecitamente messe a disposizione - oppure qualora i titolari dei diritti non richiedono specificatamente la rimozione delle opere illecite, i prestatori di servizi non possono essere ritenuti responsabili in quanto non sono stati messi in condizione di compiere i massimi sforzi per evitare che sui loro servizi siano disponibili contenuti non autorizzati.⁴⁹²

Dunque, non si tratta di un regime assoluto di responsabilità per fatto altrui, derivato puramente e semplicemente dal caricamento da parte

⁴⁹¹ Direttiva 2019/790/UE, art. 17, para. 4, c). Diverse sono le condizioni previste dal legislatore europeo a favore dei *new-comers*, in particolare, ai sensi del cons. 67 e art. 17, para. 6: «*Gli Stati membri dispongono che, con riferimento ai nuovi prestatori di servizi di condivisione di contenuti online i cui servizi sono disponibili al pubblico nell'Unione da meno di tre anni e che hanno un fatturato annuo inferiore a 10 milioni di EUR calcolati in conformità della raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, le condizioni in virtù del regime di responsabilità di cui al paragrafo 4 siano limitate alla conformità alla lettera a) del paragrafo 4 e alla circostanza di aver agito tempestivamente, in seguito alla ricezione di una segnalazione sufficientemente motivata, per disabilitare l'accesso alle opere o ad altri materiali notificati o rimuovere dai loro siti web tali opere o altri materiali. Se il numero medio di visitatori unici mensili di tali prestatori di servizi supera i 5 milioni, calcolati sulla base del precedente anno civile, essi devono dimostrare altresì di aver compiuto i massimi sforzi per impedire l'ulteriore caricamento di opere o di altri materiali oggetto della segnalazione per i quali i titolari dei diritti abbiano fornito informazioni pertinenti e necessarie*».

⁴⁹² Direttiva 2019/790/UE, cons. 66 ed art. 17, para. 4, pare avere un contenuto simile a quello dell'art. 14, para. 3, Direttiva 2000/31/CE e dell'art. 8, para. 3, Direttiva 2001/29/CE. Conforme anche la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, che nel caso C-324/09, L'Oréal SA contro eBay International AG, ha escluso la necessità di un ordine dell'autorità per poter procedere a rimozione.

degli utenti di opere non autorizzate dai titolari dei diritti, ma per fatto proprio, ovvero per non aver ottenuto un'autorizzazione e per non aver agito diligentemente.⁴⁹³ Ciò è confermato anche dalla circostanza che le condizioni proprie del soggetto agente, le piattaforme, assumono una particolare rilevanza in rapporto agli obblighi di diligenza che, alla luce del principio di proporzionalità, devono essere valutati avuto riguardo a: la tipologia, il pubblico e la dimensione del servizio e delle opere caricate dagli utenti;⁴⁹⁴ la disponibilità ed il costo di strumenti efficaci.⁴⁹⁵

Ebbene, il test di proporzionalità non deve essere effettuato solo rispetto al rapporto tra i mezzi tecnici da utilizzare e la piattaforma che deve adottarli. Il riferimento alla tipologia ed al numero delle opere caricate assume infatti una particolare rilevanza. Più chiaramente, il test di proporzionalità deve essere applicato anche guardando al rapporto tra mezzo tecnico e caratteristiche dell'opera, in quanto il legislatore ammette espressamente che diversi mezzi potrebbero essere appropriati e proporzionati a seconda del tipo di opera considerata e finanche che, in talune ipotesi, solo la notifica del titolare dei diritti potrebbe essere

⁴⁹³ G. FROSIO, *op.cit.*, 2018, p.122, aveva sollevato, tra le diverse criticità che emergevano dal testo della Proposta di Direttiva, l'imposizione di una responsabilità oggettiva in capo alle piattaforme in opposizione alla tradizionale responsabilità per colpa basata sulla conoscibilità e/o conoscenza dell'illecito e per l'effetto: «*The Proposal would make knowledge-and-take-down irrelevant for copyright purposes, tearing apart the fundamental setup of the eCommerce Directive, which, however, will be still full in force*».

⁴⁹⁴ Direttiva 2019/790/UE, art. 17, para. 5, lett. a).

⁴⁹⁵ Direttiva 2019/790/UE, art. 17, para. 5, lett. b). Il riferimento al principio di proporzionalità rende i doveri di diligenza imposti "a geometria variabile". Questo era stato già anticipato in parte dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea che nella sentenza resa nel caso C-160/15, GS Media, aveva subordinato la responsabilità del soggetto agente alla valutazione dell'eventuale scopo di lucro ed alla sua consapevolezza circa l'illiceità dell'atto posto in essere, in maniera inedita per diritto d'autore, rispetto al quale invece l'atteggiamento soggettivo dell'agente era stato storicamente indifferente.

uno strumento efficiente per evitare la disponibilità di contenuti non autorizzati.⁴⁹⁶

A tal proposito, nel rispetto del principio di trasparenza, i prestatori di servizi sono tenuti a mettere a disposizione dei titolari dei diritti, su loro richiesta, informazioni adeguate sul funzionamento degli strumenti e delle prassi di controllo e rimozione dei contenuti e, qualora siano stati conclusi accordi di licenza, informazioni sull'utilizzo delle opere oggetto degli accordi.⁴⁹⁷

Infine, il legislatore si premura di chiarire anche che la cooperazione così instaurata tra piattaforme e titolari dei diritti non può comunque pregiudicare la disponibilità di opere messe a disposizione in maniera lecita, anche in virtù di un'eccezione o limitazione⁴⁹⁸ e che al contempo, l'applicazione dell'articolo 17 non comporta alcun obbligo generale di sorveglianza.⁴⁹⁹

Passando invece al merito delle previsioni dell'articolo 17 che riguardano più da vicino la questione degli UAC, ed in particolare il rapporto tra utenti e piattaforme, rilevanza assumono i paragrafi 2, 8, 9 e 10.

Infatti, il paragrafo secondo dell'articolo 17 stabilisce che le autorizzazioni ottenute dai prestatori di servizi per lo sfruttamento delle opere dell'ingegno hanno effetto anche a favore degli atti compiuti

⁴⁹⁶ Direttiva 2019/790/UE, cons.66.

⁴⁹⁷ Direttiva 2019/790/UE, art. 17, para. 8, ultimo periodo. Cfr. anche, cons. 68, per cui le informazioni fornite ai titolari dei diritti dovrebbero essere sufficientemente precise da assicurare un adeguato grado di trasparenza, senza tuttavia arrecare pregiudizio ai segreti commerciali dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti online.

⁴⁹⁸ Direttiva 2019/790/UE, cons. 66 ed art. 17, para. 7 e para. 9, sesto periodo.

⁴⁹⁹ Direttiva 2019/790/UE, art. 17, para 8, ultimo alinea, pare conforme ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea. Diversamente, un generale obbligo di sorveglianza sarebbe contrario alla previsione dell'art. 15 della Direttiva 2000/31/CE e alla relativa giurisprudenza. M. SENFTLEBEN, C. ANGELOPOULOS, G. FROSIO, V MOSCON, M. PEGUERA, O.A. ROGNSTAD, *op.cit.*, 2017, p.19.

dagli utenti dei loro servizi qualora questi non agiscano su base commerciale o qualora la loro attività non generi ricavi significativi.⁵⁰⁰ Più chiaramente, le licenze eventualmente stipulate tra piattaforme e titolari dei diritti coprono anche l'*upload* da parte degli utenti di opere tutelate a condizioni che questi agiscano amatorialmente. *A contrario*, qualora gli utenti siano direttamente legittimati da un'autorizzazione dei titolari dei diritti a mettere a disposizione un'opera su una piattaforma, tale atto deve essere considerato lecito anche per il prestatore di servizi.⁵⁰¹ Ovvero, sebbene applicando rigorosamente i principi della Direttiva InfoSoc, gli atti di comunicazione siano svolti da soggetti diversi, il legislatore ha ritenuto sufficiente una sola autorizzazione del titolare dei diritti perché l'atto di comunicazione, unitariamente considerato, sia lecito, indipendentemente dalla circostanza che lo stesso sia stato autorizzato a favore della piattaforma o dell'utente che lo mette a disposizione tramite i suoi servizi.⁵⁰² Sempre con riguardo agli utenti, e alle loro prerogative, il paragrafo ottavo dell'articolo 17 stabilisce anche che questi, quando mettono a disposizione «*contenuti generati dagli utenti*» (UGC) tramite i servizi

⁵⁰⁰ L. ALBERTINI, *op.cit.*, 2019, para. 6, enfatizza l'esistenza di un'ambiguità di fondo per effetto della quale l'autorizzazione ottenuta dalla piattaforma esclude la violazione se l'atto è compiuto da determinati soggetti, mentre non ha il medesimo effetto se compiuto da altri che hanno caratteristiche diverse ed in particolare, natura imprenditoriale e scopo lucrativo. In tale ultimo caso però, essendo unico l'atto di comunicazione, deve ammettersi quantomeno l'esistenza di una condotta illecita plurisoggettiva.

⁵⁰¹ Direttiva 2019/790/UE, cons. 69: «*Tuttavia i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online non dovrebbero poter beneficiare della presunzione che i loro utenti possano lecitamente disporre di tutti i diritti rilevanti*».

⁵⁰² Diversamente, come autorevolmente rilevato da C. ANGELOPOULOS, *op.cit.*, 2017, p.31, e da M. SENFTLEBEN, C. ANGELOPOULOS, G. FROSIO, V MOSCON, M. PEGUERA, O.A. ROGNSTAD, *op.cit.*, 2017, p.22-23, la Corte di giustizia dell'Unione Europea, negli anni ha individuato una serie di criteri utili a verificare l'esistenza di un atto di comunicazione al pubblico per l'effetto dei quali sarebbe stato opportuno precisare che le piattaforme esercitano tale attività al ricorrere delle condizioni così fissate. Sulla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in materia di comunicazione al pubblico, *melius*, Capitolo Secondo, para. 3.

di condivisione di contenuti *online*, possono avvalersi, in tutti gli Stati membri, delle eccezioni per citazione, critica e rassegna,⁵⁰³ nonché di quelle per caricatura, parodia o *pastiche*.⁵⁰⁴

Dunque, allo scopo di garantire un'omogenea tutela in tutto il territorio dell'Unione Europea, queste eccezioni devono considerarsi obbligatorie in tutti gli Stati avendo come specifico obiettivo quello di garantire l'equilibrio tra i confliggenti diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali ovvero, la libertà di espressione e la libertà delle arti, ed il diritto di proprietà (intellettuale).⁵⁰⁵

Proprio in considerazione di un tale potenziale conflitto, l'articolo 17 impone diversi obblighi.

Ai titolari dei diritti di motivare adeguatamente le proprie richieste di rimozione.⁵⁰⁶

Ai prestatori di servizi di istituire meccanismi di reclamo celeri, efficaci e sottoposti alla verifica umana, per consentire agli utenti di reagire alle richieste di disabilitazione dell'accesso o rimozione di opere da loro caricate eventualmente proposte dai titolari dei diritti.⁵⁰⁷

Agli Stati di garantire meccanismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, senza pregiudizio delle misure giurisdizionali.⁵⁰⁸

Alla Commissione - in cooperazione con gli Stati membri - di organizzare dialoghi tra le parti interessate per discutere le migliori prassi per la cooperazione tra i prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* e i titolari dei diritti, nonché di emettere orientamenti

⁵⁰³ Direttiva 2019/790/UE, art. 17, para. 9, lett. a).

⁵⁰⁴ Direttiva 2019/790/UE, art. 17, para. 9, lett. b).

⁵⁰⁵ Direttiva 2019/790/UE, cons. 70.

⁵⁰⁶ Direttiva 2019/790/UE, art. 7, para. 9, secondo periodo.

⁵⁰⁷ Direttiva 2019/790/UE, art. 17, para. 9, primo e terzo periodo.

⁵⁰⁸ Direttiva 2019/790/UE, art. 17, para. 9, quarto e quinto periodo.

basati sulle risultanze di tali dialoghi per quanto concerne i meccanismi di cooperazione.⁵⁰⁹

4. La soluzione contrattuale

Rispetto all'articolo 17 come sopra sinteticamente descritto, la responsabilità per i contenuti non autorizzati generati dagli utenti - UAC creati in violazione delle prerogative dei titolari dei diritti - è stato uno dei temi più dibattuti durante la discussione della Direttiva MUD, sebbene il tema sia stato formalmente abbandonato e non sia stato neppure presente nel testo della Proposta presentata dalla Commissione europea nel settembre 2016.⁵¹⁰

Come anticipato, la Commissione aveva originariamente individuato tre diversi modelli regolatori, due basati sul recepimento di esperienze straniere, il terzo - fondato sul convincimento che il diritto d'autore europeo sia un sistema di per sé sufficiente - sarebbe consistito nell'implementazione delle prassi contrattuali esistenti tramite l'armonizzazione di alcuni principi fondamentali.

La Commissione non ha mai nascosto la propria propensione verso questa ultima soluzione⁵¹¹ ed infatti, sin dalla Proposta di Direttiva del

⁵⁰⁹ Direttiva 2019/790/UE, cons. 71 ed art. 17, para. 10. A decorrere dal 6 giugno 2019, la Commissione, in cooperazione con gli Stati membri, organizza dialoghi tra le parti interessate per discutere le migliori prassi per la cooperazione tra i prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* e i titolari dei diritti. Ancora: «*Nel discutere le migliori prassi, si tiene specialmente conto, tra l'altro, della necessità di pervenire a un equilibrio tra i diritti fondamentali e il ricorso a eccezioni e limitazioni. Ai fini del dialogo con le parti interessate, le organizzazioni di utenti hanno accesso a informazioni adeguate fornite dai prestatori di servizi di condivisione di contenuti online sul funzionamento delle loro prassi*».

⁵¹⁰ M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2019, p.1.

⁵¹¹ Nello stesso senso si era espresso anche OECD, DIRECTORATE FOR SCIENCE, TECHNOLOGY AND INDUSTRY, COMMITTEE FOR INFORMATION, COMPUTER AND COMMUNICATIONS POLICY, WORKING PARTY ON THE INFORMATION ECONOMY [WPIE], *Participative Web: User Created Content*, DSTI/ICCP/IE(2006)7/FINAL, S. WUNSCH-VINCENT – G. VICKERY, April 12, 2007, p.47, aveva proposto

settembre 2016, è apparsa evidente la sua intenzione di portare avanti il percorso iniziato con il progetto “*Linceses for Europe*”⁵¹² adottando la menzionata soluzione contrattuale, sul presupposto che urgente e preponderante fosse la necessità di colmare il c.d. *value gap*.⁵¹³

Dunque, tutta la discussione del trilogò è stata incentrata su questo modello, ed il raggiungimento di accordi contrattuali tra titolari dei diritti e piattaforme è oggi elemento centrale dell’articolo 17 della Direttiva MUD e del sistema di responsabilità da essa istituito.⁵¹⁴

Tuttavia, questa soluzione, che nella fase prodromica alla sua adozione era sembrata quella meno incisiva rispetto all’assetto del diritto d’autore europeo, svela oggi particolari criticità legate più che alla lettera della legge, alla realtà in cui la Direttiva MUD si inserisce.

l’istituzione di “*clearing houses*” o centri per l’individuazione dei titolari dei diritti per facilitare le pratiche contrattuali.

⁵¹² La stessa Commissione europea fa espresso riferimento al progetto in fase di consultazione. EUROPEAN COMMISSION, *Public Consultation on the review of the EU copyright rules*, 2014, p.27. EUROPEAN COMMISSION, *Licences for Europe. Ten pledges to bring more content online*, November 2013, p.1: «*Pledges have been made by stakeholders in all four working groups. (...) Taken together, the Commission expects that these pledges are a further step in making the user environment easier in many different situations*». D’altra parte, la soluzione contrattuale ha incontrato il favore degli autori, delle *collecting* e degli utilizzatori istituzionali, nonché di alcuni Stati membri, in tal senso, cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Consultation Report*, Brussels, 2014, pp.67 ss.

⁵¹³ A rigore, l’originaria discussione circa l’efficienza di un sistema di licenze era incentrata su possibili licenze stipulate tra utenti e titolari dei diritti, ed il consenso fondato sul generale favore verso il ruolo incentivante che queste sembrano svelare. Infatti, da un lato i titolari dei diritti sarebbero remunerati, dall’altro gli utenti che vogliono sfruttare materiale preesistente per creare proprie opere, non si espongono ad un rischio legale che li scoraggia. Tuttavia, le difficoltà pratiche ostacolano il raggiungimento di tali tipi di accordi. In tal senso, autorevole è il contributo di Y. LEV-ARETZ, *The subtle incentive theory of copyright licensing*, Brooklyn Law Review, Summer 2015, p.3: «*The subtle incentive theory encourages rightholders to engage in licensing by incorporating the existence of an accessible and efficient licensing scheme and a user’s bona fide attempt to purchase a license*».

⁵¹⁴ AA.VV., *Safeguarding user freedoms in implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations from Europea Academics*, November 2019, p.1, per cui nel compromesso raggiunto nel testo della Direttiva 2019/790/UE, il sistema contrattuale è finalizzato al riequilibrio delle posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti.

Più chiaramente, la soluzione normativa adottata dal legislatore europeo tramite l'articolo 17 sarà condizionata nella sua effettività, non solo dalla successiva fase di recepimento nazionale ma anche, e in maniera più determinante, da una soluzione che si imporrà di fatto. Infatti, la combinazione tra il dialogo tra *stakeholders*, cui l'ultimo paragrafo dell'articolo rimanda per essenziali determinazioni, ed i canoni di “*massimi sforzi*” ed “*elevati standard di diligenza professionale di settore*”, invece richiamati al paragrafo 4, lett. a) e b), danno spazio a soluzioni di mercato in cui la Direttiva MUD rischia di assumere il ruolo di mera norma di cornice.

Provando a sintetizzare le criticità che il sistema sembra svelare in termini generali, prima di passare all'analisi delle problematiche direttamente riferibili agli UAC, la perplessità principale attiene alle modalità pratiche che i soggetti coinvolti sceglieranno di adottare per conformarsi alle prescrizioni della Direttiva MUD.⁵¹⁵

Poche sono infatti le indicazioni che il legislatore sembra fornire.

Innanzitutto, adottando un criterio teleologico, dovendo la norma risolvere un problema di allocazione dei profitti, deve ammettersi che il ricorso alle licenze *Creative Commons*,⁵¹⁶ invece originariamente prospettato dalla dottrina, non sembri il modello di riferimento, sebbene non possa ritenersi radicalmente escluso, rimanendo comunque inalterata la libertà contrattuale delle parti.⁵¹⁷

⁵¹⁵ Neppure i documenti preparatori affrontano direttamente gli aspetti più pratici, determinanti per la messa in opera del sistema contrattuale. EUROPEAN COMMISSION, *Public Consultation on the review of the EU copyright rules*, 2014, p.29; T.M. WOODS, *Working Toward Spontaneous Copyright Licensing: A Simple Solution for a Complex Problem*, *Vanderbilt j. of Ent. and Tech. Law*, 11, 4, 2009, p.1142.

⁵¹⁶ <http://www.creativecommons.it>

⁵¹⁷ Già OECD, *op.cit.*, 2007, p.45, proponeva le licenze *Creative Commons* come utile strumento rispetto agli UGC. Nello stesso senso, anche T.M. WOODS, *op.cit.*, 2009, p.1151, aveva in particolare sottolineato la loro rispondenza alle esigenze degli UAC, ovvero per usi derivati, non professionali e non lucrativi. Invece C. SOLIMAN, *Remixing sharing: sharing platforms as a tool for advancement of UGC sharing*, 22

Ancora, non può escludersi l'adozione di sistemi di licenze obbligatorie,⁵¹⁸ sebbene sembra più realistica l'adozione di un sistema di contrattazione collettiva in cui le *collecting* assumono un ruolo centrale.

Tuttavia, anche in questa ultima ipotesi diverse sono le criticità riscontrabili.

Innanzitutto, rispetto all'oggetto degli accordi, dal momento che è impossibile per le piattaforme prevedere quali opere saranno effettivamente caricate dagli utenti, questi dovrebbero idealmente coprire l'intero repertorio esistente di opere, di qualsiasi natura.⁵¹⁹

Alb. L.J. Sci. & Tech., 2011-2012, pp.339-347, ne enfatizza le criticità, soprattutto legate alla incertezza che esse possono ingenerare non costituendo un modello univoco ma una pluralità di opzioni contrattuali. AA.VV., *User-Created-Content: Supporting a participative Information Society- Final Report*, IDATE – TNO – IViR 2008, p.199. Ancora, V.L. BENABOU – J. ROCHFELD, *À qui profite le clic. Le partage de la valeur à l'ère numérique*, Odile Jacob, 2015, pp.91 ss., escludono che le licenze libere possano avere una particolare efficacia rispetto al rapporto piattaforme/titolari dei diritti ma ritengono che potrebbero invece rivestire un ruolo nel rapporto tra utenti e titolari dei diritti nella misura in cui i primi non abbiano finalità commerciali, conformemente allo spirito delle licenze libere. In generale, sulla capacità delle licenze *Creative Commons* di rispondere alle esigenze dell'ambiente digitale, M.W.S. WONG, *User Generated Content and the Open Source/ Creative Commons Movement: Has the Time Come for Users Rights?*, Fordham-Ipa 4th Annual Asian IP Law & Policy Day, p.29: «*The Creative Commons seeks to build a layer of reasonable, flexible copyright in the face of increasingly restrictive default (copyright) rules by promoting a variety of licenses where some rights are reserved*».

⁵¹⁸ J.T. CROSS - P.K. YU, *The Copyright Holdout Problem and New Internet-Based Services*, in *Remuneration of Copyright Owners: Regulatory Challenges of New Business Models*, L. KUNG-CHUNG - R.M. HILTY (ed.), Springer, 2017, p.9, secondo cui un sistema di licenze obbligatorie ben strutturato potrebbe essere efficiente nella misura in cui reduce al minimo i costi di transazione contrattuale ed i rischi legali dell'eventuale esercizio di eccezioni al diritto d'autore, spesso risolto solo tramite contenzioso. Anche, L. MAUREL, *Droit d'auteur et création dans l'environnement numérique. Des conditions d'émancipation à repenser d'urgence*, Mouvements, 79, 2014, p.107; C. GEIGER, *Freedom of Artistic Creativity and Copyright Law: A Compatible Combination?*, Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper, 08, 2017, p.38. G. FROSIO, *Reforming the C-DSM Reform: a User-Based Copyright theory for Commonplace Creativity*, novembre 2019, p.35, rileva invece che in occasione dello *stakeholders dialogue* in corso, i titolari dei diritti hanno decisamente espresso la loro contrarietà a forme di licenze obbligatorie.

⁵¹⁹ Espressamente, M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2019, p.3: «*A Pan-European license for UGC – covering the wide variety of works that may be uploaded by users – seems beyond reach*».

Rispetto invece ai soggetti coinvolti, e senza voler spendere riflessioni circa l'effettiva liberalizzazione del mercato dell'intermediazione e sulla sua efficienza, si deve ipotizzare che esista, in ciascun Stato membro, almeno una *collecting* per ciascuna categoria di opere ed autori. Tuttavia, perché la soluzione contrattuale sia percorribile, dovrebbe ammettersi anche che le *collecting* possano avere il potere di contrattare anche per conto di soggetti non iscritti, tramite il sistema delle c.d. *umbrella licenses*, che invece ad oggi non sono disponibili in tutti Paesi europei in quanto pare che il principio di stretta rappresentatività rimanga predominante.⁵²⁰

Ancora, nonostante la Direttiva Barnier sia entrata in vigore da alcuni anni ormai,⁵²¹ il principio di territorialità, insieme alla mancata realizzazione di un efficace sistema di licenze pan-europee, imporrebbe comunque alle piattaforme di contrattare in ciascuno Stato europeo per l'intero repertorio di ciascuna *collecting*.⁵²²

Tutto ciò considerato, sembra evidente che la possibilità per le piattaforme di ottenere l'autorizzazione per comunicare al pubblico o mettere a disposizione del pubblico tutte le opere che possono

⁵²⁰ M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2018, p.141, per cui in diversi ordinamenti le *collecting* oggi manlevano gli utilizzatori dalle eventuali pretese di titolari dei diritti non iscritti. Ma rispetto agli UGC il rischio di manleva sarebbe troppo elevato essendo indeterminabile la pletera dei soggetti potenzialmente coinvolti.

⁵²¹ 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 multi-territoriali per i diritti su opere musicali per l'uso *online* nel mercato interno, anche "Direttiva Barnier".

⁵²² M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2018, p.142, anche le *collecting* sono limitate nei loro poteri per territorio e repertorio, dunque dovrebbe essere implementato il sistema di licenze pan-europee che ad oggi non è diventato ancora realtà nonostante la Direttiva 2014/26/UE sarebbe stata a ciò finalizzata, almeno per il comparto musicale. M. HUSOVEC – J.P. QUINTAIS, *op.cit.*, 2019, p.17, sottolineano che, indifferentemente dal meccanismo concretamente adottato, in assenza di una regola del paese di origine (quale quella prevista per esempio dalla Direttiva 2019/789/UE), le piattaforme dovranno procedere per ciascun paese autonomamente.

potenzialmente costituire oggetto di un atto di caricamento da parte dei propri utenti rimane un “*enormous licensing task*”.⁵²³

Per questo, pare più ragionevole sostenere che piuttosto che un obbligo di ottenere l’autorizzazione per tutte le opere, sia più realistico interpretare l’articolo 17 come fondante un obbligo di porre in essere massimi sforzi per ottenere una tale autorizzazione.⁵²⁴ Dunque, la determinazione di quali condotte possano costituire “*massimi sforzi*” idonei ad escludere la responsabilità delle piattaforme assumerà un ruolo decisivo rispetto al quale gli Stati membri possono intervenire con una pluralità di strumenti, per esempio individuando degli standard armonizzati per la *clearance* dei diritti, affinché diventi almeno più agevole la ricerca delle possibili controparti contrattuali.⁵²⁵

⁵²³ M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2019, p.3.

⁵²⁴ M. HUSOVEC – J.P. QUINTAIS, *op.cit.*, 2019, p.4, per cui il generale obbligo di ottenere un’autorizzazione da parte dei titolari dei diritti può tradursi in varie opzioni legislative e meccanismi contrattuali differenti. Pertanto, l’obbligazione gravante sulle piattaforme non può che tradursi nel compiere massimi sforzi per ottenere la menzionata autorizzazione, d’altra parte: «*It is easy to understand that obtaining an authorization from all potential rightholders in the world that use their services is impossible. This would mean clearing authorisations for millions of works of different types uploaded by users*».

⁵²⁵ *Ibid.*, gli autori suggeriscono che gli Stati membri individuino degli standard di *rights clearance*, per esempio tramite l’istituzione di registri che possano essere consultati dalle piattaforme al fine di individuare più agevolmente i titolari dei diritti, proprie controparti contrattuali, ma rilevano anche che: «*unless these solutions are coordinated, fragmentation within the Digital Single Market is likely to occur*». Già V.L. BENABOU, *op.cit.*, 2014, pp.66 ss., sottolineava la necessità per gli Stati membri di fornire strumenti armonizzati per favorire la *clearance* dei diritti, attività preliminare alla corretta implementazione del sistema contrattuale, ed in particolare proponeva di: (i) sviluppare un sistema semplice e interattivo di informazione sulla messa a disposizione di un’opera trasformativa (*vademecum*); (ii) incoraggiare la creazione di un registro delle opere in pubblico dominio; (iii) uniformare a livello europeo il meccanismo di identificazione dei diritti e delle opere; (iv) uniformare a livello europeo l’interpretazione delle eccezioni al diritto d’autore. Non si può trascurare, sul punto, la proposta avanzata da più parti circa l’introduzione di formalità pubblicitarie che potrebbero alleviare l’onere di ricerca dei titolari. Sul punto, M.W. CARROLL, *A Realist Approach to Copyright Law’s Formalities*, Berkeley Technology Law Journal, 2013, 28, p.1511; M. SENFTLEBEN, *How To Overcome The Normal Exploitation Obstacle: Opt-Out Formalities, Embargo Periods, And The International Three-Step Test*, Berkeley Technology Law Journal Commentaries, 1 March 2014; S. VAN GOMPEL, *Copyright Formalities In The Internet Age: Filters Of*

Per quanto attiene invece più direttamente all'effetto che il sistema contrattuale può avere con riferimento alla disciplina degli UAC, deve innanzitutto rilevarsi che la scelta operata dal legislatore europeo sembra aver invertito il piano di discussione che era invece stato oggetto dei lavori preparatori.⁵²⁶

Infatti, mentre oggetto di discussione era stata la soluzione del rapporto tra utenti e titolari dei diritti, rispetto ai quali le piattaforme si ponevano in una posizione di equidistanza in un'ideale costruzione triangolare, la Direttiva MUD si è preoccupata di regolare il solo rapporto tra titolare dei diritti e piattaforme trascurando gli altri due versanti, ovvero il rapporto tra utenti e piattaforme e tra utenti e titolari dei diritti, sebbene anche questi rapporti siano giuridicamente rilevanti e forieri di problematiche.

Infatti, se si può comprendere la volontà del legislatore di allocare un onere economico sul soggetto che più agevolmente può adempiere, deve anche rilevarsi che ancora una volta si è cercato di preservare la struttura tradizionale del diritto d'autore come strumento di regolazione di interessi imprenditoriali tra un soggetto strutturalmente debole, quale l'autore, ed un soggetto invece più forte, che nello *Statue of Anne* era lo stampatore, ed oggi è la piattaforma.⁵²⁷ Tuttavia, questa scelta, pare

Protection Or Facilitators Of Licensing, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper, 30, 2014; J.C. GINSBURG, *Berne-Forbidden Formalities and Mass Digitization*, Boston University Law Review, 96, 2016; R. ROMANO, *Un qualche ritorno a formalità costitutive?*, AIDA, 2017, pp.217- 233.

⁵²⁶ Precedenti sono le critiche rivolte ad un sistema incentrato meramente su accordi privati, di D. HALBERT, *Mass Culture and the Culture of the Masses: A Manifesto for User-Generated Rights*, Vand. J. Ent. & Tech. L., 11, 2009, p.960, ma sembrano tuttavia preservare la propria pregnanza ed attualità: «*Allowing for corporate actors to negotiate the scope, possibility, and framework within which user-generated content exists is simply not appropriate. (...) the rules governing creative exchange will be negotiated among top-down corporate agents with their personal interests in mind. Such a landscape will limit creative possibilities to those that can turn a profit*».

⁵²⁷ D.J. GERVAIS, *User-Generated Content and Music File-Sharing: A Look at Some of the More Interesting Aspects of Bill C-32*, in *From "Radical Extremism" To "Balanced Copyright": Canadian Copyright And The Digital Agenda*, GEIST M.

evitare ancora una volta l'opportunità di adattare il diritto d'autore alle esigenze della modernità, come nel caso di specie il Web 2.0, che avrebbe invece imposto, oltre che la responsabilizzazione delle piattaforme, anche quella degli utenti, nella misura in cui essi svolgono un ruolo sempre meno vicino al tradizionale fruitore passivo delle opere dell'ingegno, e sempre più prossimo all'autore tradizionale, rispetto a cui non si pongono più in antitesi, ma in rapporto dinamico.⁵²⁸

Certo, un timido tentativo potrebbe essere costituito dal riferimento che il considerando 69 fa all'effetto degli accordi intervenuti tra utenti e titolari dei diritti.⁵²⁹ Ovvero, qualora i titolari dei diritti abbiano espressamente autorizzato gli utenti a caricare e mettere a disposizione le loro opere - incorporate in uno UAC - su un servizio di condivisione di contenuti *online*, tale autorizzazione ha effetto anche a favore dei prestatori di servizi. Tuttavia, la norma del paragrafo secondo dell'articolo 17 è costruita in maniera diversa e prevede che, al contrario, quando un prestatore di servizi di condivisione di contenuti

(ed.), Irwin Law, 2010, p.468, sottolinea come il mercato del diritto d'autore abbia correttamente funzionato fino all'avvento della tecnologia digitale perché incentrato su rapporti tra professionisti (B2B) mentre la tecnologia digitale ha introdotto in maniera dirompente un soggetto di natura diversa (B2C). Sul fondamento imprenditoriale del diritto d'autore nel sistema continentale, cfr. anche G. OLIVIERI – S. SCALZINI, *La proprietà intellettuale*, in *Scienze, Innovazione, Reti*, C. CAPORALE - J.C. DE MARTIN - L. MAFFEI – V. MARCHIS (ed.), Treccani, 2018.

⁵²⁸ Per questo, come spiegato nel Capitolo Primo, para. 1, si fa oggi ricorso al concetto di “*prosumer*”. Anche se la necessità di valorizzare il dinamismo del rapporto fruitore/autore non è certo recente, per esempio, già J.C. GINSBURG, *Authors and Users in Copyright*, *Journal of the Copyright Society of the USA*, 45, 1997, p.8, rilevava: «*readers give meaning to the texts they peruse; reading itself becomes a creative act... Reception becomes regeneration, and you can see how the distinction between consumptive and transformative use can be blurred*».

⁵²⁹ M. HUSOVEC - J.P. QUINTAIS, *op.cit.*, 2019, p.18, ritengono che il cons. 69, seconda parte, copra tutte le ipotesi in cui l'utente abbia un'autorizzazione esplicita da parte del titolare dei diritti e dunque possa comprendere tre principali fattispecie: (i) l'utente è anche il titolare dei diritti o un soggetto da lui autorizzato; (ii) l'opera è stata messa a disposizione del pubblico tramite una licenza aperta che consente la creazione di opere derivate, come *Creative Commons*; (iii) l'utente può beneficiare di una eccezione o limitazione al diritto d'autore.

online ottenga un'autorizzazione, essa ha effetto anche rispetto agli atti compiuti dagli utenti dei servizi che non agiscono su base commerciale o non generano ricavi significativi.

Tale sistema sembra però sollevare ulteriori interrogativi.

Innanzitutto, l'autorizzazione ottenuta dalle piattaforme include solo: «*gli atti compiuti dagli utenti dei servizi che rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 3*» della Direttiva InfoSoc e dunque atti di comunicazione al pubblico e messa a disposizione del pubblico. Pertanto, l'autorizzazione in questione non ha l'effetto di legittimare anche l'atto di trasformazione dell'opera originaria in opera derivata, in cui si concreto lo UAC, né di consentire l'adattamento delle opere originarie, che, come visto, non è una fattispecie autonomamente disciplinata nel diritto d'autore europeo, ed è considerata dipendente dal diritto di riproduzione di cui all'articolo 2 della Direttiva InfoSoc invece non menzionato dall'articolo 17 della Direttiva MUD. Dunque, rimane in ogni caso sugli utenti l'obbligo di ottenere un'autorizzazione del titolare dei diritti per procedere alla creazione di uno UGC che costituisca un'opera derivata.⁵³⁰

Del pari rimangono intatti i dubbi circa la possibilità di definire la natura commerciale degli atti compiuti dagli utenti sulle piattaforme, cui si aggiunge la perplessità circa la possibilità di definire cosa possa costituire un "*ricavo significativo*".⁵³¹

Ma in maniera ancora più rilevante, ci si domanda quanto possa essere elevato il rischio di duplicazione delle autorizzazioni e dei pagamenti. Infatti, come dovrebbe essere emerso dalle brevi riflessioni spese circa la complessità per le piattaforme di procedere ad una contrattualizzazione individualizzata per opere e titolari, il sistema

⁵³⁰ *Melius*, Capitolo Secondo, para. 3.

⁵³¹ *Melius*, Capitolo Terzo, para. 2 e 3.

tenderà presumibilmente verso la contrattazione (collettiva) di interi repertori, rispetto alla quale difficilmente potrebbe assumere rilevanza l'eventuale autorizzazione ottenuta da un singolo utente e relativa ad una sola opera.

Pertanto, deve ammettersi che qualora l'utente abbia ottenuto una propria autorizzazione per la comunicazione di una determinata opera da parte del titolare dei diritti, questa potrebbe quasi certamente costituire una duplicazione dell'autorizzazione ottenuta dalla piattaforma per l'intero repertorio della *collecting* cui il titolare appartiene.

Dunque, il tentativo eventualmente compiuto dall'utente di raggiungere un accordo con il titolare dei diritti si rivelerebbe inutilmente dispendioso, sebbene non possa essere del tutto escluso. Infatti, l'utente potrebbe avere intenzione di sfruttare l'UAC anche secondo altre modalità, oppure potrebbe avere uno scopo commerciale o l'ambizione di generare ricavi significativi, tutte condizioni che escluderebbero l'efficacia nei propri confronti delle autorizzazioni ottenute dalla piattaforma tramite cui agiscono.

Ancora, si deve immaginare l'ipotesi in cui l'autorizzazione originariamente non necessaria per l'utente che agisce sotto l'eventuale soglia di significatività dei ricavi, diventi poi necessaria in virtù del successo ottenuto dallo UAC. Oppure si consideri l'ipotesi in cui l'utente adotti uno scopo lucrativo successivamente al caricamento dello UAC. A tal proposito ci si domanda, da un lato, se questa sopravvenuta necessità possa ingenerare nuovi rischi di duplicazione dei pagamenti, ovvero se l'autorizzazione originaria preservi una qualche efficacia limitatamente alla soglia della non rilevanza e dunque l'autorizzazione successiva possa avere ad oggetto solo l'eventuale

surplus (e a quale prezzo).⁵³² Dall'altro lato, ci si interroga su quale sia il momento in cui debba intervenire l'autorizzazione del titolare dei diritti in considerazione del mutato atteggiamento soggettivo dell'utente.

Ebbene, si consideri anche che rimarrebbe in entrambi i casi ferma la possibilità per i titolari dei diritti di negare un'eventuale autorizzazione successiva, oppure chiedere un corrispettivo particolarmente alto, essendo fatta salva la loro libertà contrattuale.⁵³³

E le criticità con riferimento agli UAC non sono terminate. Infatti, il sistema così costruito pone interrogativi anche sulla remunerazione degli utenti creativi.⁵³⁴

Ai sensi del Capo Terzo della Direttiva MUD, tutti gli autori o artisti che concedono in licenza o trasferiscono i loro diritti esclusivi per lo sfruttamento delle loro opere, hanno il diritto di ricevere una remunerazione adeguata e proporzionata.⁵³⁵ Dunque, dovendosi

⁵³² M. HUSOVEC – J.P. QUINTAIS, *op.cit.*, 2019, p.18, rilevano la difficoltà pratica di evitare doppi pagamenti e distinguere tra le attività oggetto dell'autorizzazione ottenuta dalla piattaforma, e quelle ad essa estranee. Già J.T. CROSS - P.K. YU, *op.cit.*, 2017, p.10, avevano rilevato la complessità di un sistema contrattuale tra titolare dei diritti ed utenti, soprattutto con riferimento all'individuazione del costo di transazione: «*That fact, however, creates a serious practical problem namely, how to determine the rate the user should pay? Rights holders ask for high royalty rates in a mandatory licensing regime. By contrast, users and intermediaries derive limited value from their works. Accordingly, they would avail themselves of the license only if the rates are quite low*».

⁵³³ C. GEIGER, *op.cit.*, 2017, p.20.

⁵³⁴ Già J. MILES, *Distributing user-generated content: risks and rewards*, Ent. L.R. 2007, 18, 1, 2007, p.2, rileva che Google ha da tempo inaugurato un sistema di licenze per UGC creativi ed originali in cui il prestatore di servizi svolge un ruolo di intermediario. Anche J. SUNDELL, *Tempting the Sword of Damocles: Reimagining the Copyright/DMCA Framework in a UGC World*, Minn. J.L. Sci. & Tech., 12, 2011, p.348, sottolinea la mancanza di sensibilità verso i diritti degli utenti creativi, inclusi quelli che pubblicano opere autenticamente originali.

⁵³⁵ V. VARET, *Vers un droit européen des contrats de propriété littéraire et artistique?*, Propriétés intellectuelles, 72, Juillet 2019, pp.21-22, rileva che la regolazione dei contratti di diritto d'autore insieme ai diritti morali era una delle questioni sfuggite all'originaria azione armonizzatrice del legislatore europeo. Con la Direttiva 2019/790/UE c'è invece un'inversione di tendenza in quanto la stessa dedica un intero Capo, il Terzo, ad una serie di principi contrattuali - concernenti principalmente la

ammettere che la pubblicazione di uno UAC sulle piattaforme, anche per l'effetto dei loro termini di servizio, costituisce un atto di sfruttamento di un'opera nell'ambito di un contratto di licenza,⁵³⁶ gli utenti le cui creazioni generano profitti, dovrebbero essere remunerati.⁵³⁷

Tuttavia, se remunerati, permanendo l'incertezza sopra menzionata circa il significato del concetto di “*base commerciale*” o “*ricavi significativi*”, dovrebbe essere anche vigilato il comportamento delle piattaforme, che potrebbero facilmente condizionare la remunerazione degli utenti all'ottenimento di un'autorizzazione diretta da parte dei titolari dei diritti e negargli la possibilità di beneficiare dell'autorizzazione da loro stipulata anche nell'ipotesi in cui i proventi generati non siano “*significativi*”, ai sensi del paragrafo secondo dell'articolo 17.

Pare evidente, quindi, già in questa fase di analisi iniziale, come un sistema puramente privato, fondato solo sulla comune volontà delle parti di addivenire ad un accordo per lo sfruttamento *online* delle opere dell'ingegno, si presti a possibili abusi, e/o usi opportunistici, evidenziando quel rischio di effetto censorio che era stato denunciato dalla dottrina sin dalla lettura della prima bozza della Direttiva MUD.⁵³⁸

remunerazione contrattuale ed i controlli sulla sua equità - che non riguardano i soli diritti d'autore ma anche connessi, confermando la stretta dipendenza tra le due categorie.

⁵³⁶ Per esempio, prevedono una espressa licenza a favore del servizio, i Termini di servizio di YouTube <https://www.youtube.com/static?gl=IT&hl=it&template=terms> e Facebook <https://www.facebook.com/terms?ref=pf>

In tema, R. GARCIA - T. HOFFMEISTER, *Social Media Law, in a nutshell*, West Academic Publishing, 2017, pp.25-53.

⁵³⁷ V. VARET, *op.cit.*, 2019, p.23, sottolinea che le norme del Capo Terzo troveranno applicazione dal 7 giugno 2021 ma non avranno effetto retroattivo rispetto ai contratti conclusi prima di quella data, sebbene eventuali trattative in corso dovranno necessariamente tenerle in considerazione.

⁵³⁸ M. SENFTLEBEN - C. ANGELOPOULOS - G. FROSIO - V MOSCON - M. PEGUERA - O.A. ROGNSTAD, *op.cit.*, 2017, p.5, con riferimento al testo originariamente approvato dal Parlamento europeo nel settembre 2018, sottolineano che impone alle piattaforme

Infatti, sembra che nell'intento di riequilibrare la forza contrattuale tra titolari dei diritti e piattaforme, i primi abbiano ottenuto poteri particolarmente incisivi, mentre alle seconde spettino oneri economici e giuridici sempre crescenti.

D'altra parte, la necessità per utenti e piattaforme di instaurare rapporti contrattuali diretti con i titolari dei diritti per compiere attività che sono loro proprie (la creazione di UAC per i primi e la messa a disposizione di servizi della società dell'informazione per le seconde), determina che i titolari dei diritti possano decidere e controllare permanentemente ed in maniera diretta i propri diritti e le proprie opere che intendono mettere a disposizione del pubblico ma indirettamente anche i diritti e le opere di soggetti terzi, autori derivati, con un evidente rischio per lo sviluppo culturale.⁵³⁹

Non si può, infatti, aprioristicamente escludere che il mercato dell'opera successiva sia più limitato e meno redditizio di quello dell'opera originaria, né ammettere che esso sia sotto il suo totale controllo, e quindi non sembra sufficientemente garantista un sistema

un generale obbligo di licenza sembra più rispondente alla necessità di preservare altri diritti fondamentali, tuttavia, laddove si ritenga che i meccanismi di filtraggio siano uno strumento necessario, il legislatore avrebbe dovuto considerare l'opportunità, per il fine di preservare in particolare la libertà di espressione, di introdurre una specifica limitazione per *remix* e *mashups* onde evitare abusi dello strumento contrattuale.

⁵³⁹ R.M. HILTY – K. KOKLU, *Limitations and Exceptions to Copyright in the Digital Age. Four Cornerstones for a Future-Proof Legal Frameworks in the EU*, in *New Developments in EU and International Copyright Law*, I.A. STAMATOUDI (ed.), Wolters Kluwer, 2016, p.289. C. GEIGER, *op.cit.*, 2017, p.1: «*licensing right owners are not always easy to trace, but most of all it can lead to a situation private censorship, as private entities or individuals have the potential to decide what can be created or not and block the dissemination of new works*». Ci si domanda dunque come sia possibile conciliare tale effetto con la *ratio* stessa del diritto d'autore nonché con le obbligazioni internazionali assunte con riguardo alla protezione dei diritti fondamentali, tra cui in particolare la libertà di espressione e creazione artistica. M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2019, p.4, invece esprime preoccupazione circa la c.d. “*content diversity*” che parrebbe essere a rischio nella misura in cui essendo possibile per le piattaforme mettere lecitamente a disposizione solo opere oggetto di licenza, potrebbero decidere di investire solo rispetto a quei contenuti che generano un sicuro ritorno economico, ovvero principalmente prodotti *mainstream*.

che sottoponga alla sola autorizzazione del primo autore l'opera derivata, nella misura in cui questo può revocare il proprio consenso in qualunque momento e bloccare, anche tramite il ricorso a strumenti tecnologici, lo sfruttamento dell'opera successiva.⁵⁴⁰

Infatti, pare che, essendo impossibile allo stato ottenere tutte le autorizzazioni necessarie per il lecito sfruttamento delle opere dell'ingegno, le tecnologie di filtraggio troveranno più applicazione di quanto immaginabile ad una prima lettura dell'articolo 17, come anche la responsabilità che il primo paragrafo dell'articolo pone in capo alle piattaforme.⁵⁴¹

5. La soluzione tecnologica

Come anticipato, gli effetti del sistema istituito dall'articolo 17 della Direttiva MUD sono comprensibili solo immaginando la coesistenza di due piani interpretativi.

Uno è letterale, costituito dall'espressa previsione fornita dal legislatore europeo, il quale ha imposto alle piattaforme un obbligo di ottenere l'autorizzazione dei titolari dei diritti per poter lecitamente svolgere i propri servizi.

Il secondo è fattuale, determinato dai possibili esiti del dialogo tra le parti interessate che, inaugurato nel giugno 2019,⁵⁴² ha la finalità di individuare le migliori prassi per la cooperazione tra i prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* e i titolari dei diritti. Questi

⁵⁴⁰ Ancora, la legge tace del tutto sulla ripartizione dei proventi tra le due categorie di autori che è anch'esso rimesso alla libertà contrattuale delle parti coinvolte. In tema, già V.L. BENABOU, *op.cit.*, 2014, p.60.

⁵⁴¹ Per questo in fase di discussione la dottrina si era spesa contro l'adozione di questo testo, anche in considerazione dei rischi che il filtraggio può avere rispetto all'esercizio delle libertà fondamentali previste dalla Carta di Nizza. J.P. QUINTAIS, *op.cit.*, 2019, p.18; M.L. MONTAGNANI - A. TRAPOVA, *op.cit.*, 2019, p.6.

⁵⁴² Direttiva 2019/790/UE, art.17, para. 10.

risultati consentiranno poi alla Commissione di emettere orientamenti sull'interpretazione della disposizione in oggetto, ed in particolare rispetto al paragrafo 4.⁵⁴³

Più chiaramente, tali migliori prassi di cooperazione dovrebbero consistere nell'individuazione di comportamenti che valgono a configurare i massimi sforzi (“*best efforts*”⁵⁴⁴), gli elevati standard di diligenza professionale di settore e la tempestività di intervento tali da escludere la responsabilità dell'intermediario che non abbia ottenuto l'autorizzazione del titolare dei diritti, ai sensi del paragrafo 1 dell'articolo 17 della Direttiva MUD.

Ebbene, in considerazione dello stadio tecnologico dei soggetti coinvolti e delle prassi da questi perpetrate, non pare possibile escludere che tali standard di cooperazione possano di fatto tradursi nell'adozione di sistemi di riconoscimento automatico di contenuti, ovvero di filtraggio.⁵⁴⁵

⁵⁴³ Direttiva 2019/790/UE, art. 17, para. 4: «*Qualora non sia concessa alcuna autorizzazione, i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online sono responsabili per atti non autorizzati di comunicazione al pubblico, compresa la messa a disposizione del pubblico, di opere e altri materiali protetti dal diritto d'autore, a meno che non dimostrino di: a) aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione, e b) aver compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti; e in ogni caso, c) aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti web le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro conformemente alla lettera b)*».

⁵⁴⁴ E. ROSATI, *Lost in (mis-)translation: when IP law doesn't always mean what it says*, *Journal of intellectual property law & practice*, 14, 8, 2019, p.587, da atto degli errori materiali di traduzione della Direttiva 2019/790/UE, ed anche della difficoltà di tradurre la locuzione utilizzata nel testo inglese dell'art. 17, “*best efforts*”, che rimanda ad un concetto giuridico ben preciso e che tuttavia non è presente in tutti gli ordinamenti o facilmente traducibile con una sola espressione. Ebbene, secondo l'autrice, tale problema non è meramente linguistico ma anche concettuale e si mostrerà soprattutto nella fase di trasposizione, dove potrebbe ingenerare il rischio di standard di tutela/obbligazione diversi nei diversi Paesi.

⁵⁴⁵ G. FROSIO – S. MENDIS, *Monitoring and Filtering: European Reform or Global Trend?*, Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research

D'altra parte, la norma impone alle piattaforme di fare in modo di evitare la disponibilità sui propri servizi di opere non autorizzate e, in ogni caso, di agire tempestivamente al ricevimento di una richiesta di rimozione, nonché impedire il successivo caricamento delle medesime opere segnalate.⁵⁴⁶

Nella costruzione del legislatore europeo, le tre attività ora menzionate sono possibili solo grazie alla cooperazione tra titolari dei diritti e prestatori di servizi ma la loro idoneità deve essere parametrata, nel rispetto del principio di proporzionalità, alla tipologia e consistenza del servizio, alla disponibilità (anche in termini economici) di strumenti adeguati e alla natura delle opere coinvolte.⁵⁴⁷

Il legislatore dunque, pur non chiarendo cosa debba intendersi per “*strumenti adeguati ed efficaci*”, descrive un sistema simile a quello esistente nella prassi, ovvero fondato, come detto, su strumenti di riconoscimento automatico di contenuti che, appunto, possono funzionare solo grazie alla cooperazione tra titolari dei diritti e piattaforme e variano a seconda del servizio e delle opere coinvolte.

Infatti, questi sistemi di riconoscimento automatico di contenuti consistono essenzialmente in tecnologie in grado di confrontare le opere presenti in un *database* con quelle caricate dagli utenti sulle

Papers, 05, 2019, p.16, rileva che nel 2008 Google lancia la propria tecnologia di filtraggio - Content ID - dopo la sconfitta contro Viacom. A sua volta, nel 2014, Viacom adotta un proprio sistema di filtraggio - Copyright Match - sempre a seguito di una battaglia legale. Le due tecnologie si basano sul *fingerprinting*, la particolarità di Content ID è rappresentata dal fatto che la stessa non è finalizzata solo alla rimozione del contenuto illecito ma offre ai titolari dei diritti diverse possibilità tra cui rileva soprattutto quella di monetizzare l'opera asseritamente contraffattoria piuttosto che rimuoverla. In questo senso anche S. CUNNINGHAM – D. CRAIG, *Social Media Entertainment: The New Intersection of Hollywood and Silicon Valley*, NYU Press, February 2019, p.44. G. FROSIO – M. HUSOVEC, *Accountability and Responsibility of Online Intermediaries*, in *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, G. FROSIO (ed.), Oxford University Press, 2019, p.10, da atto anche dello sviluppo di Photo DNA, una tecnologia Microsoft per impedire illecita diffusione di fotografie.

⁵⁴⁶ Direttiva 2019/790/UE, art. 17, para.4, let. b) e c).

⁵⁴⁷ Direttiva 2019/790/UE, art. 17, para 5, lett. a) e b).

piattaforme, riuscendone ad individuare le somiglianze ed identità in maniera strettamente quantitativa.⁵⁴⁸

Dunque, è evidente che la soluzione tecnologica faccia necessariamente da contraltare alla soluzione contrattuale e sia anche tenuta in considerazione dal legislatore, nonostante la sua espressa previsione sia stata scongiurata dal feroce dibattito legislativo che ha portato all'adozione del testo definitivo della Direttiva MUD.⁵⁴⁹

Tuttavia, imporre alle piattaforme un obbligo di evitare la messa a disposizione di contenuti non autorizzati, ed il loro successivo caricamento,⁵⁵⁰ significa quantomeno accettare che le stesse adottino le

⁵⁴⁸ M.S. SAWYER, *Filters, Fair Use, and Feedback: User-Generated Content Principles and the DMCA*, Berkley Technology Law Journal, 2009, p.381 ss.; C. ANGELOPOULOS, *op.cit.*, 2017, p.365. G. FROSIO – S. MENDIS S., *op.cit.*, 2019-05, p.25, distingue tra “*content recognition technologies*” e “*automated content blocking technologies*”, ovvero tra “*filtering technologies*” ed “*algorithmic enforcement*”. Le prime hanno natura preventiva, sarebbero finalizzate ad impedire il caricamento di opere non autorizzate. Le seconde intervengono in una fase successiva al caricamento ed hanno una funzione repressiva. La Direttiva 2019/790/UE implicitamente distingue tra le due tecnologie in quanto imponendo al para. 9 dell’art. 17 la revisione umana dei reclami, nega l’ammissibilità di sistemi automatizzati. In tema anche: V. BENABOU, *op.cit.*, 2014, p.22. J.T. CROSS - P.K. YU, *op.cit.*, 2017, p.7, sintetizzano il meccanismo di funzionamento di Content ID, il *software* proprietario di YouTube: «*Rightsholders deliver to YouTube reference files (these can be audio-only or video) of content they own, metadata describing that content, and policies describing what they want YouTube to do when it finds a match. Rightsholders can choose between three policies when an upload matches their content: 1) make money from them (for monetized videos the majority of the revenue goes to rightsholders); 2) leave them up and track viewing statistics; or 3) block them from YouTube altogether. Content ID compares videos uploaded to the site against those reference files, automatically identifies the content, and applies the rightsholder’s preferred policy*».

⁵⁴⁹ A. BRIDY, *op.cit.*, 2019, p.21, spiega il passaggio dalla Proposta di Direttiva avanzata dalla Commissione europea al testo definitivo come un’evoluzione: «*from de jure to de facto technical measures*». Infatti, ironicamente rileva che, p.26: «*article 17 was designed for Content ID, and not vice versa*». G. GHIDINI – F. BANTERLE, *A Critical View on the European Commission’s Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, *Giurisprudenza Commerciale*, 6, 2018, hanno sottolineato la necessità di distinguere tra l’imposizione di obblighi di collaborazione e trasparenza nei confronti dei titolari dei diritti, da eventuali obblighi tecnologici invece non auspicabili.

⁵⁵⁰ Direttiva 2019/790/UE, art. 17, para. 4, lett. b), impone ai titolari dei diritti di fornire informazioni pertinenti e necessarie per l’individuazione delle opere che non devono essere disponibili sulle piattaforme. La successiva lett. c) prescrive anche l’obbligo di motivare la propria richiesta di impedire futuri caricamenti. M.

tecnologie che consentano di adempiere più agevolmente a tale obbligo.⁵⁵¹

E dunque, se pure non sia espressamente richiesta dalla Direttiva MUD l'implementazione di sistemi di filtraggio, finanche nell'ipotesi in cui questi non dovessero neppure imporsi come standard del settore, comunque le piattaforme interessate potrebbero – come hanno già fatto – applicare queste tecnologie per propri interessi, per esempio per ridurre il rischio relativo al verificarsi di condotte illecite tramite i propri servizi.⁵⁵²

D'altra parte, sebbene in Unione Europea l'adozione di sistemi di filtraggio era stata originariamente sostenuta dai soli titolari dei diritti

SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2019, p.7, rileva un conflitto tra l'art. 17, para. 4, lett. b) e le previsioni degli artt. 8, 11 e 16 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione Europea. Il legislatore per contravvenire a questo conflitto avrebbe limitato il filtraggio a “*contenuti specifici indicati dai titolari dei diritti*” e negato espressamente, para. 8 dell'art. 17, Direttiva 2019/790/UE, alcun generale obbligo di sorveglianza. Ma ci si domanda se sia sufficiente la lettera della legge quando nella prassi i titolari dei diritti potrebbero specificatamente indicare il proprio intero repertorio, che può essere anche considerevole.

⁵⁵¹ M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2019, p.5, ritiene che evitare una messa a disposizione del pubblico non autorizzata sia possibile solo tramite il ricorso al filtraggio. Pertanto, vi è il concreto rischio che il diritto d'autore assuma un ruolo inedito di censura, in opposizione alla sua *ratio legis* di favorire l'abbondanza delle informazioni e la diffusione dei contenuti. Nello stesso senso anche, G. FROSIO – S. MENDIS, *op.cit.*, 2019, p.23: «*it is difficult to envision how an OCSSP could avoid liability under Article 17 without engaging in general monitoring of content*». Questo sarebbe contrario all'*acquis* comunitario, sia rispetto al testo della Direttiva 2000/31/CE, che alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea intervenuta in materia a partire dal caso C-360/10, Netlog, escludendo espressamente la necessità di una tale attività e la sua illiceità alla luce dei diritti fondamentali (para. 26 e 52). M. RICOLFI, *La proprietà intellettuale e le libertà antagoniste, in I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, CAGGIA F. - RESTA G. (ed.), *Studies in Law & Social Sciences* 5, 2019, p.209, rimanda a tal proposito anche alla sentenza resa nella causa C-70/10, Scarlet Extended.

⁵⁵² G. FROSIO – S. MENDIS, *op.cit.*, 2019, p.25. G. FROSIO – M. HUSOVEC, *op.cit.*, 2019, p.13, per esempio, ritengono che Content ID sia una soluzione “*win-win*” per YouTube che non è interessato alla rimozione di opere illecite, ma piuttosto ad individuare una modalità di cooperazione con i titolari dei diritti per mantenere *online* contenuti e monetizzarli. Tuttavia, la tecnologia è anche adottata su base volontaria nel quadro delle attività di lotta ai contenuti violenti, offensivi, pedopornografici, ed in minima parte per prevenire il ricaricamento di opere rimosse in ottemperanza all'obbligo di *stay-down*.

in fase di consultazione,⁵⁵³ negli Stati Uniti d’America tale proposta era stata anche condivisa dagli intermediari come soluzione concordata per gli UGC, già nell’ottobre 2007, con l’adozione dei c.d. “*UGC Principles*”.⁵⁵⁴ Questi ultimi sono una serie di principi adottati su base volontaria dalla maggior parte degli intermediari di servizi della società dell’informazione ed individuati di concerto con i soggetti del mercato dei prodotti audiovisivi.⁵⁵⁵

Questi “*principi*” prevedono proprio l’adozione di sistemi di filtraggio da parte dei prestatori di servizi tramite le informazioni fornite dai titolari dei diritti, al fine di sollevare questi ultimi dall’onere di individuare e tracciare le proprie opere illecitamente diffuse tramite le piattaforme.⁵⁵⁶

Ebbene, la sola applicazione degli *UGC Principles* e delle tecniche di filtraggio ad essi riferite avrebbe escluso la responsabilità delle

⁵⁵³ EUROPEAN COMMISSION, *Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules*, Brussels, 2014.

⁵⁵⁴ <https://ugcprinciples.com>

⁵⁵⁵ Tranne YouTube che nel frattempo aveva iniziato a sviluppare la propria tecnologia proprietaria “ContentID” cfr. <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=it> In tema di UGC Principles: B.G. MEYERS, *Filtering systems or fair use? A comparative analysis of proposed regulations for User-Generated Content*, *Cardozo Arts & Ent. L.J.*, 26, 2008-2009, p.946; M.S. SAWYER, *op.cit.*, 2009, p.365; W.B. CHIK, *Paying it Forward: The Case for a Specific Statutory Limitation on Exclusive Rights for User-Generated Content Under Copyright Law*, *J. Marshall Rev. Intell. Prop. L.*, 11, 2011, p.261; M.B. McNALLY - S.E. TROSOW - L. WONG - C. WHIPPEY - J. BURKELL - P.J. MCKENZIE, *User-generated online content 2: Policy implications*, *First Monday*, 17, 6, 4 June 2012, pp.7-10.

⁵⁵⁶ D. HALBERT, *Mass Culture and the Culture of the Masses: A Manifesto for User-Generated Rights*, *Vand. J. Ent. & Tech. L.*, 11, 2009, p.931, descrive gli *UGC Principles*, come una serie di norme condivise da *media companies* e *internet service providers* affinché gli interessi commerciali di entrambe le categorie possano essere rispettati. Tuttavia, l’autore sottolinea anche la rilevanza dell’assenza di Google, come di rappresentanti della categoria degli utenti: «*These absences highlight the political nature of the debate in which users are ignored because corporate players will set standards and users will be required to play by the resulting rules*».

piattaforme per atti commessi tramite i loro servizi, anche in caso di errori della tecnologia.⁵⁵⁷

Per contravvenire a tale principio di assoluta irresponsabilità, che ammetteva - e sanava - anche errori frutto di tecnologie che si trovavano in uno stadio di sviluppo solo embrionale e dimostravano un elevato rischio censorio,⁵⁵⁸ l'EFF ha poco dopo l'ufficializzazione del menzionato accordo, promosso l'adozione di altri e diversi principi, con l'ambizione di trovare un punto di equilibrio tra utenti e titolari dei diritti in una fase antecedente all'applicazione delle tecnologie di filtraggio, tale per cui questo sarebbe diventato non necessario con riferimento agli UGC ma, piuttosto, applicabile ai soli materiali puramente contraffattori.⁵⁵⁹

Infatti, sin dagli albori dello sviluppo di tecnologie di filtraggio sono apparsi evidenti i rischi che queste comportavano, ovvero: la necessità di operare un controllo indiscriminato sui contenuti, per l'effetto del quale il controllo algoritmico può risultare pervasivo; ma soprattutto, il

⁵⁵⁷ B.G. MEYERS, *op.cit.*, 2009, p.944, rileva che i principali obiettivi degli *UGC Principles* sono: (i) eliminare materiale illecito; (ii) incoraggiare il caricamento di materiale originale ed originario; (iii) garantire il rispetto del *fair use* e delle eccezioni al diritto d'autore in generale; (iv) tutelare la riservatezza degli utenti mantenendo il rapporto tra professionisti.

⁵⁵⁸ E. KRESINGER, *Remixing the Remix*, in *The Routledge Companion to Remix Studies*, E. NAVAS – O. GALLAGHER – X. BURROUGH (ed.), Routledge, 2015, pp.480-485, rileva che nel giugno 2007 YouTube inizia la sperimentazione del sistema di identificazione automatica di contenuti, Content ID, e nel 2011 ancora sono riscontrati diversi problemi di funzionamento, soprattutto dovuti all'incapacità del *software* di valutare usi liberi e *fair use*. Tuttavia, deve considerarsi anche che il sistema ha l'indubbio merito di essere particolarmente celere riuscendo a passare in rassegna cento ore di video in un'ora. Ma per questo motivo rischia di essere anche pericolosamente "iperattivo", ovvero rimuove, blocca e monetizza UGC che invece dovrebbero beneficiare di eccezioni ai diritti dispiegando un effetto deterrente. A tal fine, l'EFF pubblica le notizie relative a particolari casi di errore: <https://www.eff.org/it/takedowns>

⁵⁵⁹ B.G. MEYERS, *op.cit.*, 2009, p.937, elementi fondanti gli "EFF Principle" sono: la necessità di strutturare la tecnologia sul *fair use*; sottoporre a controllo umano i risultati della tecnologia; evitare la rimozione automatica nel rispetto del diritto di contraddittorio e difesa dell'utente.

rischio di errori che comportano l'oscuramento di opere lecitamente diffuse.

Il primo aspetto attiene al c.d. filtraggio preventivo, ed era stato escluso dalla Direttiva E-Commerce e dalla giurisprudenza di riferimento.⁵⁶⁰

Il secondo aspetto attiene invece in maniera più diretta al rapporto tra diritto d'autore, tecnologie e libertà di espressione nella misura in cui i sistemi di filtraggio possono essere oggetto di abuso da parte dei titolari dei diritti⁵⁶¹ o, quando, operando in maniera automatica, non riescono a distinguere tra usi liberi ed usi non autorizzati.⁵⁶²

⁵⁶⁰ M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2019, p.6. C. GEIGER – G. FROSIO – E. IZYUMENKO, *Intermediary Liability and Fundamental Rights*, in *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper, 6, 2019, p.12, evidenziano che il conflitto tra tecnologie di filtraggio e libertà di espressione era stato rilevato dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea già nella sentenza resa nel caso Louis Vuitton (C-236, 237, 238/2008), para 123. Sull'art. 15 della Direttiva 2000/31/CE, G. FROSIO, *op.cit.*, 2018, p.119.

⁵⁶¹ S. JACQUES – K. GARSTKA – M. HVIID – J. STREET, *Automated anti-piracy systems as copyright enforcement mechanism: a need to consider cultural diversity*, E.I.P.R. 2018, 40, 4, p.227: «*the manner in which the algorithms are actually used seems to reinforce the market power of the right holders*».

⁵⁶² G. FROSIO, *op.cit.*, 2018, p.127. M. SENFTLEBEN, C. ANGELOPOULOS - G. FROSIO - V. MOSCON - M. PEGUERA - O.A. ROGNSTAD, *op.cit.*, 2017, p.13, ritengono che le tecnologie di filtraggio priveranno gli utenti della possibilità di esercitare in pieno la propria libertà di espressione, circostanza già enfatizzata dalla Corte di giustizia nel caso Sabam/Netlog (C-360/10), in occasione del quale ha dichiarato le misure di filtraggio non proporzionate. Anche EUROPEAN COMMISSION, *Sintesi della valutazione d'impatto sulla modernizzazione delle norme UE in materia di diritto d'autore che accompagna il documento "Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale" e "Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce norme relative all'esercizio del diritto d'autore e dei diritti connessi applicabili a talune trasmissioni online degli organismi di diffusione radiotelevisiva e ritrasmissioni di programmi televisivi e radiofonici"*, COM(2016) 594 final, SWD(2016) 301 final, SWD(2016) 302 final, Brussels, 14.9.2016, pp.140-141, ha rilevato che le tecnologie di riconoscimento di contenuti danno spesso "*falsi positivi*" e l'effetto è particolarmente preoccupante rispetto ad opere trasformative, come le parodie. J.P. QUINTAIS, *op.cit.*, 2019, p.20, le tecnologie esistenti non sono in grado di fare valutazioni dinamiche, quali quelle che sarebbero necessarie per valutare l'esercizio di eccezioni al diritto d'autore. Al contrario, non necessariamente riescono ad individuare una violazione perché il plagio non è solo quantitativo ma anche qualitativo, in questo senso, S. JACQUES - K. GARSTKA – M. HVIID – J. STREET, *op.cit.*, 2018, p.227.

A ciò si aggiunga anche che gli interessi delle piattaforme e dei titolari dei diritti sono in parte convergenti verso la rimozione di contenuti asseritamente in violazione, circostanza che accresce il rischio di *overblocking*, ovvero di richieste di rimozione non giustificate.⁵⁶³

Infatti, sebbene le piattaforme traggono vantaggio dall'abbondanza di contenuti, queste non hanno interesse a tutelare in maniera diretta la libertà di espressione dei singoli utenti le cui opere sono oggetto di una richiesta di rimozione, ma piuttosto, col fine di non esporsi al rischio legale, trovano più conveniente assecondare le richieste dei titolari dei diritti.⁵⁶⁴

Dunque, deve ritenersi che proprio per contravvenire a questo rischio di abusi il legislatore europeo abbia individuato, al paragrafo 9 dell'articolo 17, gli elementi di un sistema europeo di c.d. *notice and take-down* e c.d. *counter-notice* sul modello di quello statunitense.⁵⁶⁵

⁵⁶³ C. GEIGER – E. IZYUMENKO, *Copyright on the Human Rights' Trial: Redefining the Boundaries of Exclusivity Through Freedom of Expression*, International Review of Intellectual Property and Competition Law, May 2014, 45, 3, 2019, p.9, evidenziano l'esistenza del rischio di *overblocking* nonostante i *caveat* della Corte di giustizia dell'Unione Europea. Ma rilevano anche che non tutti gli *overblocking* sono in violazione dei diritti fondamentali, per esempio, non lo sono quelli di siti di cui una parte sostanziale sia devota alla violazione dei diritti d'autore, anche qualora l'effetto sia su tutto il servizio e quindi anche su materiale lecito. N. ELKIN-KOREN – M. PEREL, *op.cit.*, 2018, p.3, ritengono che il rischio di abuso sia dovuto al fatto che gli algoritmi non solo fanno *enforcement*, ma decidono anche limiti, confini e scopo dei diritti.

⁵⁶⁴ M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2019, p.8. S. JACQUES - K. GARSTKA – M. HVIID – J. STREET, *op.cit.*, 2018, p.224, ravvisano un: «*commercial push for right holders and intermediaries to collaborate*», pertanto, sebbene gli intermediari siano i soggetti meglio posizionati come infrastrutture, non sono necessariamente quelli più idonei a fare una valutazione della violazione. In tema di rischio di abuso da parte dei titolari dei diritti, C. TAN, *Regulating Content on Social Media. Copyright, Terms of Service and Technological Features*, UCL Press, 2018, p.176.

⁵⁶⁵ Previsto dalla Section 512(c) del DMCA. C.M. CONCEPCION, *Beyond the Lens of Lenz: Looking to Protect Fair Use During the Safe Harbor Process Under the DMCA*, George Mason Law Review, 18, 1, 2010, p.233, rileva che la Section 512 del DMCA è lo strumento che il legislatore statunitense ha pensato per evitare abusi. D.E. ASHLEY, *The Public As Creator And Infringer: Copyright Law Applied To The Creators Of User-Generated Video Content*, Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J., 20, 2010, p.587, nel sistema del DMCA, in via teorica gli utenti sono i soggetti maggiormente interessati ad ottenere una seria revisione dei materiali oggetto di un ordine di rimozione perché, qualora sia rimosso illecitamente il contenuto da loro

Infatti, in linea di massima può condividersi la considerazione che un sistema di *notice and take-down*, in quanto fondato sul principio del contraddittorio, sia sufficientemente rispettoso dei diritti di tutte le parti coinvolte nella misura in cui impone sia al titolare dei diritti che all'intermediario una seria considerazione della libertà di espressione, e mette l'utente in condizione di esercitare il proprio diritto di difesa.⁵⁶⁶ Diversamente da quanto avviene nei sistemi di filtraggio e blocco automatico.

Tuttavia, a tale riguardo, pare che il legislatore europeo si sia limitato a fornire solo nozioni di principio,⁵⁶⁷ ovvero che, ai sensi del paragrafo 9 dell'articolo 17, i titolari dei diritti devono indicare debitamente i motivi della richiesta di rimozione, e gli utenti hanno il diritto di presentare un reclamo agli stessi intermediari. Reclamo che deve essere trattato in maniera celere ed efficace e con il necessario intervento umano.

caricato, questo costituisce una diretta violazione dei propri diritti. Ma, nei fatti, gli utenti non hanno alcun incentivo a tutelare i propri interessi perché le procedure di reclamo sono complicate, lunghe e potenzialmente costose soprattutto per soggetti che non conoscono i propri diritti. Per questo, la maggior parte degli utenti accetta passivamente che i propri UGC siano rimossi senza spendere tempo e risorse economiche per cercare di capire se effettivamente sussista una violazione ai diritti dei titolari o meno. Al contrario, l'onere di identificare le opere in violazione grava sui titolari dei diritti che non hanno alcun incentivo nell'investire risorse economiche per far sì che non siano oggetto di rimozione opere che possano beneficiare di eccezioni al diritto d'autore, né risorse umane per sottoporre a revisione le proprie istanze di *notice and take-down* invece generate da sistemi automatici.

⁵⁶⁶ C. GEIGER – G. FROSIO – E. IZYUMENKO, *op.cit.*, 2019, p.13. Da più parti provenivano, antecedentemente all'adozione della Direttiva 2019/790/UE, le critiche circa l'assenza di una previsione del sistema di *notice and take-down* invece delineato dalla giurisprudenza e dalla prassi. Circostanza che ha determinato non poche incertezze applicative e finanche giuridiche. M. SENFTLEBEN - C. ANGELOPOULOS - G. FROSIO - V. MOSCON - M. PEGUERA - O.A. ROGNSTAD, *op.cit.*, 2017, p.18.

⁵⁶⁷ C. ANGELOPOULOS, *op.cit.*, 2017, p.45, ritiene che l'introduzione di un sistema armonizzato di *notice and take-down* sarebbe una innovazione benvenuta nel diritto d'autore europeo e da lungo domandata dagli *stakeholders*. In questo senso, anche R.M. HILTY – V. MOSCON, *Modernisation of the EU Copyright Rules Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper, 12, September 18, 2017, p.99. Ma non è sembrato interesse primario del legislatore europeo in questa fase di riforma: G. FROSIO, *op.cit.*, 2018, p.124.

Ebbene, pare che la mancanza di maggiori dettagli condizioni *in primis* la responsabilità degli intermediari che non sono messi in condizione di avere conoscenza legale a condizioni armonizzate delle violazioni perpetrate tramite i propri servizi,⁵⁶⁸ ma in secondo luogo, coinvolge anche gli utenti che non hanno garanzie circa l'effettiva rilevanza dei propri diritti.⁵⁶⁹ Infatti, in mancanza di chiare condizioni legislative, la semplice previsione di un sistema di reclamo può rivelarsi una formalità priva di efficacia.⁵⁷⁰

Più chiaramente, il menzionato rischio di *overblocking* non è evitato dalla mera previsione di un sistema di reclamo, se questo non costituisce un reale strumento tramite cui l'utente può difendere la propria posizione e tutelare la propria libertà di espressione.⁵⁷¹

In altre parole, il sistema sembra incompleto nella misura in cui non impone ai titolari dei diritti e alle piattaforme una seria valutazione degli interessi giuridicamente rilevanti degli utenti,⁵⁷² anche in

⁵⁶⁸ G. FROSIO – S. MENDIS, *op.cit.*, 2019, p.22, la responsabilità delle piattaforme sorge in ultima istanza dall'impossibilità di rispondere adeguatamente ad una richiesta di rimozione. Tuttavia, non vi è una disciplina armonizzata a tal proposito, infatti le corti nazionali hanno fissato criteri diversi, a partire dal contenuto della segnalazione fino all'attività da porre in essere per ottemperare alla richiesta, ingenerando non poca incertezza negli operatori. Anche L. ALBERTINI, *op.cit.*, 2019, para. 7.1, rileva le esistenti incertezze relative al contenuto e alla modalità della segnalazione del titolare dei diritti

⁵⁶⁹ M. SENFTLEBEN - C. ANGELOPOULOS - G. FROSIO - V. MOSCON - M. PEGUERA - O.A. ROGNSTAD, *op.cit.*, 2017, p.18, ritengono auspicabile l'introduzione di una procedura di *notice and take-down* e *counter-notice* unica e/o armonizzata legislativamente a livello europeo per evitare disparità di trattamento anche in considerazione del fatto che le eccezioni non sono perfettamente armonizzate nei diversi Stati membri.

⁵⁷⁰ M. RANDAZZA, *Lenz v. Universal: A Call to Reform Section 512(f) of the DMCA and to Strengthen Fair Use*, *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, 18, 3, 2016, p.113: «*some OSP make their counter-notice process virtually useless*».

⁵⁷¹ D.E. ASHLEY, *op.cit.*, 2010, p.589: «*Because the Takedown Notice Procedure does not offer Users sufficient incentive to consistently assert their rights to counter-notification claims, the Takedown Notice Procedure does not provide a functional mechanism for substantive review*».

⁵⁷² D.E. ASHLEY, *op.cit.*, 2010, p.603, suggerisce che potrebbe essere opportuno distinguere i canali di segnalazione tra evidenti casi di pirateria e usi derivati. Nel secondo caso si potrebbe rendere obbligatoria una revisione umana e un sistema di

considerazione di quella che è sembrata la tendenza svelata nei sistemi dove il *notice and take-down* è un meccanismo ormai consolidato.⁵⁷³ Infatti, vi è evidenza di un atteggiamento tendenzialmente passivo degli utenti i cui UAC sono oggetto di una richiesta di rimozione da parte di un titolare dei diritti per il tramite delle piattaforme.⁵⁷⁴ Sembra che la maggior parte degli utenti che riceve una notifica di richiesta di rimozione accetti la rimozione della propria opera senza provare a contestare la legittimità della richiesta quandanche ne sia convinto.⁵⁷⁵ Da un lato, infatti, se pure l'opera dovesse essere lecita alla luce di un'eccezione al diritto d'autore, l'utente potrebbe non esserne a conoscenza. Dall'altro lato, non traendo un profitto dal proprio UAC,

contraddittorio. Nel caso di abuso del procedimento, poi, potrebbero essere comminate sanzioni economiche. Coerentemente anche C.M. CONCEPCION, *op.cit.*, 2010, per cui: «*the DMCA needs to give OSPs a reason to respect fair use*».

⁵⁷³ D.E. ASHLEY, *op.cit.*, 2010, p.596: «*The volume of takedown notices being issued by the Copyright Industries suggests that the policy of these companies is to seek the takedown of every potentially infringing work without giving any consideration to fair use*». Lo stesso autore suggerisce anche, p.602, una revisione del sistema del DMCA per incentivare un uso più cauto delle richieste di rimozione, basato su rischi fondati di pirateria: «*Because the copyright industries generate takedown notice through automated screening systems that do not consider fair use, and OSPs honor takedown requests without any substantial review, there is currently no consideration of fair use unless a counter-notice is filed*». È invece necessario che i titolari dei diritti facciano uno scrutinio più approfondito delle richieste di rimozione, che gli intermediari abbiano un ruolo più attivo in questo sistema, e che gli utenti siano gravati da minori oneri probatori al contrario dei titolari dei diritti che dovrebbero essere gravati da pene per usi abusivi.

⁵⁷⁴ Già J.M. URBAN – L. QUILTER, *Efficient Process or Chilling Effects - Takedown Notices under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*, 22 Santa Clara Computer & High Tech. L.J., 2006, p.641, descrivevano i risultati del “*Chilling Effects project*”, uno studio condotto da EFF e una serie di facoltà di giurisprudenza statunitensi a partire dal 2002. In particolare, le autrici sottolineavano la sostanziale mancanza di azioni di reclamo da parte degli utenti. La stessa tendenza è confermata anche successivamente da K. ERICKSON – A. VARINI – M. KRETSCHMER – H. HASSANI, *The reasons for copyright takedown on YouTube, and what they tell us about copyright exceptions*, EUROCPR Conference, Brussels, 24-25 March 2014, pp.10 ss., che rendono pubblica l'evidenza empirica raccolta tra il 2012 e 2013. N. ELKIN-KOREN – M. PEREL, *op.cit.*, 2018, p.16, allo stesso scopo richiamano il “*Transparency report*” di Twitter del 2016 per dimostrare la marginalità dei casi di *counter-notice*.

⁵⁷⁵ M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2019, p.9.

l'utente non si espone al rischio economico di un'azione giudiziaria da parte del titolare dei diritti.⁵⁷⁶

Infine, si vuole spendere qualche riflessione relativa agli interessi degli altri soggetti coinvolti, ulteriori rispetto agli utenti, ovvero tutti quei soggetti che, pur non avendo una propria tecnologia rispondente ai “*più elevanti standard del settore*”, debbano conformarsi alle condizioni dell'articolo 17 della Direttiva MUD.

Vero è che il paragrafo 6 dell'articolo 17 esonera i soggetti più deboli dagli obblighi più pregnanti della disposizione, ma, qualora il filtraggio si imponga in ragione della sua efficacia per perseguire gli obiettivi di cui alle lettere b) e c) del paragrafo 4, dell'articolo 17, alcune considerazioni devono essere svolte relativamente al risultante assetto concorrenziale.⁵⁷⁷

Infatti, l'eventuale imposizione *de facto* di un obbligo di filtraggio può costituire una barriera all'ingresso sul mercato rappresentando un costo considerevole.⁵⁷⁸

⁵⁷⁶ D.E. ASHLEY, *op.cit.*, 2010, p.591: «*the Takedown Notice Procedure of the DMCA creates formidable disincentives to pursue fair use claims for most creators of User-Generated Video Content. As a result, many Users (...) are foregoing their legitimate right to protection under the fair use doctrine for videos they upload to Video-Sharing Websites that are taken down under the DMCA regime*». V. BENABOU, *op.cit.*, 2014, p.62, da atto del fatto che il contenzioso in materia di UGC non è documentato. L'autrice ritiene che essendo creatori amatori e tendenzialmente giovani, rimuovo i contenuti per non incorrere in ulteriori pericoli (reali o potenziali).

⁵⁷⁷ EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *General Opinion on the EU Copyright Reform Package*, 24 January 2017, <https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/ecs-opinion-on-eu-copyright-reform-def.pdf>, con riferimento al testo della Proposta di Direttiva: «*We are concerned that proposed art. 13 will distort competition in the emerging European information market. The obligation for content platforms to implement “effective content recognition technologies” will privilege large incumbent platforms that have already successfully implemented such measures (such as YouTube), whereas entry to this market for newcomers may become all but impossible. The unforeseen effect of the provision may, therefore, be locking in YouTube’s dominance in the EU*».

⁵⁷⁸ M. SENFTLEBEN - C. ANGELOPOULOS - G. FROSIO - V. MOSCON - M. PEGUERA - O.A. ROGNSTAD, *op.cit.*, 2017, p.4, già con riferimento al testo della Proposta di Direttiva, ravvisavano nell'imposizione responsabilità il rischio di un effetto anticoncorrenziale. Il c.d. *safe harbor* era servito ad incentivare la concorrenza nel

Al contempo, avrebbe l'effetto di creare un nuovo mercato relativo alle tecnologie di riconoscimento. Tuttavia, in considerazione dello stadio di sviluppo tecnologico e delle complessità ad esso legate, questo mercato rischierebbe di essere particolarmente limitato, come dimostrato dall'esistenza di un minimo numero di prodotti tra loro alternativi in commercio.⁵⁷⁹

Né può sorprendere che coloro che abbiano sviluppato propri *software* non vogliano darli in licenza, nella misura in cui la *performance* dei sistemi di filtraggio è diventata un elemento essenziale per il successo del modello imprenditoriale.⁵⁸⁰

A tal proposito, molto interessanti potrebbero essere i risvolti pratici del dialogo tra gli operatori e soprattutto in cosa si traduca effettivamente l'individuazione di uno standard perché non pare possibile escludere del tutto l'ipotesi per cui, in virtù della necessità di non imporre insostenibili barriere all'ingresso sul mercato dei servizi di condivisione

settore della fornitura di servizi, gli obblighi rafforzano invece la concentrazione del mercato a favore dei soggetti che si trovano già in una situazione di supremazia. Nello stesso senso, G. FROSIO, *op.cit.*, 2018, p.130; A. BRIDY, *op.cit.*, 2019, p.20. C. GEIGER – G. FROSIO – E. IZYUMENKO, *op.cit.*, 2019, pp.17-18, rilevano che gli obblighi tecnologici sono contrari all'art. 3 della Direttiva 2004/48/CE c.d. *enforcement*. Invece M. HUSOVEC, *The Promises of Algorithmic Copyright Enforcement: Takedown or Staydown? Which is Superior? And Why?*, Columbia Journal of Law & the Arts, 2018, p.65, rileva che i *data-base* da cui la tecnologia estrae le informazioni necessarie al proprio funzionamento costituiscono il costo maggiore del sistema e sono indipendenti dalla tecnologia stessa. Dunque, nella necessità di abbassare il costo di queste tecnologie per renderle maggiormente disponibili, il legislatore potrebbe valutare l'imposizione in capo ai titolari dei diritti dell'obbligo di fornire i dati che li riguardano. Questa sembra in parte la finalità sottesa all'art. 17, para. 4, lett. b), della Direttiva 2019/790/UE che impone ai titolari dei diritti di fornire informazioni pertinenti e necessarie al funzionamento delle tecnologie.

⁵⁷⁹ M. HUSOVEC, *op.cit.*, 2018, p.74, ritiene che il problema concorrenziale sia accresciuto dalla circostanza che ciascun Paese adotti diverse condizioni di *notice* con l'effetto di frammentare il mercato. L'adozione di norme uniformi aiuterebbe invece ad ampliare il mercato ed evitare abusi monopolistici da parte dei detentori delle tecnologie. Anche, A. BRIDY, *op.cit.*, 2019, p.21.

⁵⁸⁰ Audible Magic dà in licenza il proprio *software* secondo un listino prezzi pubblico: <https://www.audiblemagic.com> Invece, altre piattaforme oltre YouTube, hanno sviluppato sistemi proprietari, per esempio, Soundcloud: <https://blog.soundcloud.com/2011/01/05/q-and-a-content-identification-system/>

di contenuti, già poco competitivo, possa essere imposto ai detentori delle tecnologie individuate come standard di riferimento, un obbligo di licenza secondo una dottrina affine a quella degli *standard essential patents*.⁵⁸¹

Ad ogni buon conto, per contravvenire ai menzionati rischi anti-concorrenziali, si ritiene in ogni caso preferibile un'interpretazione del paragrafo 5 dell'articolo 17 che valorizzi adeguatamente il principio di proporzionalità. Infatti, solo qualora questo sia coniugato in maniera direttamente proporzionale, ovvero, al crescere del pubblico e della dimensione del servizio devono proporzionalmente crescere anche le obbligazioni gravanti sul prestatore, sia in termini di cooperazione con i titolari dei diritti, che di prevenzione delle violazioni, si può consentire a soggetti più fragili (in termini tecnologici ed economici) di operare sul mercato. Diversamente, se si dovesse propendere per uno standard raggiungibile solo tramite l'impiego delle più sofisticate e costose tecnologie e per una proporzionalità inversa che, in ragione della mole dei dati trattati legittima errori e fallacie dei sistemi di filtraggio, allora si favorirà il consolidamento di posizioni di mercato e la possibile esclusione di operatori di minori dimensioni.⁵⁸²

⁵⁸¹ Più approfonditamente: J.P. KESAN - C.M. HAYES, *Standard Setting Organizations and FRAND Licensing in Competition Policy and Intellectual Property in Today's Global Economy*, R.D. ANDERSON - N.P. DE CARVALHO - A. TAUBMAN (ed.), Cambridge University Press, World Intellectual Property Organization and World Trade Organization, 2020 Forthcoming; University of Illinois College of Law Legal Studies Research Paper, 03, 2020. Qualora non si ammettesse la brevettabilità dei *software* presi in considerazione, comunque dovrebbe ammettersi che gli stessi possono costituire una *essential facility* con la conseguenza che: «l'accesso alla risorsa essenziale esigibile può assumere la fisionomia non solo di una semplice fornitura di un bene o servizio ma anche quella di un'attività complessa, nella quale le prestazioni, a volta a volta di pati, facere e di dare, si devono coordinare vicendevolmente per rendere possibili una o più fasi dell'attività tipica dell'impresa richiedente l'accesso». In tal senso, M. RICOLFI, *Diritto d'autore ed abuso di posizione dominante*, Riv. Dir. Ind, 4-5, 2001, p.25.

⁵⁸² T. SPOERRI, *On Upload-Filters and other Competitive Advantages for Big Tech Companies under Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market*, JIPITEC, 10, 2019, para. 30-31. G. FROSIO, *op.cit.*, novembre 2019, p.37:

6. *Le eccezioni al diritto d'autore*

Dunque, come evidente dalle osservazioni contenute nei paragrafi precedenti, il legislatore europeo ha escluso il trapianto di esperienze straniere abbandonando formalmente la questione degli UAC e la volontà di disciplinarli in quanto singolare espressione culturale e tecnologica.

Di conseguenza, l'adozione di una specifica eccezione volta a coprire la creazione e diffusione di opere derivate pubblicate sulle piattaforme è stata del tutto estranea alla discussione parlamentare, sebbene fortemente caldeggiata, soprattutto dalla dottrina.⁵⁸³

Infatti, compresa l'impossibilità di adottare una clausola simile a quella canadese,⁵⁸⁴ pure ipotizzata in fase di consultazione,⁵⁸⁵ ci si era sforzati anche di proporre soluzioni più affini all'esistente sistema del diritto d'autore europeo, ed in particolare, diversi autori avevano suggerito l'adozione di un modello compensativo basato sul sistema oggi esistente per la raccolta dell'equo compenso per copia privata.⁵⁸⁶

«The EU legislator seeking to create a playing level field for EU competitors has empowered global monopolistic forces at detriment of EU market players».

⁵⁸³ M. SENFTLEBEN, C. ANGELOPOULOS, G. FROSIO, V. MOSCON, M. PEGUERA, O.A. ROGNSTAD, *op.cit.*, 2017, p.5, l'introduzione di una specifica eccezione per UAC avrebbe giocato un ruolo fondamentale nell'alleviare i problemi generati dal testo della Proposta di Direttiva.

⁵⁸⁴ *Melius*, Capitolo Terzo, para. 3.

⁵⁸⁵ Già J.P. TRIAILLE – S. DUSOLLIER – S. DEPREUW - J.B. HUBIN – A. FRANQUEN, *Study on the application of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society (The “Infosoc Directive”)*, 2013 (c.d. Rapport De Wolf), pp.531-534. M. SENFTLEBEN, *User-Generated Content. Towards a New Use Privilege in EU Copyright Law*, in *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*, T. APLIN (ed.), Edward Elgar, 2019, Chapter 7, pp.4-6, da atto delle proposte avanzate durante il dibattito parlamentare, da parte del comitato CULT e dall'IMCO, e relative all'introduzione di una specifica eccezione per UGC.

⁵⁸⁶ V.L. BENABOU – J. ROCHFELD, *À qui profite le clic. Le partage de la valeur à l'ère numérique*, Odile Jacob, 2015, p.99, ritengono che dissociare la remunerazione dal controllo sarebbe possibile solo tramite meccanismi di compensazione, di licenza globale. Così la riduzione del *value gap* sarebbe raggiunta tramite un sistema para-

Ciò considerato, ulteriori osservazioni devono essere spese rispetto all'interazione tra le previsioni contenute nell'articolo 17 con riferimento alle eccezioni al diritto d'autore e gli UAC nel contesto della Direttiva MUD.

In via preliminare, occorre infatti rilevare che, pur avendo la Direttiva MUD ad oggetto anche l'adozione di una serie di eccezioni al diritto d'autore e connessi,⁵⁸⁷ le eccezioni previste dalla Direttiva InfoSoc sono state confermate nel loro impianto generale.

Anzi, il paragrafo 7 dell'articolo 17 impone agli Stati membri di provvedere affinché gli utenti possano avvalersi: *«delle seguenti eccezioni o limitazioni esistenti quando caricano e mettono a disposizione contenuti generati dagli utenti tramite i servizi di*

fiscale in cui le piattaforme assumono un ruolo centrale in ragione dei benefici che esse traggono dal sistema tramite lo sfruttamento di elementi accessori quali i dati, per esempio. Infatti, l'imposizione di un costo sugli utenti, probabilmente, avrebbe avuto poco effetto pratico perché, rilevano, presa l'abitudine della gratuità è più difficile il passaggio verso sistemi a pagamento. M. BRANCO TOMÉ QUINTAIS, *Copyright in the age of online access: Alternative compensation systems in EU copyright law*, UvA-DARE Digital Academic Repository, University of Amsterdam, 2017, p.322, ha proposto l'introduzione di un'eccezione compensativa ma con periodi di embargo e possibilità di *opt-out* per gli autori meno collaborativi. R.M. HILTY – V. MOSCON, *op.cit.*, 2017, p.99, avanzano l'ipotesi di un sistema di compensazione economica come contraltare alla previsione di una specifica eccezione per UGC i cui elementi chiave potrebbero essere: utente privato che pubblica tramite *social network* per uno scopo non commerciale, ed in maniera da non pregiudicare lo sfruttamento normale dell'opera originaria. Ancora, C. GEIGER, *op.cit.*, 2017, p.41: *«Having limitation-based remuneration for rightholders from creative uses is clearly both achievable and practical»*. Anche, C. ANGELOPOULOS – J.P. QUINTAIS, *Fixing Copyright Reform: A Better Solution to Online Infringement*, JIPITEC, 10, 2019 ed infine M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2019, p.12, ritiene che la necessità di pagare una remunerazione equa discenda dal minore livello di creatività che caratterizza gli UGC. Tuttavia, non può ignorarsi che una tale previsione avrebbe comportato il rischio di instaurare un sistema para-fiscale, probabilmente basato sul fatturato delle piattaforme e destinato a soggetti rappresentativi che avrebbe determinato un ulteriore svantaggio per i *players* più piccoli e gli autori meno strutturati. Per contravvenire a tale rischio il prelievo sarebbe potuto essere tarato sul numero di utenti, con l'effetto indiretto (ed auspicabile) della necessità per le piattaforme di trovare una soluzione al dilagante fenomeno dei profili falsi ed anonimi (*fake, troll* etc.) che creano problemi anche rispetto ad altri tipi contenuti illeciti, come quelli che incitano all'odio.

⁵⁸⁷ Direttiva 2019/790/UE, Titolo II.

*condivisione di contenuti online: a) citazione, critica, rassegna; b) utilizzi a scopo di caricatura, parodia o pastiche».*⁵⁸⁸

Ebbene, tale previsione non è priva di conseguenze e diversi sono gli aspetti critici che sembra necessario sottolineare.

Innanzitutto, non è fatto un espresso richiamo alla Direttiva InfoSoc, cosa che potrebbe ingenerare il dubbio che le eccezioni menzionate debbano avere o meno lo stesso contenuto di quelle previste dagli Stati membri in attuazione della precedente fonte normativa, in via facoltativa.

In secondo luogo, volendo considerare sufficiente un richiamo implicito alla Direttiva InfoSoc, in mancanza di un'espressa modifica della stessa,⁵⁸⁹ non è chiaro se l'obbligatorietà di tali eccezioni debba considerarsi limitata nell'applicazione alla sola ipotesi in cui le piattaforme comunichino e mettano a disposizione contenuti generati dagli utenti tramite i servizi di condivisione di contenuti *online*, ovvero debbano avere portata più generale.⁵⁹⁰

In terzo luogo, non è chiara neppure la ragione per cui solo alcune delle eccezioni previste dalla Direttiva InfoSoc siano state ritenute di

⁵⁸⁸ M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2019, p.3. C. GEIGER – G. FROSIO – O. BULAYENKO, *Opinion of the CEIPI on the European Commission's Proposal to Reform Copyright Limitations and Exceptions in the European Union*, Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper, 09, 2017, p.8, auspicano che le eccezioni poste a tutela di libertà fondamentali in quanto presidi di interessi pubblici siano obbligatorie soprattutto in considerazione del fatto che: «*an unified and mandatory approach is especially crucial in the digital environment as the internet involves uses that, most of the time, affect several copyright legislations, leading to a major insecurity regarding what is allowed*».

⁵⁸⁹ Invece effettuata per altre fattispecie, per esempio, Direttiva 2019/790/UE, art. 24, para. 2.

⁵⁹⁰ M. HUSOVEC – J.P. QUINTAIS, *op.cit.*, 2019, p.25, individuano tre possibili fattispecie: (i) le eccezioni sono obbligatorie per tutti gli usi, *online* ed *offline*; (ii) le eccezioni sono obbligatorie solo *online*; (iii) le eccezioni sono obbligatorie per gli usi specifici che gli Stati membri decidono di implementare. Gli autori ritengono che l'opzione (ii) sia quella più coerente con lo spirito della norma e concludono che, in ogni caso che, nella misura in cui le eccezioni sono obbligatorie per gli Stati membri, allora dovrà ammettersi anche che non potranno essere contrattualmente escluse o limitate dall'applicazione di misure tecnologiche di protezione.

maggior rilevanza per gli utenti, e se queste siano sufficienti a coprire lo spettro delle manifestazioni della libertà di espressione che pure avrebbero potuto essere liberalizzate.⁵⁹¹

Infine, nel silenzio del legislatore, le poche fattispecie richiamate sembrano comunque carenti del necessario impianto definitivo (con la sola eccezione della parodia⁵⁹²), circostanza che, se pareva giustificata dalla facoltatività di tali previsioni nell'impianto previgente, rischia oggi di determinare un apprezzabile grado di incertezza giuridica ed un'insufficiente standard di armonizzazione.

Si consideri per esempio che un contenuto caricato in un Paese in cui vige una certa definizione di caricatura, potrebbe non rispettare le condizioni poste da un diverso Stato membro per la medesima eccezione e dunque essere disponibile sulla stessa piattaforma, in maniera lecita per alcuni territori, ed in maniera illecita per altri.

Questo scenario non pare affatto rassicurante, non sembrando sufficiente a garantire la certezza del diritto l'armonizzazione minima garantita dalla previsione della Direttiva InfoSoc, che si limita a riconoscere agli Stati la "facoltà" di introdurre un'eccezione o limitazione al diritto di riproduzione, messa a disposizione del pubblico e comunicazione: *«d) quando si tratti di citazioni, per esempio a fini di critica o di rassegna, sempreché siano relative a un'opera o altri*

⁵⁹¹ Per esempio, una delle tipologie di video di maggiore successo su YouTube, sono quelli che riproducono le registrazioni di partite ai videogiochi. Questi contenuti difficilmente creano un reale conflitto con gli interessi dei titolari dei diritti, non avendo alcun effetto sostitutivo rispetto alla fruizione del videogioco, eppure non rientrano in alcuna delle eccezioni menzionate dalla Direttiva 2019/790/UE. Rispetto a tali particolari UGC: J. MEESE, *Authors, users, and pirates*, The MIT Press, 2018. Rispetto alle eccezioni, anche A. BRIDY, *op.cit.*, 2019, p.24, si domanda se le eccezioni menzionate siano davvero sufficienti a tutelare in maniera efficace la libertà di espressione degli utenti.

⁵⁹² *Melius*, Capitolo Secondo, para. 4.2. In particolare, la sentenza resa nel caso Deckmyn, Grande Sezione, Sentenza del 3 settembre 2014, nella causa C-201/13, Johan Deckmyn e Vrijheidsfonds VZW contro Helena Vandersteen e a..

*materiali protetti già messi legalmente a disposizione del pubblico, che si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore e che le citazioni siano fatte conformemente ai buoni usi e si limitino a quanto giustificato dallo scopo specifico» oppure «k) quando l'utilizzo avvenga a scopo di caricatura, parodia o pastiche».*⁵⁹³

Si consideri, come mero esempio, questa ultima fattispecie - l'eccezione per *pastiche* - che potrebbe certamente assumere una particolare rilevanza con riferimento agli UAC, ma non è prevista in tutti gli Stati membri, né armonizzata nel suo contenuto essenziale, non essendo stata neppure oggetto dell'intervento della Corte di giustizia dell'Unione Europea.⁵⁹⁴

Tantomeno può ammettersi come sufficiente l'elaborazione di nozioni nazionali e principi territorialmente limitati, sia in ragione della necessità di orientare i comportamenti degli utenti,⁵⁹⁵ che di non

⁵⁹³ Direttiva 2001/29/CE, art. 5.

⁵⁹⁴ Per *pastiche* deve intendersi: «Opera letteraria, artistica, musicale in cui l'autore ha volutamente imitato lo stile di un altro autore (o di altri autori). 2. Composizione, per lo più letteraria o musicale, risultante dalla giustapposizione di brani di opere diverse di un solo autore o di più autori che utilizzano stili e linguaggi diversi». <http://www.treccani.it/vocabolario/pastiche/> M. SENFTLEBEN, *User-Generated Content. Towards a New Use Priviledge in EU Copyright Law*, in *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*, T. APLIN (ed.), Edward Elgar, 2019, Chapter 7, p.22, ritiene che gli Stati membri possano efficacemente usare questa eccezione per disciplinare gli UGC in quanto la concezione comune di "*pastiche*" fa riferimento all'unione di materiale preesistente. Tuttavia, al momento non sono molti i Paesi che hanno previsto una tale eccezione. Pertanto, in considerazione della sua attuale obbligatorietà, l'autore suggerisce di immaginare che essa costituisca il presupposto per un meccanismo di compensazione sul modello della copia privata.

⁵⁹⁵ J. REDA, *Legislative perspective on the development of the EU copyright law*, in *The intellectual property system in a time of change: European and international perspectives*, C. GEIGER (ed.), Lexis Nexis, 2016, p.117, si auspicava che le eccezioni diventassero obbligatorie in tutti gli Stati membri perché il sistema diventasse più chiaro e trasparente, anche per gli utenti.

abbandonare l'inaugurato processo di armonizzazione del diritto europeo.⁵⁹⁶

Ebbene, l'assenza di una disciplina europea delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, ovvero di un'armonizzazione debole delle fattispecie, pone degli interrogativi anche con riferimento al sistema complessivo fornito dalla Direttiva MUD, ovvero alle descritte soluzioni contrattuale e tecnologica.

Infatti, rispetto alla soluzione contrattuale, deve rilevarsi in via preliminare che non è chiaro se si possa disporre contrattualmente delle eccezioni,⁵⁹⁷ circostanza che assume una decisa rilevanza nel modello concepito dal legislatore europeo.⁵⁹⁸

Tuttavia, nell'ipotesi in cui si volesse sostenere che le eccezioni non possano essere contrattualmente limitate, deve ammettersi anche che queste, costituendo usi liberi, non possono essere neppure oggetto di quell'autorizzazione (e remunerazione) da parte del titolare dei diritti che costituisce invece la colonna portante dell'articolo 17.

Pertanto, ancora una volta, ci si domanda come possa evitarsi una remunerazione non dovuta a favore dei titolari dei diritti, ed in maniera

⁵⁹⁶ M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2019, p.14. La sentenza resa nel caso C-201/13 Deckmyn, impone che l'interpretazione delle eccezioni al diritto d'autore tenga in considerazione il significato letterale delle espressioni, nel senso di utilizzare concetti astratti nella comprensione che di essi ha la collettività al fine di elaborazione una nozione autonoma condivisa in tutto il territorio dell'Unione Europea.

⁵⁹⁷ *Melius*, Capitolo Secondo, para. 4.3. in senso contrario, AA.VV., *Safeguarding user freedoms in implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations from Europea Academics*, November 2019, p.2, ritengono che, essendo eccezioni obbligatorie: «national lawmakers and courts must ensure that they remain fully operative despite licesing arrangements».

⁵⁹⁸ J.P. TRIAILLE – S. DUSOLLIER – S. DEPREEUW - J.B. HUBIN – A. FRANQUEN, *Preliminary studies to the future EU Copyright review: about (some) exclusive rights and (some) exceptions*, *Auteurs & Media*, 2, 2015, p.155, già in occasione della consultazione pubblica, hanno accolto con favore la posizione espressa dalla Commissione europea che mostrava una certa preferenza per il rimedio contrattuale. Tuttavia, individuavano al contempo come punto critico dell'implementazione del progetto “*Licenses for Europe*” l'impossibilità di procedere tramite questo strumento all'armonizzazione del sistema di eccezioni e limitazioni al diritto d'autore europeo.

strettamente dipendente, come sarà possibile distinguere tra usi derivati, che necessitano di autorizzazione e legittimano una retribuzione, ed usi liberi.

Né la soluzione tecnologica descritta al paragrafo precedente sembra mitigare tale contrasto.

Infatti, come dovrebbe essere emerso, lo stato dell'arte non pare consentire alle tecnologie di filtraggio di distinguere tutti i possibili usi liberi, frutto dell'esercizio di un'eccezione al diritto d'autore che, si ricorda, è il risultato del bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti effettuato dal legislatore.⁵⁹⁹

Ebbene, nonostante l'*acquis* comunitario consenta di sostenere che l'interpretazione restrittiva non possa condurre a negare le libertà oggetto di eccezioni,⁶⁰⁰ e che la loro effettività debba essere garantita e preservata perché funzionale al raggiungimento di un "*giusto equilibrio*" tra diritti e interessi degli autori e degli utenti,⁶⁰¹ pare che la concezione che il legislatore ha di queste prerogative non sia stata

⁵⁹⁹ M. SENFTLEBEN - C. ANGELOPOULOS - G. FROSIO - V MOSCON - M. PEGUERA - O.A. ROGNSTAD, *op.cit.*, 2017, p.4, sottolineano la circostanza per cui le tecniche di filtraggio non sono in uno stadio di evoluzione tale da garantire il rispetto delle eccezioni e limitazioni, dunque rischiano di limitare libertà di espressione. A tal fine, AA.VV., *Safeguarding user freedoms in implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations from Europea Academics*, November 2019, p.2, propongono un'applicazione delle misure di filtraggio limitata a casi di palese violazione dei diritti. Negli altri casi, non essendoci una presunzione di illiceità degli UGC, questi non dovrebbero essere limitati, ma eventualmente rimossi solo nel caso in cui una istanza sia a tal fine promossa dal titolare dei diritti. Nello stesso senso anche G. FROSIO, *op.cit.*, novembre 2019, p.21.

⁶⁰⁰ Corte di giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, Sentenza del 4 ottobre 2011, nella causa C-403/08, Football Association Premier League Ltd e a. contro QC Leisure e a. (C-403/08) e Karen Murphy contro Media Protection Services Ltd (C-429/08). Conclusioni dell'avvocato Generale Juliane Kokott del 3 febbraio 2011.

⁶⁰¹ Nel menzionato caso Deckmyn, Grande Sezione, sentenza del 3 settembre 2014, nella causa C-201/13, Johan Deckmyn e Vrijheidsfonds VZW contro Helena Vandersteen e a. Poi nel caso Painer, Terza Sezione, sentenza 1 Dicembre 2011, nella causa C-145/10, Eva-Maria Painer contro Standard VerlagsGmbH, Axel Springer AG, Süddeutsche Zeitung GmbH, Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG, Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG.

ancora sufficiente ad imporre un divieto per quelle tecnologie di filtraggio che non siano in grado di distinguere precisamente tra attività lecite ed illecite.⁶⁰²

E l'analisi non può neppure esaurirsi a questi rilievi. Si consideri infatti che, tra le attività lecite ricadono anche una serie di atti che, pur non essendo coperti da un'eccezione al diritto d'autore, sono al di là dei limiti dello stesso e che, nella maggior parte dei casi, possono essere apprezzati solo tramite l'intervento umano e del giudice. Si fa riferimento, ad esempio, all'utilizzo di opere in pubblico dominio;⁶⁰³ oppure di opere messe a disposizione del pubblico tramite licenze libere e *Creative Commons*; alla creazione di opere che traggono mera ispirazione da altre preesistenti, nel rispetto della c.d. *idea/expression dichotomy*; o all'ipotesi in cui un'opera incorpori una precedente in maniera tale che questa sia irricognoscibile.⁶⁰⁴

7. I diritti morali degli autori

Infine, vi sono degli usi che, seppur astrattamente autorizzati possono creare pregiudizio all'autore e non sono comunque necessariamente

⁶⁰² M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2019, pp.8-9. Lo stesso autore sostiene anche che le eccezioni che sono obbligatorie ai sensi della Direttiva 2019/790/UE, art. 17, para. 7, non devono essere intese ad applicazione preventiva ma come difese nella eventuale fase di "*complaint and redress*". Invece, AA. VV., *Safeguarding user freedoms in implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations from Europea Academics*, November 2019, p.2, ritengono che sia una interpretazione teleologica che letterale fanno propendere per una qualificazione delle eccezioni previste dall'art. 17 quali "*user rights or freedoms*".

⁶⁰³ T. SPOERRI, *On Upload-Filters and other Competitive Advantages for Big Tech Companies under Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market*, JIPITEC, 10, 2019, riporta casi di errore delle tecnologie di filtraggio anche con riferimento ad opera cadute in pubblico dominio.

⁶⁰⁴ Corte di giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, sentenza del 29 luglio 2019, nella causa C-476/17, Pelham GmbH e a. contro Ralf Hütter e Florian Schneider-Esleben.

rintracciabili tramite le menzionate tecnologie. Si fa riferimento all'ipotesi di una violazione al diritto morale all'integrità dell'opera.

A tal proposito, dunque, per completezza di analisi, si ritiene necessario svolgere un'ultima sintetica considerazione sui limiti del sistema istituito dall'articolo 17 MUD rispetto alle fattispecie meno armonizzate del diritto d'autore, ovvero, rispetto a quelle previsioni poste a tutela della personalità dell'autore.

Le prerogative morali infatti, storicamente escluse dalla discussione del legislatore europeo pongono oggi due ordini di problemi.

Il primo rispetto alle eccezioni al diritto d'autore appena considerate, il secondo rispetto al sistema contrattuale nel suo complesso.

Infatti, da un lato, non è chiaro quali possano essere gli effetti dell'interazione tra eccezioni al diritto d'autore e diritti morali - in particolare il diritto all'integrità dell'opera - nella misura in cui le prime tutelano la libertà d'espressione degli utenti in opposizione ai diritti patrimoniali degli autori ed i secondi presidiano invece la dignità di questi ultimi. Ebbene, tale potenziale conflitto non è stato legislativamente risolto a livello europeo, permanendo un interrogativo relativo alla possibilità di impedire l'esercizio di un'eccezione al diritto d'autore in virtù del legittimo esercizio di un diritto morale.⁶⁰⁵

Dall'altro lato, i diritti morali pongono anche un interrogativo di sistema rispetto al modello contrattuale. Questi diritti infatti, che si considerano generalmente non disponibili,⁶⁰⁶ potrebbero di fatto incidere sull'efficacia della soluzione contrattuale nella misura in cui si ritiene perlopiù che non possano essere limitati, esclusi né ceduti nella

⁶⁰⁵ *Melius* Capitolo Secondo, para. 5.

⁶⁰⁶ *Contra*, M. BERTANI, *Arbitrabilità delle controversie sui diritti d'autore*, AIDA, 15, 1, 2006, pp.23-54.

maggior parte degli ordinamenti continentali, né sono stati fino ad oggi oggetto di rappresentanza da parte delle *collecting*.⁶⁰⁷

Dunque, non pare possibile escludere aprioristicamente che un autore, che pure abbia concesso un'autorizzazione ad un intermediario perché le proprie opere siano disponibili sui suoi servizi, possa in seguito chiederne comunque la rimozione in virtù delle proprie prerogative morali, aggiungendo così un ulteriore livello di incertezza relativo agli effetti ed alla portata del proprio consenso. Infine, non potendo le tecnologie di filtraggio effettuare alcuna valutazione sulla rilevanza morale delle opere derivate oggetto di un'autorizzazione, il titolare dei diritti non sarebbe neppure alleviato all'onere di segnalazione (e monitoraggio) che invece l'articolo 17 vorrebbe scongiurare.

8. *Proposte per un recepimento sovranazionale*

Come dovrebbe essere ormai chiaro alla luce delle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, l'effetto prodotto dalla Direttiva MUD sembra essere imperfetto e necessitare di un attento intervento di recepimento, soprattutto in funzione del raggiungimento del giusto bilanciamento di interessi per scongiurare un uso abusivo del sistema che potrebbe ingiustificatamente limitare la creazione e diffusione di UAC ed in ultima analisi contrarre la produzione culturale europea.⁶⁰⁸

A tal fine, i rilievi sopra mossi devono essere intesi come funzionali all'individuazione delle debolezze della soluzione legislativa adottata con il fine di proporre delle soluzioni regolatorie che possano contravvenire agli eventuali rischi. Infatti, una critica meramente *destruens* pare oggi priva di significato nella misura in cui la Direttiva

⁶⁰⁷ *Melius*, Capitolo Secondo, para. 5.

⁶⁰⁸ J.P. QUINTAIS, *op.cit.*, 2019, p.23.

MUD è stata appena adottata, e le fonti europee in materia di diritto d'autore hanno dimostrato una particolare longevità.⁶⁰⁹ Ma, soprattutto, la fase di implementazione appare ancora lunga⁶¹⁰ e con ampi margini di manovra - sia a livello europeo che nazionale – anche rispetto ai suoi elementi essenziali, quali per esempio la definizione del contenuto delle eccezioni al diritto d'autore e degli standard di diligenza, nonché l'individuazione della modalità di contrattazione ed i criteri di rappresentanza.

Come già detto, preoccupano massimamente gli effetti che un meccanismo lasciato alle sole parti private può ingenerare,⁶¹¹ in considerazione della parziale convergenza di interessi tra le piattaforme ed i titolari dei diritti⁶¹² verso una rigida repressione di usi non controllati direttamente da questi ultimi e tuttavia leciti in virtù dell'esercizio della libertà di espressione, rispetto a cui le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore sono funzionali.⁶¹³ Infatti, se lasciato al

⁶⁰⁹ G.M. RUOTOLO, *The EU 2019 copyright directive: balancing the protection of authors, publishers and suppliers of sharing services with fundamental rights*, Ordine internazionale e diritti umani, 2019, p.472.

⁶¹⁰ Si consideri che la Direttiva 2019/790/UE entrerà in vigore il 7 giugno 2021.

⁶¹¹ C. GEIGER – E. IZYUMENKO, *op.cit.*, 2019, p.24, rilevano che, nonostante la Direttiva 2019/790/UE riguardi solo i prestatori di servizi di condivisione di contenuti, e non tutti i prestatori di servizi di intermediazione della società dell'informazione, di fatto innova le regole di responsabilità confermando la tendenza ad allocare su soggetti privati l'*enforcement* del diritto d'autore tramite il c.d. *private ordering*. EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *General Opinion on the EU Copyright Reform Package*, 24 January 2017, <https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/ecs-opinion-on-eu-copyright-reform-def.pdf> critica aspramente la scelta di preferire un modello di *private ordering* in considerazione della rilevanza pubblica degli interessi coinvolti quali la libertà di informazione ed espressione.

⁶¹² O. ENGLISCH – G. PRIORA, *Safe harbour protection for online video platforms: a time to say goodbye? Analysis of judgements by Italian and German courts on the liability of YouTube for copyright infringements*, MediaLaws, 2, 2019, p.15, esaminano il c.d. "Good Samaritan paradox".

⁶¹³ A. BRIDY, *op.cit.*, 2019, p.26, ironicamente rileva che, tra i vincitori della "battaglia" di bilanciamento si iscrivono i titolari dei diritti e i proprietari del brevetto del *software* Audible Magic. S. JACQUES – K. GARSTKA – M. HVIID – J. STREET, *Automated anti-piracy systems as copyright enforcement mechanism: a need to consider cultural diversity*, E.I.P.R., 40, 4, 2018, p.218: «Automated anti-piracy

mero accordo delle parti, il sistema contrattuale - in interazione con quello tecnologico - potrebbe generare un effetto di censura privata in conseguenza del quale singoli individui potrebbero avere il potere di decidere cosa può essere creato e pubblicato tramite le piattaforme, bloccando la disseminazione di opere non gradite.⁶¹⁴

Questo effetto pare infatti determinato dalla coesistenza di diversi fattori.

Innanzitutto, l'incertezza esistente circa il contenuto delle eccezioni al diritto d'autore, in quanto sono categorie giuridiche ampie, oggetto di dibattito dottrinale e giurisprudenziale e presidi del bilanciamento dei diritti di proprietà intellettuale con altri diritti fondamentali, quali, in particolare, la libertà di espressione.

Poi, queste eccezioni così poco definite - in virtù del mancato rimando alla Direttiva InfoSoc, della persistente incertezza circa il loro ambito di applicazione, e del loro stesso contenuto -⁶¹⁵ devono oggi essere non solo interpretate da soggetti privati, ovvero le piattaforme, ma anche per mezzo di tecnologie che si sono dimostrate incapaci di svolgere correttamente questa funzione, quali i sistemi di riconoscimento automatico dei contenuti.

Ancora, la previsione di un meccanismo correttivo quale quello previsto dal legislatore, ovvero la possibilità per gli utenti di proporre reclamo avverso l'esecuzione di una richiesta di rimozione, non può essere considerata di per sé sufficiente a tutelare gli interessi degli utenti.

systems exacerbates the lack of accountability of intermediaries and raises concerns that they fail to respect fundamental rights compared with other cases where the judiciary or other accountable public authority, would be involved in the decision-making process».

⁶¹⁴ C. GEIGER, *Freedom of Artistic Creativity and Copyright Law: A Compatible Combination?*, Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper, 08, 2017, p.20, per cui si sta radicalmente allontanando dallo spirito che ha permeato le prime leggi sul diritto d'autore e quindi dalla sua funzione sociale e culturale.

⁶¹⁵ *Melius*, Capitolo Secondo, para. 4 e Capitolo Quarto, para. 6.

Infatti, evidenze empiriche confermano un certo grado di ignoranza dei singoli rispetto ai propri diritti,⁶¹⁶ con la conseguente passività nei confronti delle richieste di rimozione avanzate e l'impossibilità di reagire adeguatamente a tutela dei propri interessi.⁶¹⁷

D'altra parte, anche il sistema di risoluzione alternativa delle controversie che gli Stati membri devono garantire ai sensi del paragrafo 9 dell'articolo 17, ed il ricorso giurisdizionale menzionato dalla medesima disposizione, sono in ogni caso strumenti successivi, comunque eventuali ed episodici. Evidentemente, non sono questi i mezzi idonei a mettere in discussione il sistema tecnologico adottato nel suo complesso, ma sono al più finalizzati a contestare la legittimità della singola decisione adottata.⁶¹⁸

In quest'ottica, sembrerebbe opportuno che il paternalismo legislativo, intervenuto a tutela dei titolari dei diritti, intervenga in questa fase a favore della collettività prevedendo strumenti esterni al mercato a vigilanza della corretta allocazione degli interessi sociali.⁶¹⁹ Infatti, perché il rapporto tra utenti e titolari dei diritti sia dinamico e le eccezioni al diritto d'autore siano effettive, gli utenti devono disporre di strumenti di tutela efficaci, conoscere le proprie prerogative, nonché il funzionamento degli strumenti alla loro tutela preposti.

⁶¹⁶ J.M. URBAN – L. QUILTER, *op.cit.*, 2006, p.641; K. ERICKSON – A. VARINI – M. KRETSCHMER – H. HASSANI, *op.cit.*, 2014, pp.10 ss.; V. BENABOU, *op.cit.*, 2014, p.62; N. ELKIN-KOREN – M. PEREL, *op.cit.*, 2018, p.16.

⁶¹⁷ C. TAN, *Regulating Content on Social Media. Copyright, Terms of Service and Technological Features*, UCL Press, 2018, p.188, riscontra empiricamente che gli utenti sono inclini a ritenere di conoscere il diritto d'autore più di quanto sia in realtà, anzi, il loro livello oggettivo di conoscenza è particolarmente basso, anche rispetto ad attività che compiono giornalmente. L'autore ritiene che ciò sia anche determinato dalla confusione che ingenera la possibilità tecnologica di poter compiere determinati atti, come se gli utenti fossero spinti a credere che un dato comportamento sia lecito in quanto le piattaforme lo consentono.

⁶¹⁸ M. SENFTLEBEN, *op.cit.*, 2018, p.145.

⁶¹⁹ K.J. HICKEY, *Copyright Paternalism*, *Vand. J. Ent. & Tech.*, 19, 2017; W.W.III FISHER, *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*, Stanford University Press, chapter 7, September 2007, p.180.

Dunque, per evitare che lo sfruttamento delle opere dell'ingegno in ambiente digitale si traduca in un accordo contrattuale tra professionisti, e gli utenti siano lasciati fuori da qualunque regolazione, pregiudicati nei loro interessi e limitati nell'esercizio delle facoltà che invece il diritto ed il Web 2.0 offrono loro, pare necessaria l'istituzione di un meccanismo di vigilanza. Questo dovrebbe infatti essere volto a scongiurare il rischio di condotte abusive che, si ripete, possono essere perpetrate dai titolari dei diritti, quanto dalle piattaforme, dal momento che il sistema combina il *private ordering*⁶²⁰ con l'*algorithmic enforcement* e dunque non solo allontana i conflitti dai poteri pubblici, ma ne impone anche una risoluzione tecnologica.⁶²¹

⁶²⁰ N. ELKIN-KOREN, *Governing Access to User-Generated-Content: the changing nature of private ordering in digital networks*, in *Governance, Regulations and powers on the internet*, E. BROSSEAU – M. MARZOUKI – C. MEADEL (ed.), Cambridge University Press, 2009, p.11, distingue tra *public* e *private ordering* a seconda della provenienza statale o privata delle norme che regolano i conflitti. L'autore rileva che il *private ordering*, di fatto, si è imposto come modello regolatorio dei contenuti autoriali digitali in ragione delle caratteristiche tecniche di questi - in quanto determinano che le condizioni d'uso seguano i *file* -, dello sviluppo tecnologico (MTP), ma anche dell'incapacità di immaginare una regolazione internazionale dei rapporti, in particolare tra utenti e piattaforme o titolari dei diritti. Tuttavia, l'autore pone un serio interrogativo circa la natura di queste norme. Infatti, nella misura in cui non sono realmente negoziate dagli utenti ma solo imposte dalle piattaforme, non può essere riconosciuta loro natura puramente contrattuale, in quanto spesso non sono neppure conosciute nei loro termini dagli utenti che le accettano passivamente. Per l'effetto, si traducono in nuove norme etero-imposte, con la differenza che presidiano i soli interessi di coloro che le creano e sfuggono al controllo statale. R.M. HILTY, *IP and private ordering*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper, 15, 2016, p.7, rileva che il *private ordering* può essere svolto tramite due modalità, ovvero con l'impiego di tecnologie e con strumenti contrattuali. Non può ignorarsi che all'esito dell'adozione dell'art. 17 della Direttiva 2019/790/UE, le due modalità coesistono ed interagiscono. In generale, in tema di *private ordering* e diritto d'autore, G.B. DINWOODIE, *Private Ordering and the Creation of International Copyright Norms: The Role of Public Structuring*, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1, 2004, pp.160 ss; R.M. HILTY, *IP and private ordering*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper, 15, 2016; S. DUSOLLIER, *Sharing Access to Intellectual Property Through Private Ordering*, *Chicago-Kent Law Review*, 82, 2007, pp. 1391 ss.

⁶²¹ G. FROSIO – M. HUSOVEC, *op.cit.*, 2019, p.12, rilevano che la particolarità della fattispecie consiste nel fatto che il *private ordering* è raggiunto tramite un accordo di mercato, a cui si aggiunga la considerazione che è interesse dell'intermediario adottare strumenti di filtraggio per prevenire una eventuale responsabilità, ed al contempo

Ciò pare riportare in auge gli interrogativi e le soluzioni avanzate nell'immediatezza dell'adozione della Direttiva InfoSoc con riferimento alle previsioni relative alle misure tecnologiche di protezione ("MTP").⁶²² Infatti, l'articolo 6 della Direttiva InfoSoc garantisce tutela contro l'elusione di efficaci MTP.⁶²³ Per quanto qui rileva, si consideri la previsione del quarto paragrafo dello stesso articolo, che ha il fine di disciplinare il bilanciamento di interessi tra i titolari di diritti d'autore - che possono apporre MTP - e quei soggetti ad essi contrapposti - che hanno a vario titolo il diritto di fruire dei materiali protetti in virtù di una eccezione al diritto d'autore prevista dall'articolo 5 della medesima Direttiva -.⁶²⁴

questi strumenti costituiscono un elemento fondante del modello imprenditoriale. Anche, N. ELKIN-KOREN – M. PEREL, *Algorithmic governance by online intermediaries*, in *Oxford Handbook of International Economic Governance and Market Regulation*, E. BROUSSEAU - J.M. GLACHANT – J. SGARD (ed.), Oxford University Press, 2018, p.2.

⁶²² Nel prosieguo "MTP". Ai sensi dell'art. 6 della Direttiva 2001/29/CE, para. 3: «Per "misure tecnologiche" si intendono tutte le tecnologie, i dispositivi o componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti, su opere o altri materiali protetti, non autorizzati dal titolare del diritto d'autore o del diritto connesso al diritto d'autore, così come previsto dalla legge o dal diritto sui generis previsto al capitolo III della direttiva 96/9/CE. Le misure tecnologiche sono considerate «efficaci» nel caso 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».

⁶²³ Direttiva 2001/29/CE, art. 6, para. 1: «Gli Stati membri prevedono un'adeguata protezione giuridica contro l'elusione di efficaci misure tecnologiche, svolta da persone consapevoli, o che si possano ragionevolmente presumere consapevoli, di perseguire tale obiettivo».

⁶²⁴ Ebbene, il regolamento del rapporto tra tutela delle MTP ed altri usi variamente consentiti dalla legge ha costituito una vera e propria sfida per gli Stati membri ed in generale per i Paesi obbligati dai trattati OMPI, in tal senso, anche, J.C. GINSBURG, *Legal Protection of Technological Measures Protecting Works of Authorship: International Obligations and the US Experience*, Columbia Journal of Law & the Arts, 29, 2005, p.20: «The challenge for National laws, then, is to determine how to regulate the creation and dissemination of circumvention devices without effectively cutting off the fair uses that at least some devices, in the right hands, would permit».

La complessità del coordinamento di questi diversi interessi non è passata certo inosservata al legislatore europeo⁶²⁵ e tantomeno ai legislatori nazionali che hanno istituito, come parte integrante degli istituti di tutela delle MTP, diversi organismi di vigilanza competenti in materia.⁶²⁶ In qualunque modo realizzati, questi soggetti hanno tutti il comune scopo di monitorare gli effetti della disciplina delle MTP sul mercato.⁶²⁷

Dunque, parrebbe auspicabile procedere nello stesso senso anche rispetto all'articolo 17 della Direttiva MUD.

Tuttavia, è necessario anche trarre gli insegnamenti che l'esperienza ci offre e considerare soprattutto la realtà dei fatti.

D'altra parte, quella che a *prima facie* era sembrata una risposta omogenea ad un comune fenomeno verificatosi negli Stati in cui la Direttiva InfoSoc ha trovato attuazione, ha avuto nella pratica un effetto disaggregante di particolare intensità in quanto non c'è omogeneità rispetto alla natura legale ed ai poteri dei vari organismi istituiti a tal scopo nei diversi ordinamenti giuridici. In alcune realtà, infatti, sono stati attribuiti a questi organismi ruoli e poteri di regolazione e mediazione per distinguerli dal diverso potere legislativo e giudiziario proprio del legislatore e delle corti. In altre ipotesi, si è preferito

⁶²⁵ Direttiva 2001/29/CE, cons. 31, 32 e 51.

⁶²⁶ K.J. KOELMAN, *The protection of technological measures vs. the copyright limitations*, ALAI Congress, New York, 15 June 2001, enfatizza la necessità della presenza di un'autorità amministrativa che controlli l'impatto che la tutela delle misure tecnologiche di protezione ha sui diritti degli utenti ed eventualmente la limiti qualora si riveli eccessiva. Coerentemente, alcuni Stati hanno istituito organismi *ad hoc*, altri ampliato le competenze di soggetti preesistenti, come è stato il caso per l'Italia dove è stato disposto un ampliamento delle funzioni attribuite al Comitato Consultivo Permanente per il Diritto d'Autore, istituito già con l'articolo 190 della legge 633/1941. Dunque, ai sensi dell'art. 194*bis*, in mancanza di una soluzione concordata tra titolari dei diritti ed utenti, ogni parte può chiedere l'intervento del Comitato perché questo compia un tentativo di conciliazione.

⁶²⁷ U. GASSER, *Legal Frameworks and Technological Protection of Digital Content: Moving Forward towards a Best Practice Model*, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, 17, 1, 2, XVII, 1, 2006, pp.101 ss.

riconoscere funzioni più propriamente di arbitrato o amministrazione, in altri casi ancora sono state attribuite cumulativamente tutte le funzioni appena citate.⁶²⁸

Per l'effetto, sussiste oggi una notevole incertezza giuridica per gli operatori che intendono agire nell'intero mercato unico europeo, rispetto ai soggetti con cui relazionarsi ed in generale rispetto al contenuto delle prescrizioni, nella misura in cui l'attuazione abbia richiesto l'adozione di norme regolamentari e di dettaglio.

Per questo è stata autorevolmente proposta l'adozione di una politica centralizzata a livello europeo, che oggi si dimostra massimamente auspicabile in considerazione della necessità di preservare l'unitarietà delle regole del mercato nei confronti di soggetti, quali gli intermediari della società dell'informazione, che sono soprattutto extra-europei ed operano in maniera trans-frontaliera.⁶²⁹

Tuttavia, l'istituzione di un'autorità centrale europea in materia di diritto d'autore appare una soluzione allo stato difficilmente adottabile nonostante la considerazione che un tale approccio consentirebbe di ottenere un punto di osservazione privilegiato per monitorare l'evoluzione del mercato in maniera dinamica, così da poter intervenire a correggere prontamente le storture eventualmente riscontrate, nonché a garantire l'armonizzazione ed uniforme interpretazione delle norme europee.⁶³⁰

⁶²⁸ L. GUIBAULT, - G. WESTKAMP – T. RIEBER-MOHN, *Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society*, Report to the European Commission, DG Internal Market, February 2007, pp.125 ss.

⁶²⁹ *Ibid.*

⁶³⁰ *Id.* p.130, rileva che, sebbene i vantaggi derivanti dall'istituzione di un soggetto europeo competente in materia siano astrattamente considerevoli, di fatto questo andrebbe a scontrarsi con la necessità di preservare l'autonomia nazionale in materia, nonché con una serie di ostacoli politici e giuridici derivanti dai Trattati.

Nell'impossibilità di percorrere la strada maggiormente innovativa, ovvero l'istituzione di un'autorità europea per il diritto d'autore (o, più in generale, per l'ecosistema digitale), tre sembrano le possibili alternative, a seconda del livello di armonizzazione che si vuole garantire.

Innanzitutto, investire l'EUIPO dei poteri necessari a svolgere questi compiti.⁶³¹

In secondo luogo, creare un omologo del BEREC in materia di diritto d'autore.⁶³²

Infine, ampliare i poteri delle autorità nazionali competenti in materia. La prima soluzione, anche in considerazione del fatto che la medesima autorità ha già alcune competenze in materia di diritto d'autore,⁶³³ potrebbe offrire risposte più armonizzate, ma dovrebbe essere inaugurata un'ulteriore fase di legislazione europea che al momento non pare possibile, quantomeno entro la scadenza del termine previsto per il recepimento della Direttiva MUD.⁶³⁴

Stesse considerazioni valgono in parte con riferimento anche alla seconda alternativa ipotizzabile, ovvero l'istituzione di un regolatore

⁶³¹ Agenzia istituita dal Trattato di Maastricht con la denominazione “*Ufficio per l'Armonizzazione nel Mercato Interno*” (UAMI), poi “*Ufficio dell'Unione Europea per la Proprietà Intellettuale*” (EUIPO) per gli effetti dell'art. 2 del Regolamento 2017/1001/UE sul marchio dell'Unione Europea.

⁶³² Organismo istituito dal Regolamento 2018/1971/UE (che sostituisce l'“*Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche*” di cui al Regolamento 1211/2009/CE) con la funzione di garantire un'attuazione coerente del quadro normativo per le comunicazioni elettroniche, assistendo le autorità nazionali e la Commissione europea nello svolgimento dei propri compiti, nonché compiendo una serie di attività consultive e propulsive ai sensi dell'art. 4 del menzionato Regolamento.

⁶³³ Per esempio, la tenuta dei registri per le opere orfane. Ai sensi dell'art. 3, para. 6, della Direttiva 2012/28/UE, l'EUIPO è responsabile dell'istituzione e della gestione di un'unica banca dati *online* pubblicamente accessibile sulle opere orfane. https://euiipo.europa.eu/ohimportal/it/web/observatory/orphan-works-db?TSPD_101_R0=03e7cc0c0fe598723fbf8558c4d8ef84dR600000000000000002660f5f05ffff000000000000000000000000005dc4581a002a8979bf

⁶³⁴ Direttiva 2019/790/UE, art. 29, fissa il termine del recepimento il 7 giugno 2021.

europeo che, però, sul modello del BEREC, garantirebbe anche un certo margine di autonomia nella risposta degli Stati, diversamente da quanto avverrebbe nella prima ipotesi menzionata. Infatti, un organismo di tal fatta avrebbe soprattutto la funzione di raccordare le attività nazionali per garantire il perseguimento di medesimi obiettivi strategici, in particolare la tutela del mercato unico digitale e degli interessi degli utenti.⁶³⁵

La terza soluzione ipotizzabile, infine, pare quella maggiormente realizzabile, sebbene non sia probabilmente ottimale alla luce dell'obiettivo di armonizzazione perseguito in materia di diritto d'autore.

Si consideri preliminarmente che è da poco stata inaugurata la fase di adeguamento nazionale che, con riferimento in particolare all'articolo 17, pare assumere un'inedita forma concertata, essendo iniziato nel giugno 2019 lo *stakeholder dialogue* prodromico all'adozione di orientamenti da parte della Commissione europea, la cui prima riunione si è tenuta 15 ottobre 2019.

Dunque, in questa fase, potrebbe immaginarsi l'individuazione di standard comuni non solo per i soggetti privati coinvolti, come già previsto dalla norma, ma anche - tramite un dialogo interistituzionale - la fissazione di alcuni principi di maggiore tutela per gli utenti ed indirizzati ai soggetti pubblici che parteciperanno alla fase attuativa delle norme.

In particolare, dovrebbe essere valutata l'opportunità di individuare un soggetto pubblico che oltre a svolgere il ruolo di risoluzione alternativa delle controversie, come già previsto dal paragrafo 9 dell'articolo 17,

⁶³⁵ Questi, infatti gli obiettivi individuati dal BEREC nel proprio piano strategico (2015-2017): https://bereg.europa.eu/eng/about_bereg/what_is_bereg/

svolga anche un ruolo di vigilanza sul sistema istituito dall'articolo 17 nel suo complesso, con poteri di *public enforcement* e *rulemaking*.⁶³⁶ Tale vigilanza - che potrebbe anche essere svolta a campione -⁶³⁷ dovrebbe essere indirizzata innanzitutto al contenuto dei termini di servizio delle piattaforme, per garantire che non siano ingiustificatamente pregiudizievoli per gli utenti.⁶³⁸ Qualora si decida poi di accentrare le competenze relative alla Direttiva MUD al medesimo soggetto individuato già per la Direttiva Barnier, tale vigilanza potrebbe anche avere ad oggetto i contratti tra le piattaforme ed i soggetti maggiormente rappresentativi della categoria dei titolari dei diritti, così garantendo alle autorità competenti una piena comprensione del mercato di riferimento nonché la possibilità di verificare la correttezza di tutti i suoi versanti.⁶³⁹

⁶³⁶ Direttiva 2019/790/UE, art. 17, para. 9, impone agli Stati membri di garantire la disponibilità di meccanismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie a favore degli utenti che vedano ingiustamente rimossi i propri contenuti all'esito di un reclamo proposto dai titolari dei diritti nei confronti dei prestatori di servizi. Ma potrebbe essere opportuno riconoscere anche un potere di risoluzione alternativa delle controversie rispetto agli eventuali accordi tra titolari dei diritti ed utenti. Rispetto alle modalità di recepimento nazionale, si auspica una soluzione coerente con quanto già disposto in attuazione della Direttiva 2014/26/UE (artt. 33, 34 e 35, nonché del relativo cons. 49) essendo plausibile un rapporto di identità tra le due fattispecie, rispetto ai soggetti e ai diritti coinvolti da tali procedure di risoluzione alternativa delle controversie.

⁶³⁷ N. ELKIN-KOREN – M. PEREL, *op.cit.*, 2018, p.13, sottolineano come la mole di materiale condiviso sulle piattaforme renda impossibile una gestione solamente pubblica dei conflitti.

⁶³⁸ Termini e condizioni piattaforme saranno sempre più importanti, si veda il Regolamento 2019/1150/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online*. In tema anche, C. TAN, *op.cit.*, 2018, p.177. S. SCALZINI, *L'estrazione di dati e di testo per finalità commerciali dai contenuti degli utenti. Algoritmi, proprietà intellettuale e autonomia negoziale*, *Analisi giuridica dell'economica*, 1, giugno 2019, p.400, commenta le sentenze del *Tribunal de Grand Instance* di Parigi intervenute tra agosto 2018 ed aprile 2019 invalidando una molteplicità di clausole contenute nei termini di servizio di Twitter, Facebook e Google+, tra cui in particolare le previsioni relative alla concessione di una licenza per lo sfruttamento dei diritti sugli UGC, per contrarietà alle norme del diritto d'autore, della protezione dei dati personali e del diritto dei consumatori.

⁶³⁹ In Italia, per esempio, l'attuazione della Direttiva 2014/26/UE sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze

A tal proposito, tale pubblica autorità potrebbe anche rivestire un importante ruolo nella fase di contrattazione per garantire che i tentativi di raggiungere un accordo tra i titolari dei diritti e le piattaforme siano seri, espressione di reali “massimi sforzi” e siano effettivamente compiuti in buona fede, ovvero che nessuna delle parti si sottragga ingiustamente alla procedura di contrattazione,⁶⁴⁰ col fine di rimettere interamente la regolazione all’*algorithmic enforcement* od al sistema di responsabilità derivante dall’articolo 17.⁶⁴¹

Ancora, dovrebbero essere altresì verificati i criteri utilizzati dalle piattaforme per garantire l’esercizio delle eccezioni al diritto d’autore ai sensi del paragrafo 7 dell’articolo 17, dovendosi assumere come presupposto che una qualsiasi forma di controllo sul funzionamento degli algoritmi posti alla base delle tecnologie di filtraggio rimarrà probabilmente impossibile.⁶⁴²

Ebbene, il medesimo soggetto pubblico potrebbe anche emettere strumenti di orientamento per l’interpretazione delle menzionate

multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l’uso *online* nel mercato interno, ha attribuito all’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni la competenza in materia di vigilanza sulle c.d. *collecting*, ovvero gli organismi di gestione collettiva e le entità di gestione indipendente che svolgono attività di intermediazione dei diritti d’autore e connessi.

⁶⁴⁰ Non sembra irrealistico un tale rischio: <https://www.ilsole24ore.com/art/copyright-google-stop-anteprime-niente-soldi-editori-ACAn4sm>

⁶⁴¹ Per esempio, tramite l’istituzione di tavoli tecnici nei quali possano essano definite le modalità di scambio di informazioni e si possa addivenire a soluzioni concordate rispetto alle questioni più problematiche, come per fare un esempio la corretta valorizzazione delle opere create beneficiando di un’eccezione al diritto d’autore. A tal proposito si consideri l’esperienza dei Tavoli Tecnici istituiti dall’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni in materia di diritti connessi (ai sensi della delibera n. 396/17/CONS), ed in tema di pluralismo e correttezza dell’informazione sulle piattaforme digitali (ai sensi della delibera 423/17/CONS).

⁶⁴² A. BRIDY, *op.cit.*, 2019, p.21. N. ELKIN-KOREN – M. PEREL, *op.cit.*, 2018, p.3, definiscono gli algoritmi “*opachi*” come “*proprietary black box*”, nella misura in cui sono protetti da segreti industriali: «*Their ability to provide the public with adequate access to meaningful information is thus largely doubtful*». Al contrario, esercitando un potere di rilevanza pubblica gli autori ritengono che sarebbe giusto che fosse imposta loro piena trasparenza “*full disclosure*” sul modo in cui vi adempiono.

eccezioni, e istituire miglior prassi per l'espletamento delle procedure di *notice and take-down*, tramite linee-guida e codici di condotta. Questo per garantire che gli strumenti previsti dal legislatore europeo quali correttivi dell'assetto di mercato eventualmente raggiunto non siano nella prassi svuotati di significato.

Ancora, dovrebbe essere svolto un controllo sulla trasparenza - e la consistenza - dei repertori autorizzati nonché degli esiti delle procedure di reclamo interno, perché la pubblicità di tali informazioni possa consentire agli utenti di orientare i propri comportamenti e verificare che le decisioni che li coinvolgono (sia contrattuali, che di *enforcement*) non siano arbitrarie.⁶⁴³

Accanto a tali poteri si pone poi, in un modello ideale, l'attività che potrebbe rendere in un futuro superfluo lo stesso meccanismo di vigilanza proposto,⁶⁴⁴ ovvero un'azione di educazione capillare degli utenti rispetto ai diritti riconosciuti loro dal diritto d'autore e di sensibilizzazione verso i suoi precetti, sul modello di quanto avvenuto per il diritto dei consumatori.⁶⁴⁵

⁶⁴³ AA. VV., *Safeguarding user freedoms in implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations from Europea Academics*, November 2019, p.5: «*In order to ensure the effective application and continued improvement of complaint and redress mechanisms Member States must ensure their transparency*».

⁶⁴⁴ C. GEIGER, *op.cit.*, 2014, p.185, ritiene che, superata la fase repressiva forse necessaria ad educare gli utenti e riequilibrare la posizione dei titolari dei diritti nei confronti delle piattaforme, sarà possibile pensare a strumenti più evoluti di valorizzazione alternativa della creazione.

⁶⁴⁵ EUROPEAN COMMISSION, *Un Mercato Unico dei Diritti di Proprietà Intellettuale, Rafforzare la creatività e l'innovazione per permettere la creazione di crescita economica, di posti di lavoro e prodotti e servizi di prima qualità in Europa*, COM(2011) 287 Def., Brussels, 24.5.2011, p.13, sottolinea soprattutto la necessità di creare una consapevolezza pubblica rispetto al diritto d'autore in quanto i consumatori tendono a non considerare il valore della proprietà intellettuale, pertanto: «*Better information of citizens is therefore an important factor for a successful IP policy. Also the European Parliament has called on the Commission, the Member States and on stakeholders to raise consumers' awareness, especially among young people, and enable them to understand what is at stake in intellectual property*». Sulla necessità di avvicinare, in quanto a modalità divulgative, diritto d'autore e diritto dei

Ciò in quanto, nonostante ci sia una tendenza, anche a livello internazionale, a riconoscere ai prestatori di servizi un ruolo sempre più pubblico⁶⁴⁶ - e compiti corrispondenti ad una tale natura - in ragione dell'effetto che hanno rispetto allo sviluppo della nostra società, non si può condividere l'assunto per cui siano i soggetti migliori per tutelare gli interessi culturali della collettività in quanto portatori di autonomi interessi imprenditoriali.⁶⁴⁷

Anzi, il rafforzamento del ruolo e dei poteri degli intermediari, insieme con quello dei titolari dei diritti, crea una solida posizione di controllo culturale in cui i soggetti ora menzionati si contrappongono direttamente agli utenti. Circostanza che sembra condurre nella direzione opposta rispetto a quella “*economia della conoscenza*” invece avuta di mira dal legislatore europeo al momento dell'inaugurazione del processo di riforma del diritto d'autore.⁶⁴⁸

consumatori, cfr. V.L. BENABOU, *op.cit.*, 2014, p.75, secondo cui la specificità della fattispecie degli UGC, ed in particolare dei creatori amatoriali, giustificherebbe la creazione di un meccanismo simile a quello del diritto dei consumatori, ovvero adattato alle specificità degli usi di massa di contenuti culturali e incentrato sulla triangolazione autore/piattaforma/utente.

⁶⁴⁶ G. AZZARIA, *Privatisation et mondialisation du droit d'auteur: le cas de Google*, in *La réforme du droit d'auteur dans la société de l'information*, A. BENSAMOUN (ed.), Mare & Martin, 2018, p.77, sostiene che i più grandi prestatori di servizi sono in grado di superare i tradizionali dogmi statali ed assumere su di sé tutti i ruoli pubblici creando le proprie norme (tramite i Termini di servizio), i propri tribunali (i sistemi di *notice and take-down*). Anche, S. CARRE – G. VERCKEN, *Google et la fortune du droit d'auteur*, in *Melanges A. Lucas*, AA. VV., LexisNexis, 2014, p.119.

⁶⁴⁷ G. FROSIO – M. HUSOVEC, *op.cit.*, 2019, p.1. Anche, EUROPEAN COMMISSION, *Online Platforms and the Digital Single Market: Opportunities and Challenges for Europe*, Bruxelles, COM(2016), 288 Final, p.9, ha evidenziato l'esistenza in capo alle piattaforme di una “*enhanced responsibility*” nel garantire un sano ambiente digitale. S. CUNNINGHAM – D. CRAIG, *Social Media Entertainment: The New Intersection of Hollywood and Silicon Valley*, NYU Press, February 2019, p.266, ritengono che l'intervento regolatorio statale sia dettato da due distinte necessità. Innanzitutto, dal fatto che le piattaforme operino a livello internazionale in contesti giuridici diversi. In secondo luogo, dal fatto che queste stiano assumendo sempre di più la qualità di “*media companies*” avvicinandosi quindi alla particolare forma di responsabilità editoriale che caratterizza tali soggetti.

⁶⁴⁸ M. SKLADANY, *Big Copyright versus the People. How major content providers are destroying creativity and how to stop them*, Cambridge University Press, 2018.; S. SCALZINI, *L'estrazione di dati e di testo per finalità commerciali dai contenuti degli*

Nel progetto di revisione del mercato interno infatti, la Commissione aveva ambiziosamente enfatizzato la necessità di garantire: «*la libera circolazione del sapere e dell'innovazione nel mercato unico in quanto "quinta libertà"*» e questo certo non può avvenire se dei soggetti privati detengono assoluti poteri di controllo sulla circolazione delle opere dell'ingegno.⁶⁴⁹

utenti. Algoritmi, proprietà intellettuale e autonomia negoziale, Analisi giuridica dell'economia, 1, giugno 2019, p.415, enfatizza l'esistente disparità contrattuale tra le piattaforme e gli utenti che offrono (spesso inconsapevolmente) i propri dati in cambio della possibilità di usare i servizi di *social network*. G.M. RUOTOLO, *op.cit.*, 2019, p.466, sottolinea la modifica intervenuta nella stessa concezione funzionale del diritto d'autore che sembra oggi strumento di censura mentre è storicamente stato inteso come strumento libertario. A. STAZI, *Intellectual Property and Consumer Law in the Knowledge Economy. Proprietà intellettuale e diritto dei consumatori nell'economia della conoscenza*, Il Diritto d'Autore, 4, 2010, pp.370, rileva che le esigenze dei titolari dei diritti di ricevere un giusto compenso per le proprie opere, si contrappongono agli interessi degli utenti di partecipare alla vita culturale. Da tale confronto sorgerebbe l'esigenza di individuare soluzioni di compromesso che consentano sia lo sviluppo delle dinamiche sociali che di quelle commerciali.

⁶⁴⁹ EUROPEAN COMMISSION, *Green Paper "Copyright in the Knowledge Economy"*, Brussels, 2008, p.4. F. POLLAUD-DULIAN, *Livre vert de la Commission des Communautés européennes, sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance (COM(2008)466/3)*, Revue Trimestrielle de Droit Commercial (RTD Com), 4, 2008: «*La perspective choisie – "l'économie de la connaissance" - est significative*».

CONCLUSIONI

Descritto il contesto fattuale e tecnologico nel Capitolo Primo, volgendo particolare attenzione allo sviluppo del Web 2.0, dei *social networks* e degli UGC, è stato evidenziato il difficile processo definitorio di questa ultima fattispecie, rispetto alla quale anche oggi permane un certo margine di incertezza.

Infatti, la stretta dipendenza tra piattaforme e contenuti rende difficile fornire una definizione onnicomprensiva che valga ad includere tutte le tipologie di UGC esistenti.

Ebbene, tale difficoltà definitoria pone ovvi limiti anche rispetto alla comprensione del fenomeno, oltre che importanti equivoci. Infatti, la Commissione europea ha limitato la propria analisi agli UGC quali opere rese disponibili *online* e create dagli utenti al di fuori dell'ambito professionale tramite l'adattamento o modifica di opere preesistenti, ovvero ha inteso gli UGC come un'evoluzione tecnologica delle opere derivate. Tuttavia, questa appena descritta costituisce solo una *species* di un più ampio *genus*, ed infatti si fa più precisamente riferimento ad essa tramite l'espressione *User-Adapted Content* ("UAC").

Avendo il lavoro la finalità di individuare la disciplina applicabile agli UGC nel contesto del diritto d'autore europeo, si è inteso quindi limitare la discussione alla fattispecie nei limiti fissati dalla Commissione e, coerentemente, il Capitolo Secondo ha provato a valutare la capacità della Direttiva InfoSoc di regolare adeguatamente anche gli UAC. A tal fine, è stata analizzata la disciplina dell'opera derivata, ed in considerazione della mancata armonizzazione a livello europeo del diritto di adattamento, è stato necessario fare riferimento ai singoli diritti patrimoniali coinvolti. Infatti, dal punto di vista del diritto d'autore europeo, per poter lecitamente creare un'opera derivata è

necessario che l'autore dell'opera originaria autorizzi l'esercizio del proprio diritto di riproduzione a favore dell'autore successivo.

Analizzate le private, si è ritenuto necessario vagliare anche l'applicabilità delle eccezioni al diritto d'autore, che costituiscono degli usi liberi, e dunque affrancano la creazione dell'opera derivata dal consenso del titolare dei diritti sull'opera originaria.

Tra le eccezioni previste dalla Direttiva InfoSoc, sono state ritenute di particolare interesse soprattutto le eccezioni per scopo di citazione, caricatura, parodia o *pastiche*.

Queste, tuttavia, non hanno trovato applicazione omogenea in tutto il territorio dell'Unione Europea in quanto non obbligatorie nel vigore della Direttiva InfoSoc e pertanto, l'analisi della giurisprudenza intervenuta in tema è stata essenziale, soprattutto rispetto alla definizione della nozione autonoma di parodia.

L'assenza di una disciplina unificata delle eccezioni, insieme alla molteplicità (tendente alla indeterminatezza) delle espressioni creative che possono costituire un UAC, ha reso necessario spendere delle considerazioni sull'applicabilità delle eccezioni della Direttiva InfoSoc a tale fenomeno, dovendosi riscontrare che, non essendo possibile procedere ad un'interpretazione analogica delle fattispecie eccezionali, in virtù della loro natura di norma speciale, la disciplina esistente non pare soddisfacente a regolare un fenomeno tanto complesso e variegato. Dunque, è sembrato necessario un attento intervento del legislatore.

Tale necessità pare confermata, tra l'altro, anche dalle persistenti incertezze relative all'interazione tra l'esercizio del diritto di adattamento, delle eccezioni al diritto d'autore ed i diritti morali che, non armonizzati a livello europeo sono comunque previsti dagli Stati membri in ossequio alle obbligazioni internazionali contratte a partire dalla Convenzione di Berna.

D'altra parte, le considerazioni fin qui svolte non paiono essere state ignorate dalla Commissione che durante i lavori preparatori per l'aggiornamento del quadro legislativo del diritto d'autore europeo, e sin dai primi atti di tale processo - che possono essere fatti risalire al Libro Verde del 2008 - ha svelato una certa insoddisfazione rispetto alla capacità della Direttiva InfoSoc di incoraggiare lo sviluppo e diffusione di forme creative amatoriali che rappresentano oggi un'importante fonte di creazione di valore per i modelli imprenditoriali del Web 2.0. A tal fine, nel 2014 la Commissione ha lanciato una consultazione pubblica proponendo, in tema di UGC, tre possibili modelli regolatori. L'uno basato sull'implementazione di accordi contrattuali, nel contesto del più ampio progetto "*Licenses for Europe*", gli altri due invece ispirati ad esperienze straniere, ovvero l'adozione di una specifica eccezione al diritto d'autore per la creazione di UAC, come quella adottata nel 2012 in Canada, oppure l'introduzione di una clausola aperta quale il *fair use* statunitense.

Queste due ultime proposte sono state analizzate nel Capitolo Terzo. Tuttavia, le riflessioni svolte rispetto a due modelli tra loro molto diversi conducono ad una medesima conclusione circa l'impossibilità di importare le soluzioni normative elaborate in ordinamenti differenti. D'altra parte, la loro efficienza può essere considerata solo con riferimento all'intero contesto giuridico in cui queste sono collocate. Infatti, l'eccezione canadese è realmente comprensibile solo considerando che la Corte Suprema ha ridisegnato il rapporto tra diritti degli autori ed eccezioni in quanto ha chiarito che queste ultime costituiscono diritti degli utenti in senso stretto e dunque si collocano idealmente sullo stesso piano dei diritti degli autori in un'operazione di bilanciamento.

È dunque in quest'ottica che deve apprezzarsi l'assetto creato dalla Section 29.21. Infatti, esclusa la rilevanza degli atti in violazione del

diritto d'autore posti in essere da utenti privi di scopo lucrativo, spetterebbe agli intermediari, che sfruttano i contenuti così generati, remunerare i titolari dei diritti i cui interessi sono stati precedentemente frustrati dall'applicazione dell'eccezione in commento.

Così il *fair use* può essere compreso ed apprezzato solo alla luce della giurisprudenza e della dottrina statunitense e - nel contesto del Web 2.0 - del sistema del *notice and take-down* previsto dal DMCA.

Infatti, seppure si volesse ammettere che la previsione sia una versione nazionale del *three-step test* internazionale, non pare in grado di soddisfare adeguatamente - e da sola - le esigenze del diritto d'autore dell'Unione Europea.

Ebbene, non si può trascurare la circostanza per cui gli UAC siano solo in rari casi in grado di competere economicamente con l'opera da cui traggono origine e causare un pregiudizio economico all'autore dell'opera originaria, né si può ignorare che il movente economico per la produzione di opere dell'ingegno abbia perso importanza e che, dunque, in quest'ottica gli UAC siano ancora più dipendenti dall'opera da cui traggono origine in termini di motivazione e messaggio.

Per questo ci si sarebbe aspettati una seria riflessione sulla fattispecie da parte del legislatore al fine di orientare un'eventuale regolazione, in considerazione del fatto che il diritto d'autore non può più accontentarsi di "tollerare" gli usi creativi, ma deve incentivarli perché possano dispiegare i propri effetti benefici per la collettività.

Così, un'eccezione al diritto d'autore non è necessariamente lo strumento più giusto per la regolazione degli UAC e sistemi più complessi potrebbero essere elaborati per bilanciare tutti gli interessi coinvolti nel rapporto trilaterale utente/autore/piattaforma e garantire al contempo che il diritto d'autore non sia usato come strumento di censura privata, come, invece, può essere tramite l'imposizione di un obbligo di autorizzazione dell'autore precedente alla creazione di UAC.

A tal proposito, sono risultati interessanti quelle proposte che, come contrappeso ad una limitazione del diritto di adattamento, prevedono sistemi più o meno automatici di remunerazione, più affini all'esistente sistema del diritto d'autore europeo, tramite l'adozione di un modello compensativo basato sul sistema oggi esistente per la raccolta dell'equo compenso per copia privata.

Tuttavia, il legislatore europeo ha escluso il trapianto di esperienze straniere come l'introduzione di una tale eccezione, abbandonando formalmente il tema degli UAC - e la volontà di disciplinarli in quanto singolare espressione culturale e tecnologica - che è infatti assente dal testo della Direttiva 2019/790/UE.

Questa, è bene chiarirlo, ha la finalità di correggere il c.d. *value gap*, quale imperfetta allocazione dei profitti generati dalle piattaforme, e mostra un'evidente predilezione per l'alternativa contrattuale. Ciononostante, alcune riflessioni possono comunque essere spese rispetto all'effetto che il sistema istituito può avere sugli UAC.

Analizzato il lungo e difficile processo di adozione del testo della Direttiva in commento, con particolare riferimento all'articolo 17, che attiene all'utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online*, si è ritenuto necessario concentrarsi, piuttosto che sugli effetti dell'articolo nel suo complesso, alle sole conseguenze che questo potrebbe avere rispetto alla disciplina degli UAC, specifico oggetto di indagine.

Più chiaramente, il modello dell'articolo 17 prevede - posto un principio di responsabilità delle piattaforme per gli atti di comunicazione al pubblico e messa a disposizione del pubblico compiuti dagli utenti tramite i propri servizi - un obbligo per gli intermediari di ottenere l'autorizzazione dei titolari dei diritti per poter lecitamente compiere queste attività, conformemente alle prescrizioni della Direttiva InfoSoc.

In mancanza di una tale autorizzazione, l'intermediario è tenuto responsabile, salva l'ipotesi in cui dimostri di aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione; di aver compiuto i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere individuate dai titolari dei diritti nel rispetto di elevati standard di diligenza professionale; di aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione motivata, per disabilitare l'accesso o rimuovere le opere segnalate e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne un nuovo caricamento.

Ebbene, non pare remoto il rischio che tali "*massimi sforzi*" per assicurare che non siano disponibili le opere segnalate, valutati alla luce di "*elevati standard di diligenza professionale*", si traducano nell'adozione di sistemi di filtraggio dei contenuti e rimozione automatica delle opere individuate dai titolari dei diritti in quanto saranno definiti all'esito di un processo di dialogo con i soggetti interessati, istituito in ottemperanza al dettato dell'ultimo paragrafo dell'articolo 17.

Dunque, volendo riassumere le perplessità che sembrano affiorare dall'articolo 17 - solo sinteticamente descritto - rispetto agli UAC, si pongono diversi ordini di problemi.

Con riferimento alla soluzione contrattuale, ci si domanda come possa essere evitato il rischio di una doppia remunerazione dei titolari dei diritti che abbiano eventualmente raggiunto un accordo con gli utenti, in quanto l'articolo 17 non rende superflua una tale autorizzazione diretta. Infatti, da un lato, l'autorizzazione ottenuta dalla piattaforma ha effetto nei confronti dei propri utenti limitatamente all'atto di comunicazione e messa a disposizione del pubblico e non anche rispetto alla creazione di UAC, quali opere derivate; dall'altro, la stessa è comunque ad esclusivo beneficio di utenti non professionisti che non perseguano scopo di lucro.

Ancora, è incerto quale possa essere l'effetto dell'esercizio delle prerogative morali degli autori rispetto all'efficienza del sistema nel suo complesso, nella misura in cui questi diritti ad oggi non sono armonizzati, non sono oggetto di rappresentanza, non possono essere limitati, esclusi, ceduti nella maggior parte degli ordinamenti continentali. Poi, rimane incerto quali possano essere gli effetti dell'interazione tra eccezioni al diritto d'autore e diritti morali - ed in particolare il diritto all'integrità dell'opera - nonché gli effetti delle previsioni contrattuali nei confronti delle eccezioni al diritto d'autore. Per quanto attiene alla soluzione tecnologica, invece, i dubbi sorgono rispetto alla scelta di delegare ad un soggetto privato l'interpretazione delle eccezioni, che invece sono categorie giuridiche ampie, oggetto di dibattito dottrinale e giurisprudenziale e presidi della libertà di espressione quale diritto fondamentale.

Tale criticità è enfatizzata anche dalla circostanza che le tecnologie in oggetto si sono svelate incapaci di procedere ad una corretta valutazione degli usi liberi. Ciò con evidente detrimento del rispetto dei diritti fondamentali, dominio nel quale il libero gioco di interessi privato non può agire senza alcun controllo.

Anzi, nel caso di specie, sembra convergente l'interesse dei titolari dei diritti e delle piattaforme a rimuovere contenuti non autorizzati, in quanto i primi esercitano così un controllo monopolistico sulle creazioni dell'ingegno, ed i secondi evitano il rischio legale che l'articolo 17 pone in capo a loro. Più chiaramente, tale *private ordering* di mercato rischia di tradurre la fase di *enforcement* in un nuovo strumento imprenditoriale.

Ebbene, se soggetti privati hanno il potere di decidere cosa può essere presente sulle piattaforme, e cosa deve essere invece censurato, ci si domanda se la *ratio* del diritto d'autore come presidio libertario sia oggi ancora valida o se invece esso abbia mutato la propria funzione sociale.

Né la previsione di sistemi di reclamo interni alle piattaforme, di risoluzione alternativa delle controversie, o il ricorso giudiziale, sembrano correttivi sufficienti a contravvenire il menzionato rischio di abusi.

Infatti, evidenze empiriche svelano una certa passività degli utenti che, anche influenzati dall'ignoranza relativa alle proprie prerogative, non agiscono quasi mai a tutela dei propri interessi.

Infine, un tema che sembrava invece centrale nella fase di discussione è stato abbandonato, ovvero il rapporto tra utenti e piattaforme ed utenti e titolari dei diritti. Questi rapporti, invece centrali nella fase prodromica alla pubblicazione della Proposta di Direttiva, sono oggi estranei al diritto d'autore europeo, ancora una volta incentrato sul rapporto tra professionisti, quali sono le piattaforme ed i grandi titolari dei diritti che probabilmente saranno i soli in grado di creare un mercato per le proprie opere. Tale considerazione svela l'incapacità del legislatore di adeguare il diritto d'autore al Web 2.0, che avrebbe invece imposto, oltre che la responsabilizzazione delle piattaforme, anche quella degli utenti, nella misura in cui essi svolgono un ruolo sempre meno vicino al tradizionale fruitore passivo delle opere dell'ingegno, e sempre più prossimo all'autore tradizionale, rispetto a cui non si pongono più in antitesi, ma in rapporto dinamico.

Alla luce delle considerazioni qui riassunte, sembra che il sistema istituito dalla Direttiva 2019/790/UE sia imperfetto, e abbia effetti distorsivi in particolare con riferimento agli UAC. Ad ogni buon conto, pare sia tardi per interrogarsi sul migliore dei modelli astrattamente possibili, in quanto la Direttiva è stata appena adottata, e la fase di implementazione è ancora lunga.

Pertanto, per evitare che il sistema si traduca solo in un accordo contrattuale tra professionisti e gli utenti siano lasciati fuori, pregiudicati nei loro interessi e limitati nell'esercizio delle facoltà che

la tecnologia offre loro, sembra necessario un soggetto che vigili sulla corretta interazione tra *private ordering* ed *algorithmic enforcement*.

D'altra parte, queste necessità non sono del tutto inedite al diritto d'autore ma erano già sorte all'indomani dell'adozione della Direttiva InfoSoc e dell'introduzione della tutela per le MTP.

Senz'altro preferibile sarebbe la creazione di un soggetto unico europeo, tuttavia non pare questa una strada oggi percorribile. In alternativa, potrebbero essere implementate le funzioni e competenze dell'EU IPO, oppure ipotizzata l'istituzione di un organo di raccordo sul modello del BEREC.

Tuttavia, la soluzione che pare più immediata consisterebbe nel riconoscere alle autorità nazionali competenti in materia i necessari poteri.

Tale strada sarebbe quella più facilmente realizzabile, essendo da poco stata inaugurata la fase di adeguamento nazionale che, con riferimento in particolare all'articolo 17, assumerà una forma concertata.

In questa fase, dunque, potrebbe immaginarsi l'individuazione di standard comuni non solo per i soggetti privati interessati, come già previsto dalla norma, ma anche - tramite un dialogo interistituzionale - per i soggetti pubblici coinvolti nell'attuazione della Direttiva.

Vero è che un controllo pubblico generalizzato rimarrà impossibile in considerazione dell'enorme mole di materiali coinvolti, ma si potrebbe ipotizzare un metodo che proceda a campione innanzitutto rispetto ai criteri utilizzati per valutare l'applicabilità delle eccezioni come sul contenuto dei termini di servizio delle piattaforme, per evitare che entrambi possano essere usati abusivamente.

Per lo stesso motivo, potrebbero essere adottati strumenti di orientamento per l'interpretazione delle menzionate eccezioni, e l'espletamento delle procedure di *notice and take-down*, nonché essere garantita la massima trasparenza rispetto ai repertori autorizzati e agli

esiti delle procedure di reclamo, perché gli utenti possano orientare i propri comportamenti.

In tale contesto, e sempre con la finalità di fornire i più idonei strumenti di tutela, non può essere trascurata la necessità di procedere anche con un'azione di educazione capillare rispetto alle prerogative riconosciute dal diritto d'autore, e di sensibilizzazione verso i suoi precetti.

Ebbene, come detto, tutti questi menzionati sono solo possibili strumenti correttivi, e volendo tirare una conclusione di portata più generale rispetto al sistema nel suo complesso, rimane una sola ed ultima impressione.

Più chiaramente, sembra opportuno domandarsi se il diritto d'autore sia ancora valido nella sua essenza a rispondere alle necessità culturali della società digitale; se possa essere ancora utile il principio di territorialità in un contesto in cui l'uso transfrontaliero delle opere dell'ingegno avviene tramite piattaforme che operano in tutto il mondo; se abbia ancora senso parlare di eccezioni al diritto d'autore e non sia arrivato il momento di enfatizzare la loro essenza quali usi liberi; se si debba ancora tutelare i produttori di contenuti contro i propri stessi utenti; se non possano essere oggi utili ed efficienti sistemi di registrazione delle opere e dei diritti.

In definitiva, ci si interroga sulla necessità di procedere ad un serio ripensamento della materia o un suo profondo aggiornamento a livello internazionale in cui uno strumento "TRIPS 2.0" abbia il coraggio di affrontare in maniera olistica il Web 2.0, in quanto risposte episodiche e regionali quali la (scarza) armonizzazione europea, sebbene ben accolte, non paiono più sufficienti.

BIBLIOGRAFIA

A

AA.VV., *User-Created-Content: Supporting a participative Information Society- Final Report*, IDATE – TNO – IViR, 2008.

AA.VV., *Safeguarding user freedoms in implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations from Europa Academics*, November 2019.

ABBES I. - TROUDY Y., *Co-création de valeur et technologie digitale: quel design pour ces plateformes d'engagement? Le cas du Photomaton 2.0*, *Management & Avenir*, 94, 2017, pp. 153-175.

ABRAMOWICZ M., *A Theory of Copyright's Derivative Right and Related Doctrines*, *Minnesota Law Review*, 90, 2005, pp. 317 ss.

ABRAMS H.B., *Originality and Creativity in Copyright Law, Law and Contemporary Problems*, *Copyright and Legislation: TheKastenmeier Years*, *Duke University School of Law*, 55, 2, 1992, pp. 3-44.

AGNINO F., *Quando il "taglia e cuci" altrui non lede il diritto morale d'autore*, *Danno e Responsabilit *, 4, 2014, pp.414 ss.

AIGRAIN P., *Sharing. Culture and the Economy in the Internet Age*, *Amsterdam University Press*, 2012.

AKESTER P., *A Practical Guide to Digital Copyright Law*, *Cipr Practice Series*, 3, 2007.

AL-SHARIEH S., *Securing the Future of Copyright Users' Rights in Canada*, *Windsor Y.B. Access to Just.*, 35, 2018, pp. 11 ss.

ALBERTINI L., *La modifica al diritto d'autore europeo per tener conto del contesto digitale: note sugli artt. 11 (diritto degli editori) e 13 (responsabilità dei provider) della bozza di direttiva UE nel febbraio 2019, uscita dalla fase c.d. trilogue*, Law and Media Working Paper Series, 2, 2019.

ALIPRANDI S., *Diritto d'autore, Social Network e User Generated Content: nuove pratiche e nuova percezione*, Informatica e diritto, XVIII, 2, 2009, pp. 183 ss.

ALVANINI S., *Creative Commons: condividere, modificare e riutilizzare legalmente*, Dir. Industriale, 4, 2009, pp. 389 ss.

AMBRIANI N., *Le utilizzazioni libere nella società dell'informazione: considerazioni generali*, AIDA, 2002.

ANDREJEVIC M., *Exploiting YouTube: Contradictions of User-Generated Labor*, in *The YouTube Reader*, SNICKARS P. - VONDERAU P. (ed.), 2009, pp. 406-423.

ANGELOPOULOS C., *On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, CIPL, University of Cambridge, January 2017.

ANGELOPOULOS C. - QUINTAIS J.P., *Fixing Copyright Reform: A Better Solution to Online Infringement*, JIPITEC, 2019, pp. 147 ss.

APLIN T. - BENTLY L.A., *Displacing the Dominance of the Three-Step Test: The Role of Global, Mandatory Fair Use*, in *Comparative Aspects of Limitations and Exceptions in Copyright Law*, LOON NG W. - SUN H. - BALGANESH S. (ed.), CUP, 2018; University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, 33, 2018.

APLIN T. - DAVIS J., *Intellectual Property Law, text cases and materials*, Oxford University Press, 2009.

ARDIZZONE A. – BENUSSI L. – BLENGINO C. – GLORIOSO A. – RAMELLO G.B. – RUFFO G. – TRAVOSTINO M., *Copyright Digitale. L'impatto delle nuove tecnologie tra economia e diritto (presentazione di M. Ricolfi)*, Giappichelli, 2009.

AREWA O., *Youtube, UGC, and Digital Music: Competing Business and Cultural Models in the Internet Age*, Northwestern University Law Review, 104, 2, 2010; UC Irvine School of Law Research Paper, 27, 2011.

ASAY C.D., *Is Transformative Use Eating the World?*, Boston College Law Review, 61, 2020; BYU Law Research Paper, 06, 2019.

ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Istituzioni di diritto industriale, Giuffrè, 1960, pp. 716 ss.

ASHLEY D.E., *The Public As Creator And Infringer: Copyright Law Applied To The Creators Of User-Generated Video Content*, Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J., 20, 2010, pp. 563 ss.

ASHCROFT R. - BARKER G., *Is copyright law fit for purpose in the Internet era? An economic and legal perspective*, European Commission, 2014.

AUFDERHEIDE P. - JASZI P., *Reclaiming fair use*, University of Chicago Press, 2018.

AUSTIN D., *Gulliver's Trials: A Modest Proposal to Excuse and Justify Satire*, Green Chapman Law Review, 11, 2007, pp. 183 ss.

AUTERI P., *La riforma del diritto d'autore*, Il diritto industriale, 3, 2003.

AZZARIA G., *Privatisation et mondialisation du droit d'auteur: le cas de Google*, in *La réforme du droit d'auteur dans la société de l'information*, BENSAMOUN A. (ed.), Mare & Martin, 2018, pp. 15-28.

AZZI M.T., *La responsabilité des Nouvelles plates-formes: éditeurs, hébergeurs ou autre voie?*, in *Contrefaçon sur internet, Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0.*, AA.VV., Le droit des affaires, Propriété intellectuelle, LexisNexis, 33, 2009.

AZZI M.T., *La gratuité en droit d'auteur*, in *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, ZOLYNSKI C. - MARTIAL-BRAZ M., LGDJ, Lextenso, 2013, pp. 239-254.

B

BARTHES R., *La mort de l'auteur*, 1967.

BAYART B., *La neutralité du réseau*, in *La Bataille Hadopi*, AA.VV., InLibroVeritas, 2009.

BELL T.W., *The Specter of Copyism v. Blockheaded Authors: How User-Generated Content Affects Copyright Policy*, Vand. J. Ent. & Tech. L., 10, 2007-2008, pp. 841 ss.

BENABOU V.L., *Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique: les méthodes*, Thomson Reuters, Propriété intellectuelles, 43, 2012.

BENABOU V.L., *L'originalité, un Janus juridique. Regards sur la naissance d'une notion autonome en droit de l'Union*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, AA. VV., LexisNexis, 2014, pp. 17-34.

BENABOU V.L., *Rapport De La Mission Du CSPLA Sur Les "Œuvres Transformatives"*, Rapp. De La Mission Fabrice Langrognet, 2014.

BENABOU V.L., *La qualification d'oeuvre de l'esprit à l'épreuve de la jurisprudence européenne: une notion harmonisée?*, in *L'oeuvre de l'esprit en question(s), une exercice de qualification*, BENSAMOUN A., LABARTHE F., TRICOIRE A. (ed.), Mare & Martine, 2015.

BENABOU V.L., *Quelles solutions pour les UGC en France?*, *Juris art*, 25, 2015, pp. 20-24.

BENABOU V.L., *À la recherche d'une conciliation entre la liste fermée des exceptions et les dérogations "externes" à la législation sur le droit d'auteur*, *Dalloz IP/IT*, 9, septembre 2017.

BENABOU V.L. - ROCHFELD J., *À qui profite le clic. Le partage de la valeur à l'ère numérique*, Odile Jacob, 2015.

BENAMAR A., *Télécommunications: la révolution par les services, les usages et les modèles économiques*, *Géoéconomie*, 50, 3, 2009, pp. 133-138.

BENGHOZI P.J., *Le deuxième choc de l'économie de la culture*, *Esprit*, 7, 2011, pp. 111-125.

BENHAMOU F. - PELTIER S., *Le droit d'auteur, incitation à la création ou frein à la diffusion?*, *Revue d'économie industrielle*, 135, 2011, pp. 47-70.

BENHAMOU F. - FARCHY J., *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte, 2014.

BENJAMIN W., *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica*, Einaudi, 1936.

BENKLER Y., *A Political Economy of the Public Domain: Markets in Information Goods Versus the Marketplace of Ideas*, in *Expanding The Boundaries Of Intellectual Property, Innovation Policy For The Knowledge Society*, DREYFUSS R.C. - ZIMMERMAN D.L. - FIRST H. (ed.), Oxford University Press, 2001.

BENKLER Y., *Freedom In The Commons: Towards A Political Economy Of Information*, Duke Law Journal, 52, 2003, pp. 1245 ss.

BENKLER Y., *The Wealth of Networks. How social production transforms markets and freedom*, Yale University Press, 2006.

BENSAMOUN A., *La réforme du droit d'auteur dans la société de l'information: une histoire de norme(s)*, in *La réforme du droit d'auteur dans la société de l'information*, BENSAMOUN A. (ed.), Mare & Martin, 2018, pp. 15-28.

BENTLY L. - SUTHERSANEN U. - TORREMANS P., *Global copyright: three hundred years since the Statute of Anne, from 1709 to cyberspace*, Edward Elgar, 2010.

BENTLY L. – GEIGER C. – GRIFFITHS J. – METZGER A. – PEUKERT A. – SENFTLEBEN M., *Sound sampling, a permitted use under EU copyright law? Opinion of the European Copyright Society in relation to the pending reference before the CJEU in Case C-476/17, Pelham GmbH v Hütter*, 2018, <https://europeancopyrightsociety.org/>

BERGÉ J.S., *Le triple test... et ses contextes*, Juris art, 25, 2015, pp. 26-28.

BERGÉ J.S., *La Cour de justice de l'Union européenne et les interactions entre les sources internationales et européennes du droit d'auteur*, in *La réforme du droit d'auteur dans la société de l'information*, BENSAMOUN A. (ed.), Mare & Martin, 2018, pp. 87-100.

BERGEL J.L., *Essai de synthèse sur "La gratuité"*, in C. ZOLYNSKI, M. MARTIAL-BRAZ (dir.), *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, LGDJ, Lextenso, 2013, pp. 275-282.

BERNAULT C., *Les nouvelles exceptions au droit d'auteur*, Juris art, 47, 2017, pp. 22-29.

BERTANI M., *Arbitrabilità delle controversie sui diritti d'autore*, AIDA, 15, 1, 2006, pp.23-54.

BERTANI M., *Diritto d'autore europeo*, Quaderni di AIDA, 21, Giappichelli, 2011.

BERTONI A. - MONTAGNANI M.L., *Intermediari Internet quali propulsori delle attività creative in rete*, Diritto dell'informazione e dell'informatica, 1, 2015, pp. 111 ss.

BERTONI A. - MONTAGNANI M.L., *Smart cities a misura d'autore: quale disciplina per i citizen-generated content?*, in *Smart cities e diritto dell'innovazione*, OLIVIERI G. - FALCE V., 2016, pp. 251-361.

BERTONI A. - MONTAGNANI M.L., *Foodporn: experience-sharing platforms and UGC: how to make copyright fit for the sharing economy*, E.I.P.R., 39, 7, 2017, pp. 396-402.

BIRON L., *Creative work and communicative norms, Perspectives from legal philosophy*, in *The Work of Authorship*, VAN EECHOUD M. (ed.), Amsterdam University Press, 2014.

BITTON M., *Modernizing Copyright Law*, Tex Intel. Pro. L. J., 20, 2011, pp. 65 ss.

BLANC N., *La parodie, le pastiche et la caricature en propriété intellectuelle*, Legicom, 54, 2015, pp. 25-31.

BLANKENHORN D., *Judge: Prodigy is Liable for User-Generated Content*, Interactive Age, June 5, 1995.

BOGGIO L., *Estensione del diritto d'autore – l'opera parodistica tra proprietà intellettuale e diritti della personalità*, Giur. It., 2015, 5, pp. 1137 ss.

BOHANNAN C., *Taming the Derivative Works Right: A Modest Proposal for Reducing Overbreadth and Vagueness in Copyright*, Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law, 12, 4, Summer 2010, pp. 669 ss.

BOHANNAN C. - HOVENKAMP H., *Creation Without Restraint: Promoting Liberty and Rivalry in Innovation*, Oxford University Press, December 2011.

BONADIO E., *File sharing, copyright and freedom of speech*, E.I.P.R., 33, 10, 2011, pp. 619-630.

BONELLI G., *Contraffazione e rielaborazione non autorizzata*, Dir. Industriale, 3, 2006, pp. 290 ss.

BONETTO G., *Internet memes as derivative works: copyright issues under EU law*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 13, 12, 2018, pp. 989-997.

BOSCARIOL DE ROBERTO F., *Plagio o (autonoma) revisione critica?*, *Dir. Industriale*, 3, 2012, pp. 219 ss.

BOUCHAGIAR G., *Re-Shaping Creativity: Proposals for Classification of Works and Flexible Opt-In Mechanisms*, NETTIES Conference 2018 of IAFeS, Corfu, Greece, May 3rd-5th 2018.

BOWREY K., *The Outer Limits Of Copyright Law – Where Law Meets Philosophy and Culture*, *Law and Critique*, 2001, 12, pp. 1-24.

BOYLE J., *The Public Domain Enclosing the Commons of the Mind*, Yale University Press New Haven & London, 2008.

BOYLE J., *(When) Is copyright reform possible?*, in *Copyright law in an age of limitations and exceptions*, OKEDIJI R.L. (ed.), Cambridge University Press, 2017.

BRADFORD L.R., *Parody and Perception: Using Cognitive Research to Expand Fair Use in Copyright*, *B.C.L. Rev.*, 46, 2005, pp. 705 ss.

BRADFORD L.R., *Parody and Perception: An Alternative Approach to Secondary Use in Copyright*, New York University Law and Economics Working Papers, Paper 25, 2005.

BRANCO TOMÉ QUINTAIS M., *Copyright in the age of online access: Alternative compensation systems in EU copyright law*, UvA-DARE Digital Academic Repository, University of Amsterdam, 2017.

BRIDY A., *EU Copyright Reform: Grappling With the Google Effect*, Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law, 2019.

BRIEF M.F., *A free-for-all in the ether*, 9, 2007.

BRUGUIÈRE J.M., *Les adaptations contractuelles*, Juris art, 47, 2017, pp. 30-33.

BUCCIANTI G.L., *La Cassazione su plagio artistico e arte informale*, Nuova Giur. Civ., 7-8, 2018, pp. 983 ss.

BURGESS J. - GREEN J., *The Entrepreneurial Vlogger: Participatory Culture Beyond the Professional-Amateur Divide*, in *The YouTube Reader*, SNICKARS P., VONDERAU P. (ed.), 2009, pp. 89-107.

BURK D.L., *Future Challenges: the market for Intellectual Property Law*, in *The intellectual property system in a time of change: European and international perspectives*, GEIGER C. (ed.), Lexis Nexis, 2016, pp. 235-247.

BURRELL R. - COLEMAN A., *Copyright exceptions: the digital impact*, Cambridge studies in intellectual property rights, 2009.

C

CABAY J. – LAMBRECHT M., *Remix prohibited: how rigid EU copyright laws inhibit creativity*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 10, 3, 2015, pp. 359-377.

CABAY J. – LAMBRECHT M., *Remix allowed: avenues for copyright reform inspired by Canada*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 11, 1, 2016, pp. 21-35.

CARBONE P.L., *Plagio*, *Danno e Resp.*, 4, 2000, pp. 446 ss.

CARON C., *Les exceptions au regard du fondement du droit d'auteur en droit français*, in *Les exceptions au droit d'auteur, Etats des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, LUCAS A. - SIRINELLI P. - BENSAMOUN A., Dalloz, 2012.

CARON C., *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 2017.

CARRE S. – VERCKEN G., *Google et la fortune du droit d'auteur*, in *Melanges A. Lucas*, AA. VV., LexisNexis, 2014, pp.119-137.

CARRE S. - GEIGER C. - LAPOUSTERLE J. - MACREZ F. - BOUVEL A. - HASSLER T. - SEUBA X. - BULAYENKO O. - SCHÖNHERR F. - HEMMERLE-ZEMP M., *Response of the CEIPI to the Public Consultation of the European Commission on the Review of the European Union Copyright Rules*, Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper, 1, 2014.

CARROLL M.W., *A Realist Approach to Copyright Law's Formalities*, *Berkeley Technology Law Journal*, 28, 2013, pp. 1511 ss.

CASABURI G., *La Cassazione chiude il caso Zingara, tra diritto, estetica marxista e letteratura, commento Cass. civ. Sez. I, 19 febbraio 2015, n. 3340*, *Dir. Industriale*, 4, 2015, pp. 342 ss.

CASEMAJOR LOUSTAU N., *La contribution triviale des amateurs sur le Web: quelle efficacité documentaire?*, *Études de communication*, 36, 2011.

CASO R., *Plagio, diritto d'autore e rivoluzioni tecnologiche*, Trento Law and Technology Research Group, Research Paper, 10, Febbraio 2012.

CASSIN B., *Google-moi*, Albin Michel, 2007.

CATARINELLA P., *Appunti comparativi sul diritto d'autore in Internet*, *Il diritto d'autore*, 3, 2003, pp. 340-359.

CHANTEPIE P. - LE DIBERDER A., *Révolution numérique et industries culturelles*, La Découverte, 2005.

CHANTEPIE M.P., *Économie du Web 2.0: économie de cotrefaçon ou de Nouvelles gratuités?*, in *Contrefaçon sur internet, Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0.*, *Le droit des affaires*, AA.VV., Propriété intellectuelle, 33, LexisNexis, 2009.

CHAPDELAINE P., *The Ambiguous Nature of Copyright Users' Rights*, *Intellectual Property Journal*, 26, 2013, pp. 1-45.

CHAPDELAINE P., *Copyright User Rights. Contracts and the Erosion of Property*, Oxford University Press, 2017.

CHEVREFILS-DESBIOLLES A., *L'amateur dans le domaine des arts plastiques. Nouvelles pratiques à l'heure du web 2.0*, Département des publics et de la diffusion, Direction générale de la création artistique - Ministère de la culture et de la communication, Mars 2012.

CHIK W.B., *Paying it Forward: The Case for a Specific Statutory Limitation on Exclusive Rights for User-Generated Content Under Copyright Law*, *J. Marshall Rev. Intell. Prop. L.*, 11, 2011, pp. 240 ss.

CHOMIAC DE SAS P.X., *L'exception de parodie pour les dérisions numériques d'œuvres préexistantes*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 131, 2016.

CHRISAM F., *Danno derivante dalla lesione del diritto d'autore sull'opera originaria e reversione degli utili - il commento*, Dir. Industriale, 6, 2015, pp. 556 ss.

CHUANG I., *Be Wary of Adding Your Own Soundtrack: Lenz v. Universal and How the Fair Use Policy Should be Applied to User Generated Content*, Loy. L.A. Ent. L. Rev., 29, 2009, pp. 163 ss.

CLÉMENT-FONTAINE M., *Les Communautés épistémiques en ligne: un nouveau paradigme de la creation*, RIDA, 235, 2013, pp. 113-194.

CLÉMENT-FONTAINE M., *L'œuvre numérique: un élément iconoclaste au sein du droit de la propriété*, in *Les biens numériques*, NETTER E. - CHAIGNEAU A., CEPRISCA, Collection colloques, 2015.

COHEN J.E., *Copyright, Commodification, and Culture: Locating the Public Domain*, Chapter VII, in *The Future of the Public Domain*, GUIBAULT L. - HUGENHOLTZ P.B. (ed.), Kluwer Law International, 2006, pp. 121-166.

COHEN A., *When Does a Work Infringe the Derivative Works Right of a Copyright Owner?*, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, 17, 2011, pp. 623 ss.

COLANGELO G., *La proprietà delle idee*, Il Mulino, 2015.

COLANGELO G. - MAGGIOLINO M., *ISPs' Copyright Liability in the EU Digital Single Market Strategy*, International Journal of Law and Information Technology, 2018.

CONCEPCION C.M., *Beyond the Lens of Lenz: Looking to Protect Fair Use During the Safe Harbor Process Under the DMCA*, *George Mason Law Review*, 18, 1, 2010, pp. 219-244.

COOPER E., *Reassessing the challenge of the digital. An empirical perspective on authorship and copyright*, in *The Work of Authorship*, VAN EECHOUD M. (ed.), Amsterdam University Press, 2014, pp. 175-214.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market. Agreed negotiating mandate*, Interinstitutional File: 2016/0280 (COD), (OR. en) 9134/18, Brussels, 25.5.2018.

COUTANT A. - STENGER T., *Les médias sociaux: une histoire de participation*, *Le Temps des médias*, 18, 2012, pp. 76-86.

CRÉDEVILLE A.E., *L'oeuvre de l'esprit: L'originalité, critère discriminant?*, in *L'oeuvre de l'esprit en question(s), une exercice de qualification*, BENSAMOUN A. - LABARTHE F. - TRICOIRE A. (ed.), Mare & Martine, 2015.

CREWS K.D., *Looking Ahead and Shaping the Future: Provoking Change in Copyright Law*, *Journal of the Copyright Society of the USA*, 49, 2, 2001.

CROSS J.T. - YU P.K., *The Copyright Holdout Problem and New Internet-Based Services*, in *Remuneration of Copyright Owners: Regulatory Challenges of New Business Models*, L. KUNG-CHUNG - R.M. HILTY (ed.), Springer, 2017, pp. 241-256.

CUNNINGHAM S. – CRAIG D., *Social Media Entertainment: The New Intersection of Hollywood and Silicon Valley*, NYU Press, February 2019.

D

DAVIES G., *The EU stance in international matters*, in *EU copyright Law, A Commentary*, STAMATOUDI I. - TORREMANS P. (ed.), Elgar Commentaries, Edward Elgar, 2014.

DE ANGELIS D., *Opera musicale e plagio parziale*, Nuova Giur. Civ., 2006, 11, pp. 1146 ss.

DE ANGELIS D. - DE VECCHI LAJOLO V., *Commerciale o non commerciale? Creative Commons in Italia e Germania*, Dir. Industriale, 5, 2016, pp. 431 ss.

DE BEER J., *Making copyright markets work for creators, consumers and the public interest*, in *What if we could reimagine copyright?*, GIBLIN R. – WEATHERALL K. (ed.), ANU Press, 2017.

DE FILIPPI P., *Repenser le droit à l'ère numérique: entre la régulation technique et la gouvernance algorithmique*, in *Droit et Machine*, GAUTRAIS V. - MOYSE P.E., Éditions Thémis, 2017.

DE HAAS C., *L'imprévisible droit d'auteur*, Thomson Reuters, Propriété intellectuelle, 43, 2012.

DE MARTINO M.G., *Plateformes Web 2.0 et ayants droit: quels accords?*, in *Contrefaçon sur internet, Les enjeux du droit d'auteur sur*

le WEB 2.0., Vv.AA, Le droit des affaires, Propriété intellectuelle, 33, LexisNexis, 2009.

DE MUL J., *The work of art in the age of digital recombination of digital material*, in *Tracing New Media in Everyday Life and Technology*, VAN DEN BOOMEN M. - LAMMES S. - LEHMANN A.S. - RAESSENS J. - SCHÄFER M.T. (ed.), Amsterdam University Press, 2009, pp. 95-106.

DE PRATO G., *Les jeux en ligne: un laboratoire de modèles d'affaires*, Réseaux, 173-174, 2012, pp. 53-75.

DE SANCTIS V.M., *Il carattere creativo delle opere dell'ingegno*, Giuffrè, 1971.

DE SANCTIS V.M., *I soggetti del diritto d'autore*, Giuffrè, 2000.

DE SANCTIS V.M., *Internet e il diritto con particolare riferimento al diritto d'autore, un bilancio provvisorio*, Rivista di diritto commerciale e generale delle obbligazioni, 5, 8, 2001, pp. 321-355.

DE SANCTIS V.M., *La protezione delle opere dell'ingegno*, Giuffrè, 2004.

DE SANTIS F., *Verso una riforma del diritto d'autore. Libertà di ricerca e libera circolazione della conoscenza*, Rivista diritto industriale, 2, 2013, pp. 118 ss.

DE WERRA J., *La création d'un droit européen des contrats de licence: quelques réflexions sur l'arrêt Pie Optiek de la Court de justice de l'Union européenne*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, AA. VV., LexisNexis, 2014, pp. 801-812.

DE ZWART M., “Someone is angry on the internet”: *copyright, creativity and control in the context of fan fiction*, in *Research handbook on Intellectual Property in Media and Entertainment*, RICHARDSON M. - RICKETSON S. (ed.), Edward Elgar, 2017.

DEJEAN S., *La gratuité est-elle une fatalité sur les marchés numériques? Une étude sur le consentement à payer pour des offres de contenus audiovisuels sur internet*, *Economie & prévision*, 194, 2010, pp. 15-32.

DEMAZIÈRE D., *Les mondes de la gratuité à l'ère du numérique: une convergence problématique sur les logiciels libres*, *Revue Française de Socio- Économie*, 1, 2008, pp. 47-65.

DERCLAYE E., *Tim Taylor, Happy IP: aligning intellectual property rights with well-being*, *I.P.Q.*, 1, 2015, pp. 1-14.

DERIEUX E. - GRANCHET A., *Réseaux sociaux en ligne, Aspects juridiques et déontologique*, Lamy, 2013.

DI COCCO C., *Multimedialità e diritto d'autore*, *Dir. Internet*, 2007, pp. 3 ss.

DI FORTUNATO E. - PAOLINELLI M., *Autori nella rete. Come l'accesso libero alle opere dell'ingegno in rete rischia di trasformarsi nella fine della libertà della cultura*, *LEA - Lingue e letterature d'Oriente e d'Occidente*, 1, 1, 2012, pp. 519 ss.

DIETZ A., *Protection of creative people via copyright – The five pillars of modern continental European copyright law (authors' rights law)*, *RIDA*, 243, 2015, pp. 100-173.

DIMINO M.R. - EVANS T.M. - SANTO N.M., *Internet expression in the*

21st century: where technology & law collide, Widener Law Journal, 19, 3, 2010, pp. 789 ss.

DINWOODIE G.B., *Private Ordering and the Creation of International Copyright Norms: The Role of Public Structuring*, Journal of Institutional and Theoretical Economics, 1, 2004, pp. 160 ss.

DINWOODIE G.B., *Diversifying perspectives of the international intellectual property system*, in *The intellectual property system in a time of change: European and international perspectives*, GEIGER C. (ed.), Lexis Nexis, 2016, pp. 225-233.

DOAGOO C., *Canadian Copyright: A Citizen's Guide*, 2nd ed. Laura J. Murray & Samuel E. Trosow (*Between the Lines: Toronto, 2013*), I.P.J., 304, 2015, pp. 27 ss.

DOBUSCH L., *Input paper: Need for new regulation to enhance creativity in the digital age: The case of user-generated content and cultural heritage institutions*, Baku Conference, 4th-5th July 2014.

DREXL J., *An institutional perspective on the European Intellectual Property system: Will it get any better?*, in *The intellectual property system in a time of change: European and international perspectives*, GEIGER C. (ed.), Lexis Nexis, 2016, pp. 71-101.

DREYER E., *L'amateur sur Internet, ou le blog rattrapé par le droit...*, Legicom, 41, 2008, pp. 17-34.

DUMONT B. - HOLMES P., *Quelle alternatives au mouvement d'enclosures de la propriété intellectuelle?*, Réseaux, 110, 6, 2001, pp. 16-40.

DUSOLLIER S., *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, Larcier, 2005.

DUSOLLIER S., *The Master's Tools v. The Master's House: Creative Commons v. Copyright*, Columbia Journal of Law & Arts, 2006, 29, pp. 271-293.

DUSOLLIER S., *Sharing Access to Intellectual Property Through Private Ordering*, Chicago-Kent Law Review, 82, 2007, pp. 1391 ss.

DUSOLLIER S., *The relations between copyright law and consumers' rights from a European perspective*, European Parliament Publication, 2010.

DUSOLLIER S., *Pruning the European Intellectual Property Tree – In Search of Common Principles and Roots*, in *Constructing European Intellectual Property: Achievements and New Perspectives*, GEIGER C. (ed.), Edward Elgar Publishing, 2012.

DUSOLLIER S., *Intermédiaires et plateformes de l'Internet, cet éléphant dans le salon du droit d'auteur*, in *La réforme du droit d'auteur dans la société de l'information*, BENSAMOUN A. (ed.), Mare & Martin, 2018, pp. 165-201.

E

EDELMAN B., *Entre copyright et droit d'auteur: l'intégrité de l'oeuvre de l'esprit*, Recueil Dalloz, 1990, pp. 295-302.

ELKIN-KOREN N., *Governing Access to User-Generated-Content: the changing nature of private ordering in digital networks*, in *Governance, Regulations and powers on the internet*, BROSSEAU E. – MARZOUKI M. – MEADEL C. (ed.), Cambridge University Press, 2009.

ELKIN-KOREN N., *User-Generated Platforms*, in *Working within the boundaries of Intellectual Property*, DREYFUSS R. - ZIMMERMAN D.L. - FIRST H. (ed.), Oxford University Press, 2010.

ELKIN-KOREN N., *Tailoring Copyright To Social Production*, *Copyright Culture, Copyright History*, *Theoretical Inquiries L.*, 12, January 2011, pp. 309 ss..

ELKIN-KOREN N., *Can Formalities Save the Public Domain? Reconsidering Formalities for the 2010s*, *Berkeley Technology Law Journal*, 28, 2013, pp. 1537 ss.

ELKIN-KOREN N., *Affordances of Freedom: Theorizing the Rights of Users in the Digital Era*, *Jerusalem Review of Legal Studies*, 2013.

ELKIN-KOREN N., *Fair Use by Design*, *UCLA Law Review*, 64, 2017, pp. 22 ss.

ELKIN-KOREN N. – PEREL M., *Algorithmic governance by online intermediaries*, in *Oxford Handbook of International Economic Governance and Market Regulation*, BROSSEAU E. – GLACHANT J.M. – SGARD J. (ed.), Oxford University Press, 2018.

ENGLISCH O. – PRIORA G., *Safe harbour protection for online video platforms: a time to say goodbye? Analysis of judgements by Italian and German courts on the liability of YouTube for copyright infringements*, *MediaLaws*, 2, 2019.

ENRICH E., *Transformation de l'oeuvres préexistantes: comics, remakes, parodies et biopics*, Gazette du Palais, 129, 2004, pp. 41 ss.

ERICKSON K., *User illusion: ideological construction of "user-generated content" in the EC consultation on copyright*, Internet Policy Review, 3, 4, 2014.

ERICKSON K. - KRETSCHMER M. - MENDIS D., *Copyright and the Economic Effects of Parody: An Empirical Study of Music Videos on the You Tube Platform and an Assessment of the Regulatory Options*, UK Intellectual Property Office, Intellectual Property Office Research Paper, 24, 2013.

ERICKSON K. - KRETSCHMER M., *"This Video is Unavailable": Analyzing Copyright Takedown of User-Generated Content on YouTube*, JIPITEC, 9, 2018.

ERICKSON K. - VARINI A. - KRETSCHMER M.- HASSANI H., *The reasons for copyright takedown on YouTube, and what they tell us about copyright exceptions*, EURO CPR Conference, Brussels, 24th-25th March 2014.

EUGENI R., *Semiotica dei media, forme dell'esperienza*, Carocci editore, 2010.

EUROPEAN COMMISSION, *Follow-up to the Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society*, COM(96) 568, final, Brussels, 20.11.1996.

EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society Explanatory*

Memorandum, Proposal for a Directive on the Harmonisation of Copyright and Related Rights in the Information Society, COM(97) 628 final, 97/0359 (COD), Brussels, 10.12.1997.

EUROPEAN COMMISSION, *Un Mercato Unico Per l'Europa Del XXI Secolo*, COM(2007) 724 def., Brussels, 20.11.2007.

EUROPEAN COMMISSION, *Green Paper "Copyright in the Knowledge Economy"*, COM(2008) 466 final, Brussels, 16.7.2008.

EUROPEAN COMMISSION, *Communication From The Commission Copyright in the Knowledge Economy*, COM(2009) 532 final, Brussels, 19.10.2009.

EUROPEAN COMMISSION, *Un Mercato Unico dei Diritti di Proprietà Intellettuale, Rafforzare la creatività e l'innovazione per permettere la creazione di crescita economica, di posti di lavoro e prodotti e servizi di prima qualità in Europa*, COM(2011) 287 def., Brussels, 24.5.2011.

EUROPEAN COMMISSION, *On content in the Digital Single Market*, COM(2012) 789 final, Brussels, 18.12.2012.

EUROPEAN COMMISSION, *Licences for Europe. Ten pledges to bring more content online*, Brussels, November 2013.

EUROPEAN COMMISSION, *Public Consultation on the review of the EU copyright rules*, Brussels, 5.12.2013.

EUROPEAN COMMISSION, *Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules*, Brussels, 2014.

EUROPEAN COMMISSION, *White Paper: A copyright policy for creativity and innovation in the European Union*, Brussels, 2014.

EUROPEAN COMMISSION, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM(2015) 192 final, Brussels, 6.5.2015.

EUROPEAN COMMISSION, *Towards a modern, more European copyright framework*, COM(2015) 0626 final, Brussels, 9.12.2015.

EUROPEAN COMMISSION, *State of the Union 2016: Questions and answers on the modernisation of EU copyright rules for the digital age*, Strasbourg, 14.9.2016.

EUROPEAN COMMISSION, *Online Platforms and the Digital Single Market: Opportunities and Challenges for Europe*, COM(2016), 288 final, Brussels, 25.5.2016.

EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market*, COM(2016) 593 final, Brussels, 14.9.2016.

EUROPEAN COMMISSION, *Sintesi Della Valutazione D'impatto sulla modernizzazione delle norme UE in materia di diritto d'autore che accompagna il documento "Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale" e "Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce norme relative all'esercizio del diritto d'autore e dei diritti connessi applicabili a talune trasmissioni online degli organismi di diffusione radiotelevisiva e ritrasmissioni di programmi televisivi e radiofonici"*, COM(2016) 594 final, SWD(2016) 301 final, SWD(2016) 302 final, Brussels, 14.9.2016.

EUROPEAN COMMISSION, *Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online*, COM(2017) 555 final, Brussels, 28.9.2017.

EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *General Opinion on the EU Copyright Reform Package*, 24 January 2017, <https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/ecs-opinion-on-eu-copyright-reform-def.pdf>

EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Opinion on Reference to CJEU in Case C-476/17, Pelham GmbH v Hütter ('Metall auf Metall')*, 2019, https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2019/02/ecs-opinion-metall-auf-metall_final_rev.pdf

EUROPEAN PARLIAMENT, *Relazione sull'attuazione 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*, (2014/2256(Ini)), Commissione Giuridica, Julia Reda, A8-0209/2015, 24.6.2015.

EUROPEAN PARLIAMENT, *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale, Emendamenti del Parlamento europeo, approvati il 12 settembre 2018, alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*, (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD) P8_TA-PROV(2018)0337.

EVANS T.M., *User "Safer Harbor" from Statutory Damages: Remixing the DOC's IP Task Force White Paper*, San Diego L. Rev., 54, 2017, pp. 79 ss.

F

FABIANI M., *L'attuazione della Direttiva CE su diritto d'autore nella società dell'informazione. Un'analisi comparativa*, Diritto d'Autore, 3, 2003, pp. 331 ss.

FABIANI M., *Diritto d'autore e diritti degli artisti, interpreti ed esecutori*, Giuffrè, 2004.

FABIANI M., *Le eccezioni e le limitazioni ai diritti degli autori nella Direttiva 2001/29/CE e nella sua attuazione nei Paesi della Comunità*, Diritto d'Autore, 2, 2005.

FALCE V., *Direttiva Copyright 2019: fair use ed eccezioni al copyright tra esigenze di "apertura" e necessità di indirizzo*, Filodiritto, 22 luglio 2019.

FALLETTI E., *I social network: primi orientamenti giurisprudenziali*, Corriere Giur., 7, 2015, pp. 992 ss.

FARCHY J., *Le droit d'auteur est-il soluble dans l'économie numérique?*, Réseaux, 110, 6, 2001, pp. 16-40.

FARCHY J., *Are free licences suitable for cultural works?*, European Intellectual Property Review, 31, 5, 2009, pp. 255 ss.

FARCHY J., *Economics of Sharing Platforms: What's Wrong with Cultural Industries?*, in *The YouTube Reader*, SNICKARS P. - VONDERAU P. (ed.), 2009, pp. 360-371.

FARCHY J. - MÈADEL C. - SIRE G., *La Gratuité, à quel prix?*, Presses des Mines, Les cahiers de l'EMNS, 2015.

FARRAND B., *The digital agenda for Europe, the economy and its impact upon the development of EU copyright policy*, in *EU copyright*

Law, A Commentary, STAMATOUDI I. - TORREMANS P. (ed.), Elgar Commentaries, Edward Elgar, 2014.

FICSOR M.J., *The Law of Copyright and the Internet*, Oxford University Press, 2002.

FICSOR M.J., *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties administered by WIPO and glossary of Copyright and Related Terms*, WIPO, 2003.

FICSOR M.J., *Comments on the UGC provisions in the Canadian Bill C-32*, 2010, <http://www.copyrightseesaw.net/en/papers>

FICSOR M.J., *The hurried idea of the “European Copyright Code” in the light of the EU’s (desirable) cultural and copyright policy*, 2012, <http://www.copyrightseesaw.net/en/papers>

FICSOR M.J., *Short paper on the three-step test for the application of exceptions and limitations in the field of copyright*, 2018, <http://www.copyrightseesaw.net/en/papers>

FINOCCHIARO G., *L’equilibrio Titolare/Users nel diritto d’autore dell’Unione Europea*, *Diritto dell’Informazione e dell’Informatica*, 3, 2016, pp. 499 ss.

FISHER W.W.III, *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*, Stanford University Press, 2007.

FISHMAN J.P., *Creating Around Copyright*, *The Harvard Law Review Association*, 128, 5, March 2015.

FLEUTIAUX M.J., *Web 2.0 et contrefaçon de droit d’auteur; de nouveaux outils pour de nouveaux usages*, in *Contrefaçon sur internet*,

Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0., AA.VV., Le droit des affaires, Propriété intellectuelle, 33, LexisNexis, 2009.

FLOURENS C., *Favoriser créativité et innovation*, Juris art, 47, 2017, pp. 38-39.

FOUCAULT M., *Qu'est -ce qu'un auteur?*, Michel Foucault Dits Ecrits, I, 69, 1969.

FRANCESCHELLI V., *Digital single market, diritto d'autore e "società dell'informazione a pagamento"*, Rivista di Diritto Industriale, 6, 2015, pp. 247 ss.

FROSIO G., *Communia Final Report*, March 2011.

FROSIO G., *Rediscovering Cumulative Creativity From the Oral Formulaic Tradition to Digital Remix: Can I Get a Witness?*, J. Marshall Rev. Intell. Prop. L., 13, 2014, pp. 341 ss.

FROSIO G., *Reforming Intermediary Liability In The Platform Economy: A European Digital Single Market Strategy*, Northwestern University Law Review, 112, 2017.

FROSIO G., *Re-Imagining Digital Copyright Through the Power of Imitation: Lessons from Confucius and Plato*, Peking University Transnational Law Review, 5, 1, 2017.

FROSIO G., *Resisting the Resistance: Resisting Copyright and Promoting Alternatives*, Rich. J.L. & Tech., 23, 2017.

FROSIO G., *Reconciling Copyright with Cumulative Creativity. The Third Paradigm*, CEIPI Studies in Intellectual Property, Edward Elgar, 2018.

FROSIO G., *To Filter or Not to Filter? That Is the Question in EU Copyright Reform*, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 36, 2, 2018, pp. 101-138.

FROSIO G., *Reforming the C-DSM Reform: a User-Based Copyright theory for Commonplace Creativity*, November 2019.

FROSIO G. - HUSOVEC M., *Accountability and Responsibility of Online Intermediaries*, in *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, FROSIO G. (ed.), Oxford University Press, 2019.

FROSIO G. - MENDIS S., *Monitoring and Filtering: European Reform or Global Trend?*, in *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, FROSIO G., OUP, 2019; Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper, 5, 2019.

G

GALLAGHER O., *Reclaiming critical remix video*, Routledge, 2018.

GALOPIN B., *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, IRPI, 2012.

GARCIA R. – HOFFMEISTER T., *Social Media Law, in a nutshell*, West Academic Publishing, 2017.

GASSER U., *Legal Frameworks and Technological Protection of Digital Content: Moving Forward towards a Best Practice Model*, *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 17, 1, 2, XVII, 2006, pp. 101 ss.

GATTI S., *Copyright and the challenges of new technologies*, in *Studi in tema di diritto d'autore*, GATTI S., Giuffrè, 2008, pp. 25-41.

GAUTIER P.Y., *Le contenu généré par l'utilisateur*, Legicom, 41, 2008, pp. 7-9.

GAUTIER P.Y., *Les exceptions au regard du droit de l'Union européenne*, in *Les exceptions au droit d'auteur, Etats des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, LUCAS A. - SIRINELLI P. - BENSAMOUN A., Dalloz, 2012.

GAUTIER P.Y., *Propriété littéraire et artistique*, 10 édition, PUF, 2017.

GEIGER C., "Constitutionalising" Intellectual Property Law? *The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union*, *International review of industrial property and copyright law (IIC)*, 37, 4, January 2006.

GEIGER C., *Legalize it? Quelques réflexions sur la mise en œuvre du droit d'auteur dans le contexte de l'utilisation non autorisée des œuvres sur internet*, in *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, AA.VV., Collection of the CEIPI, 61, LexisNexis, Paris 2014, pp. 167-185.

GEIGER C., *Implementing intellectual property provisions in human rights instruments: towards a new social contract for the protection of intangibles*, in *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, GEIGER C. (ed.), Edward Elgard, 2015, pp. 661-689.

GEIGER C., *The Role of the Court of Justice of the European Union: Harmonizing, Creating and sometimes Disrupting Copyright Law in*

the European Union, in *New Developments in EU and International Copyright Law*, STAMATOUDI I.A. (ed.), Wolters Kluwer, 2016.

GEIGER C., *Copyright as an access right: Securing cultural participation through the protection of creators' interests*, in *What if we could reimagine copyright?*, GIBLIN R. – WEATHERALL K. (ed.), ANU Press, 2017.

GEIGER C., *Freedom of Artistic Creativity and Copyright Law: A Compatible Combination?*, UC Irvine Law Review, 8, 3, 2018, pp. 413-458; Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper, 8, 2017.

GEIGER C., *“Fair Use” through Fundamental Rights in Europe: When Freedom of Artistic Expression allows Creative Appropriations and Opens up Statutory Copyright Limitations*, Center for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper, 9, 2018.

GEIGER C. - FROSIO G. - BULAYENKO O., *Opinion of the CEIPI on the European Commission's Proposal to Reform Copyright Limitations and Exceptions in the European Union*, Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper, 9, 2017.

GEIGER C. - FROSIO G. - BULAYENKO O., *The EU Commission's proposal to reform copyright limitations: a good but far too timid step in the right direction*, E.I.P.R., 40, 1, 2018, pp. 4-15.

GEIGER C. - FROSIO G. - IZYUMENKO E., *Intermediary Liability and Fundamental Rights*, in *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, FROSIO G. (ed.), OUP, 2019; Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper, 6, 2019.

GEIGER C. - GERVAIS D. - SENFTLEBEN M., *The three-step test revisited: how to use the test's flexibilities in national copyright law*, Am. U. Int'l L. Rev., 29, 2014, pp. 581-626.

GEIGER C. – HILTY R. – GRIFFITHS J. – SUTHERSANEN U., *Declaration A Balanced Interpretation Of The “Three-Step Test” In Copyright Law*, JIPITEC, 119, 2010.

GEIGER C. – IZYUMENKO E., *Copyright on the Human Rights' Trial: Redefining the Boundaries of Exclusivity Through Freedom of Expression*, International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC), 45, 3, May 2014, pp. 316-342.

GEIGER C. – IZYUMENKO E., *Towards a European “fair use” grounded in freedom of expression*, Center for International Intellectual Property Studies Research Paper, 2, 2019.

GEIGER C. – IZYUMENKO E., *The constitutionalization of intellectual property law in the EU and the Funke Medien, Pelham and Spiegel Online decisions of the CJEU: Progress, but still some way to go!*, Center for International Intellectual Property Studies Research Paper, 9, 2019.

GEIGER C. - SCHONHERR F. - STAMATOUDI I. - TORREMANS P., *The Information Society Directive*, in *EU copyright Law, A Commentary*, STAMATOUDI I. - TORREMANS P. (ed.), Elgar Commentaries, Edward Elgar, 2014.

GELLER P.E., *International Copyright: an introduction*, in *International Copyright Law and Practice*, GELLER P.E. - NIMMER M.B., BENTLY L., LexisNexis, 2017.

GENDREAU Y., *La réforme de la loi canadienne sur le droit d'auteur: dans l'esprit du temps?*, RIDA, 239, 2014, pp. 189-259.

GENDREAU Y., *User-generated Content and Other Digital Copyright Challenges: A North American Perspective*, in *Droit d'auteur 4.0*, DE WERRA J. (ed.), Schulthess, 2018.

GEORGE C. - SCERRI J., *Web 2.0 and User-Generated Content: legal challenges in the new frontier*, Journal of Information, Law and Technology, 2, 2007.

GERAUD D., *Le copyleft: un ver dans le verger des titulaires de droit*, Réseaux, 110, 6, 2001, pp. 16-40.

GERVAIS D.J., *Making Copyright Whole: A Principled Approach to Copyright Exceptions and Limitations*, U. Ottawa L. & Tech. J., 5, 2008.

GERVAIS D.J., *The Tangled Web of UGC: Making Copyright Sense of User-Generated Content*, Vand. J. Ent. & Tech. L., 11, 2008-2009, pp. 841 ss.

GERVAIS D.J., *User-Generated Content and Music File-Sharing: A Look at Some of the More Interesting Aspects of Bill C-32*, in *From "Radical Extremism" To "Balanced Copyright": Canadian Copyright And The Digital Agenda*, GEIST M. (ed.), Irwin Law, 2010, pp. 447 ss.

GERVAIS D.J., *The Derivative Right: Or Why Copyright Law Protects Foxes Better than Hedgehogs*, Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law, 4, 2015, pp. 785-855.

GERVAIS D.J., *Originalité(s)*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, pp. 389-400.

GERVAIS D.J., *Human rights and the philosophical foundations of intellectual property*, in *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, GEIGER C. (ed.), Edward Elgard, 2015, pp. 89-97.

GERVAIS D.J., *(Re)structuring Copyright, A comprehensive path to international copyright reform*, Edward Elgar, 2017.

GERVAIS, D.J. - DASHIELL, R., *The Future of United States Copyright Formalities: Why We Should Prioritize Recordation, and How to Do It*, Berkeley Technology Law Journal, 28, 2013.

GHIDINI G., *Profili evolutivi del diritto industriale: innovazione, concorrenza, benessere dei consumatori, accesso alle informazioni*, Giuffrè, 2008.

GHIDINI G., *Exclusion and access in copyright law: the unbalanced features of the European directive “on information society”*, Rivista diritto industriale, 1, 2013.

GHIDINI G., *Opera dell’ingegno: più libertà per i “derivati culturali”*, Quaderni di Diritto, Mercato, Tecnologia, 1, IV, Gennaio/Marzo 2014, pp. 99 ss.

GHIDINI G., *Rethinking intellectual property. Balancing Conflicts of Interest in the Constitutional Paradigm*, Rethinking Law series, Edward Elgar, 2018.

GHIDINI G. - BANTERLE F., *A Critical View on the European Commission’s Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, Giurisprudenza Commerciale, 6, 2018, pp. 921-933.

GIBSON J., *Once and Future Copyright*, Notre Dame L. Rev., 81, 2005, pp. 167 ss.

GINSBURG J.C., *Authors and Users in Copyright*, Journal of the Copyright Society of the USA, 45, 1997, pp. 1 ss;

GINSBURG J.C., *Legal Protection of Technological Measures Protecting Works of Authorship: International Obligations and the US Experience*, Columbia Journal of Law & the Arts, 29, 2005.

GINSBURG J.C., *Contracts, Orphan Works, and Copyright Norms: What Role for Berne and TRIPs?*, Columbia Public Law Research Paper, 200, 2009.

GINSBURG J.C., *User-Generated Content Sites and Section 512 of the US Copyright Act*, in *Copyright Enforcement And The Internet*, STAMTOUDI I.A. (ed.), Kluwer Law International, 2010.

GINSBURG J.C., *European Copyright Code - Back to First Principles (with Some Additional Detail)*, Auteurs et Medias, 2011.

GINSBURG J.C., *Chronique des États-Unis. 2 ème partie-Droits exclusifs, exceptions et respect incertain des normes internationales*, Revue Internationale du Droit d'Auteur (RIDA) 2014, pp. 174-279.

GINSBURG J.C., *Berne-Forbidden Formalities and Mass Digitization*, Boston University Law Review, 96, 2016.

GINSBURG J.C., *Overview of Copyright Law, Forthcoming*, in *Oxford Handbook of Intellectual Property*, DREYFUSS R. – PILA J. (ed.), 2016.

GOLDMAN K. A., *Limited Times: Rethinking the Bounds of Copyright Protection*, U. Pa. L. Rev., 154, 2006, pp. 705-739.

GOLDSTEIN P., *Derivative Rights and Derivative Works in copyright*, J. Copyright Soc'y U.S.A, 30, 1983, pp. 209-252.

GOLDSTEIN P., *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, Oxford University Press, 2001.

GOLDSTEIN P., *Fair Use in Context*, Colum. J.L. & Arts, 31, 2008, pp. 433 ss.

GOLDSTEIN P., *Goldstein on Copyright*, Third Edition, Walters Kluwer, 2013.

GOLDSTEIN P. – HUGENHOLTZ P.B., *International Copyright, Principles, Law, and Practice*, Oxford University Press, 2013.

GORDON W.J., *Excuse and justification in the law of fair use: commodification and market perspectives*, in *The commodification of information: social, political, and cultural ramifications*, NETANEL N. - ELKIN-KOREN N. (ed.), Kluwer International, 2002.

GORGONI A., *I limiti alla critica, alla satira e all'esercizio dell'arte*, *Obbl. e Contr.*, 2010, pp. 7 ss.

GOTZEN F., *Une approche synthétique des exceptions au droit d'auteur dans le droit de l'Union européenne*, in *Les exceptions au droit d'auteur, Etats des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, LUCAS A., SIRINELLI P. - BENSAMOUN A. (ed.), Dalloz, 2012.

GOWERS A., *Gowers Review of Intellectual Property*, TSO, December 2006.

GRAEME W.A., *Symposium: Metamorphosis of Artists' Rights in the Digital Age, Keynote Address*, Colum. J.L. & Arts, 28, 2005, pp. 397 ss.

GRAS S.E., *L'innovation en conflit: les plateformes collaboratives de musique sur Internet*, Hermès, La Revue, 50, 2008, pp. 121-127.

GRAY M., *Copyright Infringement and the First Amendment: User-Generated Content and DMCA Interpretation - Youtube. I Tube. We All Tube*, April 15, 2018.

GRECO P. - VERCELLONE P., *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Trattato di diritto civile italiano*, VASSALLI F. (ed.), UTET, Torino, 1977.

GREENBERG M.H., *Comic Art, Creativity and the Law*, Elgar Law and Entrepreneurship, 2014.

GREFFE X., *Économie de la propriété artistique*, Economica, 2005.

GREFFE X. - SONNAC N., *Culture web. Création, contenus, économie numérique*, Dalloz, 2008.

GRIFFITHS J., *The role of the Court of Justice in the development of European Union copyright law*, in *EU copyright Law, A Commentary*, STAMATOUDI I. - TORREMANS P. (ed.), Elgar Commentaries, Edward Elgar, 2014.

GRIFFITHS J., *Fair dealing after Deckmyn*, in *Research handbook on Intellectual Property in Media and Entertainment*, RICHARDSON M, - RICKETSON S. (ed.), Edward Elgar Publishing Limited, 2017, pp. 64-101.

GRIFFITHS J., *European Union Copyright Law and the Charter of Fundamental Rights – Advocate General Szpunar's Opinions in (C-469/17) Funke Medien, (C-476/17) Pelham GmbH and (C-516/17) Spiegel Online*, ERA Forum, 2019.

GRIFFITHS J. - GEIGER C. - SENFTLEBEN M. - XALABARDER R. - BENTLY L.A. - DERCLAYE E. - DINWOODIE G.B. - DREIER T. - DUSOLLIER S. - HILTY R. - HUGENHOLTZ P.B. - JANSSENS M.C. - KRETSCHMER M. - METZGER A. - PEUKERT A. - RICOLFI M. - ROGNSTAD O.A. - STROWEL A. M., *Limitations and Exceptions as Key Elements of the Legal Framework for Copyright in the European Union – Opinion on the Judgment of the CJEU in Case C-201/13 Deckmyn*, 2015.

GROFFE J., *Droit moral et liberté de création*, RIDA, 253, juillet, 2017.

GUELLIER P., *La pratique amateur, un droit fondamental?*, Juris art, 20, 2015, pp. 23-25.

GUIBAULT L., *The Exceptions And Limitations To Copyright 'Limitations Found Outside Of Copyright Law'. General Report*, ALAI Study Days, Cambridge, September 14-17, 1998.

GUIBAULT L. - QUINTAIS J.P., *Copyright, technology and the exploitation of audiovisual works in the EU*, in *The Influence of New Technologies on Copyright*, IRIS plus, 4, 2014.

GUIBAULT L. - WESTKAMP G. - HUGENHOLTZ B. - VAN EECHOUDE M. - HELBERGER N. - STEIJGER L. - ROSSINI M. - DUFFT N. - BOHN P., *Study On The Implementation And Effect In Member States' Laws Of Directive 2001/29/EC On The Harmonisation Of Certain Aspects Of Copyright And Related Rights In The Information Society, Final Report*, Institute for Information Law (IViR) Report to the European Commission, DG Internal Market, February 2007; Amsterdam Law School Research Paper, 28, 2012; Institute for Information Law Research Paper, 23, 2012.

GUILLEMOT S. - GOURMELEN A. - KOVESI K. - TAMARO A., *Les objets numériques: perception des utilisateurs et tactiques d'appropriation*, Terminal, 117, 2015.

GURRY F., *Developments in the international intellectual property system*, in *The intellectual property system in a time of change: European and international perspectives*, GEIGER C. (ed.), Lexis Nexis, 2016, pp. 58-66.

GUZMAN F., *The Tension between Derivative Works Online Protected by Fair Use and the Takedown Provisions of the Online Copyright Infringement Liability Limitation Act*, Nw. J. Tech. & Intell. Prop., 13, 2015, pp. 181 ss.

H

HAFKESBRINK J. - SCHROLL M., *Innovation 3.0: embedding into community knowledge - collaborative organizational learning beyond open innovation*, Journal of Innovation Economics & Management, 7, 2011, pp. 55-92.

HALBERT D., *Mass Culture and the Culture of the Masses: A Manifesto for User-Generated Rights*, Vand. J. Ent. & Tech. L., 11, 2009, pp. 934-953.

HANDKE C., *Economic Effects Of Copyright. The Empirical Evidence So Far*, April 2011.

HARDY I.T., *The Proper Legal Regime for “Cyberspace”*, William & Mary Law School, Faculty Publications, 656, 1994.

HARGREAVES I., *Digital Opportunity, A Review of Intellectual Property and Growth*, May 2011.

HAYEK F.A., *Individualism and Economic Order*, University of Chicago Press, 1948.

HEBB M., *UGC and Fan Fiction: Rethinking Section 29.21*, I.P.J., 26, 2014, pp. 237 ss.

HELBERGER N. - GUIBAULT L. - JANNSEN E.H. - VAN EIJK N.A.N.M. - ANGELOPOULOS C.J. - VAN HOBOKEN J.V.J., *Legal aspects of UCC*, IViR, 2008.

HETCHER S.A., *User-Generated Content and the Future of Copyright: Part One-Investiture of Ownership*, Vand. J. Ent. & Tech. L., 10, 2007-2008, pp. 863 ss.

HETCHER S.A., *User-Generated Content and the future of copyright: Part Two-Agreements between Users and Mega-Sites*, Santa Clara Computer & High Tech. L.J., 24, 2008, pp. 829 ss.

HETCHER S.A., *Using Social Norms to Regulate Fan Fiction and Remix Culture*, The Foundations of Intellectual Property Reform, University of Pennsylvania Law Review, 157, 6, Jun. 2009, pp. 1869-1935.

HEYMAN L.A., *Everything is Transformative: Fair Use and Reader Response*, Colum. J.L. & Arts, 31, 2008, pp. 445 ss.

HICKEY K.J., *Copyright Paternalism*, Vand. J. Ent. & Tech., 19, 2017.

HILTY R.M., *IP and private ordering*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper, 15, 2016.

HILTY R.M. - KOKLU K., *Limitations and Exceptions to Copyright in the Digital Age. Four Cornerstones for a Future-Proof Legal Frameworks in the EU*, in *New Developments in EU and International Copyright Law*, STAMATOUDI I.A. (ed.), Wolters Kluwer, 2016.

HILTY R.M. - MOSCON V., *Modernisation of the EU Copyright Rules Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper, 12, September 18, 2017.

HILTY R.M. – MOSCON V., *Permitted Uses in Copyright Law. Is There Need for an International Instrument?*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper, 14, 2018.

HILTY R.M. – NÉRISSON S., *Balancing Copyright – A survey of national approaches*, Springer, 2012.

HOROWITZ S.J., *A free speech theory to copyright*, Stan. Tech. L. Rev., 2, 2009.

HOROWITZ S.J., *Copyright's Asymmetric Uncertainty*, University of Chicago Law Review, 2012, pp. 333-385.

HUANG N. - BURTCH G. - GU B. - HONG Y. - LIANG C. - WANG K. - FU D. - YANG B., *Motivating User-Generated Content with Performance Feedback: Evidence from Randomized Field Experiments*, Management Science, May 21, 2017.

HUGENHOLTZ P.B., *Copyright and Freedom of Expression in Europe*, in *Expanding The Boundaries Of Intellectual Property, Innovation*

Policy For The Knowledge Society, DREYFUSS R.C. - ZIMMERMAN D.L. - FIRST H. (ed.), Oxford University Press, 2001.

HUGENHOLTZ P.B., *Codes of conduct and copyright enforcement in cyberspace*, Institute for Information Law Research Paper, 35, 2012.

HUGENHOLTZ P.B., *Flexible Copyright: Can EU Author's Right Accommodate Fair Use?*, in *New Developments in EU and International Copyright Law*, STAMATOUDI I.A. (ed.), Wolters Kluwer, 2016, pp. 419 ss.

HUGENHOLTZ P.B., *Flexible Copyright: Can EU Author's Right Accommodate Fair Use?*, in *Copyright law in an age of limitations and exceptions*, OKEDIJI R.L. (ed.), Cambridge University Press, 2017, pp. 275-291.

HUGENHOLTZ P.B. - SENFTLEBEN M.R.F., *Fair Use in Europe. In search of flexibilities*, IViR, 2011.

HUGENHOLTZ P.B. - VAN EECHOUDE M. - VAN GOMPEL S. - GUIBAULT L. - HELBERGER N. - ROSSINI M. - STEIJGER L. - DUFFT N. - BOHN P., *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy. Final Report*, Institute for Information Law (IVIR), November 2006.

HUNTER D. – LOBATO R. – RICHARDSON M. – THOMAS J., *Amateur media*, Routledge, 2013.

HUSOVEC M., *The Promises of Algorithmic Copyright Enforcement: Takedown or Staydown? Which is Superior? And Why?*, *Columbia Journal of Law & the Arts*, 2018, pp. 53-84.

HUSOVEC M. - QUINTAIS J.P., *How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms*, October 1, 2019.

I

IZYUMENKO E., *The Freedom of Expression Contours of Copyright in the Digital Era: A European Perspective*, *The journal of world intellectual property*, 19, 3th-4th July 2016, pp. 115-130.

J

JACOB R., *Parody and IP Claims: a defence? – a right to parody?*, in *Intellectual Property at the Edge. The contested contours of IP*, DREYFUSS R.C. - GINSBURG J.C., Cambridge Intellectual Property and Information Law, 2014, pp. 427-440.

JACQUES S., *The parody exception in copyright law*, Oxford University Press, 2019.

JACQUES S. - GARSTKA K. - HVIID M. - STREET J., *Automated anti-piracy systems as copyright enforcement mechanism: a need to consider cultural diversity*, *E.I.P.R.*, 40, 4, 2018, pp. 218-229.

JAMAR S.D., *Crafting Copyright Law to Encourage and Protect User-Generated Content in the Internet Social Networking Context*,

Symposium - Internet Expression in the 21st Century: Where Technology and Law Collide, Widener L.J., 19, 2009-2010, pp. 843 ss.

JEANNENEY J.N., *La culture gratuite? Illusions et hypocrisies*, Le Débat, 4, 146, 2007, pp. 158-170.

JENKINS H., *Convergence Culture. Where Old and New Media Collide*, New York University Press, 2006.

JENSEN C., *The More Things Change, the More They Stay the Same: Copyright, Digital Technology, and Social Norms*, Stanford Law Review, 56, 2, 2003, pp. 531-570.

JOHNSON D.R. - POST D.G., *Law and Borders - the Rise of Law in Cyberspace*, Stanford Law Review, 48, 1996, pp. 1367 ss.

JONGSMA D., *Parody after Deckmyn. A Comparative Overview of the Approach to Parody Under Copyright Law in Belgium, France, Germany and the Netherlands*, International Review of Intellectual Property and Competition Law, 48, 2017, pp. 652-682.

JONGSMA D., *AG Szpunar on Copyright's Relation to Fundamental Rights: One Step Forward and Two Steps Back?*, IPRinfo, 1, 2019.

JÜTTE B.J., *The EU's Trouble with Mashups - From Disabling to Enabling a Digital Art Form*, Journal of Intellectual Property, Information Technology & E-Commerce Law, 2014, pp. 172 ss.

JÜTTE B.J., *The beginning of a (happy?) relationship: copyright and freedom of expression in Europe*, E.I.P.R., 38, 1, 2016, pp. 11-22.

JÜTTE B.J., *Reconstructing European Copyright Law for the Digital Single Market. Between Old Paradigms and Digital Challenges*, Luxembourg Legal Studies, Hart Publishing, Nomos, 10, 2017.

JÜTTE B.J. - MAIER H., *A human right to sample - will the CJEU dance to the BGH-beat?*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 12, 9, 2017, pp. 784-796.

JÜTTE B.J. - QUINTAIS J., *Advocate General Turns down the Music – Sampling Is Not a Fundamental Right under EU Copyright Law*, *European Intellectual Property Review*, 2019.

K

KAMINA P., *Droit d'auteur et article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme. À propos de quelques affaires récentes, en France et en Europe*, *Legicom*, 25, 2001, pp. 7-16.

KAPLAN A.M., *Twitter ou le pouvoir de 140 caractères*, *L'Expansion Management Review*, 140, 2011, pp. 104-113.

KATZ R., *Fan Fiction and Canadian Copyright Law: Defending Fan Narratives in the Wake of Canada's Copyright Reforms*, *Can. J. L. & Tech.*, 12, June 2014, pp. 73 ss.

KELLER B. P. - TUSHNET R., *Even More Parodic than the Real Thing: Parody Lawsuits Revisited*, *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, 551, 2004.

KESAN J.P. - HAYES C.M., *Standard Setting Organizations and FRAND Licensing in Competition Policy and Intellectual Property in Today's Global Economy*, ANDERSON R.D. - DE CARVALHO N.P. - TAUBMAN A. (ed.), Cambridge University Press, World Intellectual Property Organization and World Trade Organization, 2020 (Forthcoming).

KIM C.E., *Insta-Fringement: What is a Fair Use on Social Media?*, J. Marshall Rev. Intell. Prop. L., 18, 2018, pp. 102 ss.

KIM J., *The institutionalization of YouTube: From user-generated content to professionally generated content*, Media, Culture & Society 34,1, 2012, pp. 53 ss.

KOELMAN K.J., *The protection of technological measures vs. the copyright limitations*, ALAI Congress, New York, 15 June 2001.

KOO J., *The right of communication to the public in EU copyright law*, Hart Publishing, 2019.

KRESINGER E., *Remixing the Remix*, in *The Routledge Companion to Remix Studies*, NAVAS E. - GALLAGHER O. - BURROUGH X. (ed.), Routledge, 2015, pp. 480-485.

KRETSCHMER M. - DEAZLEY R. - EDWARDS L. - ERICKSON K. - SCHAFER B. - ZIZZO D.J., *The European Commission's public consultation on the review of EU copyright rules: a response by the CREATE Centre*, European Intellectual Property Review, 2014.

KU R.S.R. - SUN J. - FAN Y., *Does Copyright Law Promote Creativity? An Empirical Analysis of Copyright's Bounty*, Vanderbilt Law Review, 63, 2009.

KULK S. - ZUIDERVEEN B.F., *Filtering for Copyright Enforcement in Europe after the Sabam Cases*, European Intellectual Property Review, 2013.

L

LA POLT D. - ROSENTHAL J. - MELLER J., *A Response to Professor Menell: A Remix Compulsory License Is Not Justified*, Colum. J.L. & Arts, 38, 2015, pp. 365 ss.

LAI A., *The right to parody*, Cambridge University Press, 2019.

LANDES W.M., *Copyright, borrowed images and appropriation art: an economic approach*, in *Copyright in the cultural industries*, TOWSE R. (ed.), Edward Elgar, 2002, pp. 8-31.

LANDES W.M. - POSNER R.A., *Indefinitely Renewable Copyright*, University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper, 154, August 1, 2002.

LANGE D., *From Berne to Beijing: A Critical Perspective*, Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law, 16, 1, 2013.

LAPOUSTERLE J., *Le droit d'auteur, droit économique*, in *La réforme du droit d'auteur dans la société de l'information*, BENSAMOUN A. (ed.), Mare & Martin, 2018, pp. 47-70.

LATIL A., *Création et droits fondamentaux*, LGDJ, 2014.

LAVIK E., *Romantic authorship in copyright law and the uses of aesthetics*, in *The Work of Authorship*, VAN EECHOU M. (ed.), Amsterdam University Press, 2014, pp. 45-94.

LE BORGNE-BACHSCHMIDT F. - GIRIEUD S. - LEIBA M. - DE MUNCK S. - LIMONARD S. - POEL M. - KOOL L. - HELBERGER N. - GUIBAULT L. - JANSSEN E. - VAN EIJK N. - ANGELOPOULOS C. - VAN HOBOKEN J. - SWART E., *User-Created-Content: Supporting a participative Information Society, Final Report*, SMART, 2007/2008.

LEAFFER M.M., *Internet 2.0: une perspective américaine*, in *Contrefaçon sur internet, Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0*, AA.VV., Le droit des affaires, Propriété intellectuelle, 33, LexisNexis, 2009.

LEE E., *Warming Up To User-Generated Content*, University Of Illinois Law Review, 5, 2008, pp. 1460 ss.

LEE E., *Copyright, Death, and Taxes*, Wake Forest Law Review, 47, 1, 2011.

LEE T.I., *A Battle Between Moral Rights and Freedom of Expression: How Would Moral Rights Empower the "Charging Bull" Against the "Fearless Girl"?*, J. Marshall Rev. Intell. Prop. L., 17, 2018, pp. 672 ss.

LEGEAIS M.R. *Le droit d'auteur face aux nouvelles technologies*, Revue internationale de droit comparé, Etudes de droit contemporain, 42, 2, Avril-Juin 1990, pp. 677-692.

LEHMANN A.S., *Hidden practice: Artists' working spaces, tools, and materials in the digital domain*, in *Tracing New Media in Everyday Life*

and Technology, VAN DEN BOOMEN M. - LAMMES S. - LEHMANN A.S. - RAESSENS J. - SCHAFFER M.T. (ed.), Amsterdam University Press, 2009, pp. 267-282.

LEHMANN M., *Trips, the Berne Convention, and Legal Hybrids*, Columbia Law Review, 94, 8, Dec. 1994.

LEONARD C., *Copyright, Moral Rights and the First Amendment: The Problem of Integrity and Compulsory Speech*, Columbia Journal of Law & The Arts, 35, 2, 2012.

LEOW J.W.X., *Fair use on Instagram. Transformative self-expressions or copyright infringing reproduction?* Singapore Academy of Law Journal, 31, 2019, pp.125-169.

LESSIG L., *The Law Of The Horse: What Cyberlaw Might Teach*, Harvard Law Review, 113, 1999, pp 501 ss.

LESSIG L., *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*, Random House, 2001, pp. 251-252.

LESSIG L., *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, The Penguin Press, 2004, pp. 287-290.

LESSIG L., *Code, Version 2.0*, Basic Books, 2006.

LESSIG L., *Remix. Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, The Penguin Press, 2008.

LEV-ARETZ Y., *The subtle incentive theory of copyright licensing*, Brooklyn Law Review, Summer 2015.

LEVAL P.N., *Toward a Fair Use Standard*, Harv. L. Rev., 103, 1990, pp. 1105 ss.

LEVEQUE F. - MÉNIÈRE Y., *The Economics of Patents and Copyright*, Berkeley Electronic Press, July 2004.

LIM C.L. - MERCURIO B., *International Economic Law After the Global Crisis, A tale of Fragmented Disciplines*, Cambridge University Press, 2015.

LIM E.C., *On the Uneasy Interface between Economic Rights, Moral Rights and Users' Rights in Copyright Law: Can Canada Learn from the UK Experience?*, SCRIPTed – A Journal of Law, Technology & Society, 15, 1, 2018, pp. 70-102.

LIPTON J.D., *Copyright's Twilight Zone: Digital Copyright Lessons from the Vampire Blogosphere*, Maryland Law Review, 70, 1, 2010.

LIPTON J.D. – TEHRANIAN J., *Derivative Works 2.0: Reconsidering Transformative Use in the Age of Crowdsourced Creation*, Northwestern University Law Review, 109, 2, 2015.

LITMAN J., *Revising Copyright Law for the Information Age*, Or. L. Rev., 75, 1996.

LIU J., *An Empirical Study of Transformative Use in Copyright Law*, Stan. Tech. L. Rev., 22, 2019, pp. 163 ss.

LIU K.C. – HILTY R.M., *Remuneration of copyright owners: Regulatory challenges of new business*, Springer, 2017.

LOBATO R. - THOMAS J. - HUNTER D., *Histories of user-generated content: Between formal and informal media economies*, WIPO

Working Paper, October 2010.

LOTHIAN A., *Living in a Den of Thieves: Fan Video and Digital Challenges to Ownership*, *Cinema Journal*, Summer 2009, 48, 4, pp. 130 ss.

LUCAS A., *Le droit d'auteur, un droit fondamental comme un autre?*, in *La réforme du droit d'auteur dans la société de l'information*, BENSAMOUN A. (ed.), Mare & Martin, 2018, pp. 31-46.

LUCAS A. - LUCAS H.J. - LUCAS-SCHLOETTER A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2012.

LUCAS A., GINSBURG J. C., *Droit d'auteur, liberté d'expression et libre accès à l'information (étude comparée de droit américain et européen)*, RIDA, 2016, pp. 4-153.

LUCAS H.J., *La Cour de justice européenne respect-t-elle les conventions internationales sur le droit d'auteur et les droits voisins*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, pp. 555-572.

LUCAS-SCHLOETTER A., *Droit Moral et Droits de la personnalité*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

LUCAS-SCHLOETTER A., *Is there a concept of European copyright Law? History, Evolution, Policies and Politics and the acquis communautaire*, in *EU copyright Law, A Commentary*, STAMATOUDI I. - TORREMANS P. (ed.), Elgar Commentaries, Edward Elgar, 2014.

M

MACKAAY E., *The Economics of Life: Reflections on the Term of Copyright*, CIRANO - Scientific Publication, 38, 2011.

MANARA C., *Les créations transformatives*, Juris art, 25, 2015, pp. 29 ss.

MANCINI A., *L'Obsolescence du droit d'auteur et de sa Philosophie*, Buenos Books International, 2006.

MARGONI T., *Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore in internet*, Giur. It, 8-9, 2011.

MARINO L., *Le plagiat, un mot en vogue*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, AA. VV., LexisNexis, 2014, pp. 587-593.

MARINO L., *Des exceptions au droit d'auteur au secours des humanités numériques?*, in *Propriété littéraire et artistique et humanités numériques*, BENSAMOUN A - LATIL A., Mare & Martin, 2015.

MARINO L., *Quand le droit d'auteur rencontre la liberté d'expression artistique*, Gaz. Pal., 245y1, 5 nov. 2015, pp. 13 ss.

MARINO L., *Bob et Bobette au pays de la parodie*, Gaz. Pal., 215h9, 5 mars 2015, pp. 14 ss.

MARINO L., *L'oeuvre de l'esprit: L'originalité, critère discriminant?*, in *L'oeuvre de l'esprit en question(s), une exercice de qualification*, BENSAMOUN A. - LABARTHE F. - TRICOIRE A. (ed.), Mare & Martine, 2015.

MARINO L., *Poursuivi par Oracle, Google est sauvé par le fair use!*, Gaz. Pal., 277z1, 25 oct. 2016, pp. 26 ss.

MARTEL M.C., *La démocratisation culturelle en question*, Juris art, 20, 2015, pp. 22 ss.

MARTIN-PRAT M., *An Introduction - The EU Copyright Agenda*, in *New Developments in EU and International Copyright Law*, STAMATOUDI I.A. (ed.), Wolters Kluwer, 2016.

MARZANO P., *Diritto d'Autore e Digital Technologies*, Giuffrè, 2005.

MAUREL L., *Droit d'auteur et création dans l'environnement numérique. Des conditions d'émancipation à repenser d'urgence*, Mouvements, 79, 2014, pp. 100-108.

MAUREL L., *Quel droit d'auteur à l'heure du numérique? Sortir de l'impasse la réforme du droit d'auteur*, Nectartm, 2, 2016, pp. 138b-153b.

MAZZIOTTI G., *Copyright in the EU Digital Single Market*, CEPS Task Force Reports, 2013.

MCKAY P., *Culture of the Future: Adapting Copyright Law to Accommodate Fan-Made Derivative Works in the Twenty-First Century*, Regent University Law Review, 24, 2011, pp. 117 ss.

M McNALLY M.B. - TROSOW S.E. - WONG L. - WHIPPEY C. - BURKELL J. - MCKENZIE P.J., *User-generated online content 2: Policy implications*, First Monday, 17, 6, 4 June 2012.

MEESE J., *User production and law reform: a socio-legal critique of user creativity*, Media, Culture & Society, 37, 5, 2015, pp. 753 ss.

MEESE J., *Authors, users, and pirates*, The MIT Press, 2018.

- MENELL P.S., *Economic Analysis of Copyright Notice: Tracing and Scope in the Digital Age*, Boston University Law Review, 96, 2016.
- MENELL P. S. - BALGANESH S. - NIMMER D., *Mashups and Fair Use: The Bold Misadventures of the Seussian Starship Enterprise*, 2019.
- MERZEAU L., *Copier-Coller*, Médium, 2-33, 2012, pp. 310-333.
- METAFORA V., *Satira, opera satirica e diritto d'autore*, Contratto e Impr., 2, 2001, pp. 763 ss.
- MEURIS F., *Les oeuvres transformatives: métamorphose du droit d'auteur?*, Communication Commerce Électronique, 11, 2014, pp. 2 ss.
- MEYERS B.G., *Filtering systems or fair use? A comparative analysis of proposed regulations for User-Generated Content*, Cardozo Arts & Ent. L.J., 26, 2008-2009, pp. 935 ss.
- MEZEI P., *Thou Shalt (Not) Sample? New Drifts in the Ocean of Sampling*, Journal of Intellectual Property Law, 2, 2019, p. 170-198.
- MEZZETTI C.E., *Il caso Painer: una rivoluzione copernicana per la tutela della fotografia in Italia?*, Giur. It., 2012, pp. 12 ss.
- MILES J., *Distributing user-generated content: risks and rewards*, Ent. L.R., 18, 1, 2007, pp. 28-30.
- MILLER T., *Cybertarians of the World Unite: You Have Nothing to Lose but Your Tubes!*, in *The YouTube Reader*, SNICKARS P. - VONDERAU P. (ed.), 2009, pp. 424-440.
- MONSEAU S., *Fostering Web 2.0 Innovation: The Role of the Judicial Interpretation of the DMCA Safe Harbor, Secondary Liability and Fair Use*, J. Marshall Rev. Intell. Prop. L., 12, 2012, pp. 70 ss.

MONTAGNANI M.L. - TRAPOVA A., *New obligations for Internet intermediaries in the Digital Single Market, safe harbours in turmoil?*, *Journal of Internet Law*, 22, 7, Jan 2019, pp. 3-11.

MORAIA L., *“Arte appropriativa”, elaborazioni creative e parodia.*, *Riv. dir. ind.*, 6, 2011, pp. 357 ss.

MORRETTA G., *Rielaborazione dell'altrui opera e risarcimento del danno*, *Dir. Industriale*, 2, 2003, pp. 194 ss.

MORRISON D., *Bridgeport Redux: Digital Sampling and Audience Recoding*, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, 19, 1, 2008.

MORRISON R.J., *Deriver's Licenses: An Argument for Establishing a Statutory License for Derivative Works*, *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, 6, 2006, pp. 87-107.

MOSSÉ M., *Contractualiser pour responsabiliser, vers un rapprochement de l'auteur et de son public par le web 2.0*, *Revue Le Lamy Droit de l'immatériel*, 43, 2008.

MOURON P., *L'exception de parodie du droit d'auteur devant la Cour de justice de l'Union européenne*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 109, 2014.

MOYSE P.E., *Le droit des utilisateurs au Canada*, *Juris art*, 2015, 25, pp. 30-33.

MOYSE P.E., *Minuit à la porte du droit d'auteur. Une réflexion sur le thème du droit et de la technologie*, in *La réforme du droit d'auteur dans la société de l'information*, BENSAMOUN A. (ed.), Mare & Martin, 2018, pp. 205-231.

MUSSO A., *Del diritto di autore sulle opere di ingegno letterarie ed artistiche*, Il Foro Italiano, Zanichelli, 2008.

MUSSO A., *Originalità e contraffazione dei personaggi di fantasia tra diritti d'autore, diritti sui segni distintivi e diritti sui disegni o modelli: verso la sempre maggiore accumulazione asistemica fra i regimi di proprietà industriale ed intellettuale*, Rivista di Diritto Industriale, 2, 2018, pp. 107 ss.

N

NABHAN V., *L'exception de contenu non-commercial généré par l'utilisateur en droit canadien*, RIDA, 248, 2016.

NACHTERGAEL M., *Nouvelles figures de l'auteur : l'ère photographique (1970-2010)*, HAL, 2010.

NAVAS E. - GALLAGHER O. – BURROUGH X., *The Routledge companion to remix studies*, Routledge, 2015.

NENTWIG A.C., *Amateur(s): les enjeux sociaux d'une classification*, Juris art, 20, 2015, pp. 28-31.

NETANEL N.W., *Why Has Copyright Expanded? Analysis and Critique*, in *New directions in copyright law*, MACMILLAN F. (ed.), Edward Elgar, 2008.

NEWMAN C.M., *Transformation in Property and Copyright*, Villanova Law Review, 56, 2, 2011, pp. 251-325.

NODA N.T., *Copyrights Retold: How Interpretive Rights Foster Creativity and Justify Fan-Based Activities*, Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law, 20, 1, 4, 2010.

NORDEMANN W. – VINCK K. – HERTIN P.W., *International Copyright and Neighboring Rights Law. Commentary with special emphasis on the European Community*, VCH, 1990.

O

O'CONNOR S.M., *Creators, Innovators and Appropriation Mechanism*, Geo. Mason L. Rev., 22, 2015, pp. 973 ss.

O'REILLY T., *What Is Web 2.0, Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software*, 2005, <https://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html>

OBAR J.A. - WILDMAN S., *Social media definition and the governance challenge: An introduction to the special issue*, Telecommunications Policy, 39, 9, Quello Center Working Paper No. 2647377, 2015.

OECD, DIRECTORATE FOR SCIENCE, TECHNOLOGY AND INDUSTRY, COMMITTEE FOR INFORMATION, COMPUTER AND COMMUNICATIONS POLICY, WORKING PARTY ON THE INFORMATION ECONOMY [WPIE], *Participative Web: User Created Content*, DSTI/ICCP/IE(2006)7/FINAL, prepared by S. WUNSCH-VINCENT – G. VICKERY, April 12, 2007.

OECD, *Perspectives des technologies de l'information*, OECD Publishing, 2008.

OECD, *Internet Economy Outlook*, OECD Publishing, 2012.

OECD, *Communications Outlook*, OECD Publishing, 2013.

OECD, *Measuring the Digital Economy: A New Perspective*, OECD Publishing, 2014.

OFCOM, *Report for Ofcom: The Value of User-Generated Content*, 21 June 2013.

OKEDIJI R.L., *Copyright law in an age of limitations and exceptions*, Cambridge University Press, 2017.

OLIVIERI G. – SCALZINI S., *La proprietà intellettuale*, in *Scienze, Innovazione, Reti*, CAPORALE C. - DE MARTIN J.C. - MAFFEI L. - MARCHIS V. (ed.), Treccani, 2018.

OSBORNE D., *User Generated Content (UGC): Trade Mark and Copyright infringement issues*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 3, 9, 2008, pp. 555 ss.

P

PALLAS LOREN L., *Untangling the web of music copyrights*, *Case Western Reserve Law Review*, 53, 2003, pp. 673 ss.

PARIS T., *Le droit d'auteur: l'idéologie et le système*, Puf, 2002.

PATRIARCHE G. - DUFRASNE M., *Penser la diversité des pratiques médiatiques. Le réseau comme catégorie conceptuelle pour la recherche sur les audiences et les publics*, Réseaux, 187, 2014, pp. 195-232.

PATRY W.F., *Patry on Fair Use*, Thomson West, 2018.

PERLMUTTER S., *Making copyright work for a global market: policy revision on both sides of the Atlantic*, Columbia Journal of Law & the Arts, 2014.

PERUGINELLI G., *Le Licenze Creative Commons*, Dir. Internet, 2008, pp. 3 ss.

PESSACH G., *Copyright Law as a Silencing Restriction on Non-Infringing Materials - Unveiling the Real Scope of Copyright's Diversity Externalities*, Southern California Law Review, 76, 2003.

PETERSEN S.M., *Loser Generated Content: From Participation to Exploitation*, First Monday, 13, 3, 3 March 2008, <https://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/rt/printerFriendly/2141/1948>

PFISTER L., *L'oeuvre de l'esprit: idée, forme? Construction d'une summa divisio de la propriété littéraire et artistique*, in *L'oeuvre de l'esprit en question(s), une exercice de qualification*, BENSAMOUN A. - LABARTHE F. - TRICOIRE A. (ed.), Mare & Martin, 2015.

PIATEK D., *La crise des exceptions en droit d'auteur: étude paradigmatique*, Université d'Orléans, 2016.

PIGNATARI O., *L'exception de parodie*, Juris art, 25, 2015, pp. 37-40.

PINO G., *Diritti della personalità e libertà di creazione artistica: il difficile bilanciamento*, *Danno e Resp.*, 3, 2000, pp. 299 ss.

PINO G., *Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, *Danno e Resp.*, 6, 2003, pp. 577 ss.

PIOLA CASELLI E., *Codice del diritto d'autore. Commentario della nuova Legge 22 aprile 1941-XIX, n.633*, Unione tipografico-editrice torinese, 1943.

POJAGHI A. - JARACH G., *Manuale del diritto d'autore*, Mursia, 2011.

POLLAUD-DULIAN F., *Livre vert de la Commission des Communautés européennes, sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance (COM(2008)466/3)*, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 4, 2008, pp. 728-730.

POLLAUD-DULIAN F., *Le droit d'auteur*, Economica, 2014.

POLLICINO O., *Tutela del diritto d'autore e protezione della libertà di espressione in chiave comparata. Quale equilibrio su Internet?*, in *Il caso del diritto d'autore*, PIZZETTI F. (ed.), Giappichelli Editore, 2013, pp. 97-121.

POSNER R.A., *Free Speech in an Economic Perspective*, *Suffolk University Law Review*, 20, 1, 1986, pp. 1-53.

POSNER R.A., *When is parody fair use*, *J. Leg. Stud.*, 21, 1992, pp. 67-78.

POTTS J.D. - HARTLEY J. - BANKS J.A. - BURGESS J.E. - COBCROFT R.S.
- CUNNINGHAM S.D. - MONTGOMERY L., *Consumer co-creation and
situated creativity*, *Industry and Innovation*, 15, 5, 2008, pp. 459-474.

Q

QUINTAIS J.P., *Rethinking Normal Exploitation: Enabling Online
Limitations in EU Copyright Law*, *AMI - tijdschrift v oor auteurs-,
media- en informatierecht*, 6, 2017.

QUINTAIS J.P., *Copyright in the age of online access. Alternative
Compensation Systems in EU Law*, *Information Law Series*, 40,
Wolters Kluwer, 2017.

QUINTAIS J.P., *Untangling the Hyperlinking Web: In Search of the
Online Right of Communication to the Public*, *J World Intellect Prop.*
2018; pp.1-36; *Amsterdam Law School Research Paper*, 16, 2018;
Institute for Information Law Research Paper, 02, 2018.

QUINTAIS J.P., *The New Copyright in the Digital Single Market
Directive: a Critical Look*, *European Intellectual Property Review*,
2019.

R

RACHUM-TWAIG O., *Copyright law and Derivative Works. Regulating Creativity*, Routledge, 2018.

RACICOT Y., *Le tout-à-l'écran*, Médium, 15, 2008, pp. 92-111.

RANDAZZA M., *Lenz v. Universal: A Call to Reform Section 512(f) of the DMCA and to Strengthen Fair Use*, Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law, 18, 3, 2016.

RANSBOTHAM S. - KANE G.C. - LURIE N.H., *Network Characteristics and the Value of Collaborative User-Generated Content*, Emergence and Impact of User-Generated Content, Marketing Science, 31, 3, May-June 2012, pp. 387-405.

REDA J., *Legislative perspective on the development of the EU copyright law*, in *The intellectual property system in a time of change: European and international perspectives*, GEIGER C. (ed.), Lexis Nexis, 2016, pp. 116-122.

REESE R.A., *Transformativeness and the Derivative Work Right*, Columbia Journal of Law & the Arts, 31, 4, 2008.

REID A., *Considering Fair Use: DMCA's Take Down & Repeat Infringers Policies*, Communication Law & Policy, 24, 2019.

RENDAS T., *Copyright, Technology and the CJEU: An Empirical Study*, International Review of Intellectual Property and Competition Law, 49, 2, 2018, pp.153 ss.

REYNOLDS G., *Towards a Right to Engage in the Fair Transformative Use of Copyright-Protected Expression*, in *From "Radical Extremism" To "Balanced Copyright": Canadian Copyright And The Digital Agenda*, GEIST M. (ed.), Irwin Law, 2010, pp. 395 ss.

RICCIO G.M., *Ancillary copyright and liability of intermediaries in the EU Directive Proposal on copyright*, Position paper, marzo 2018.

RICHARDSON M, - RICKETSON S., *Research handbook on Intellectual Property in Media and Entertainment*, Edward Elgar, 2017.

RICHÉ C. - CLAUZEL A., *Cocréation: enjeux et perspectives*, *Juris art*, 25, 2015, pp. 34-36.

RICKETSON S., *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 1886–1986*, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, Kluwer, 1987.

RICKETSON S., *Wipo study on exceptions and limitations in the digital environment*, WIPO document SCCR/9/7, April 5, 2003.

RICKETSON S. - GINSBURG J.C., *International Copyright and Neighbouring Rights*, Oxford University Press, 2006.

RICOLFI M., *A copyright for the Cyberspace: The European Dilemma*, *AIDA*, 2000, pp. 377-405.

RICOLFI M., *Il diritto d'autore*, in *Diritto Industriale*, ABRIANI N.-COTTINO G. - RICOLFI M., Cedam, Padova, 2001.

RICOLFI M., *Diritto d'autore ed abuso di posizione dominante*, *Riv. Dir. Ind.*, 4-5, 2001, pp. 149 ss.

RICOLFI M., *Making Copyright Fit for the Digital Agenda*, 12th EIPIN Congress 2011, Constructing European IP: Achievements and new Perspectives Strasbourg, February 24th-25th, European Parliament, 2011.

RICOLFI M., *Le utilizzazioni libere dell'IP nei social network*, AIDA, 2011, pp. 295 ss.

RICOLFI M., *Diritto della proprietà intellettuale e WEB 2.0*, Giur. It. 2011, pp. 1943 ss.

RICOLFI M., *Consume and Share: Making Copyright Fit for the Digital Agenda*, in *The Digital Public Domain, Foundations for an Open Culture*, DULONG DE ROSNAY M. – DE MARTIN J. C. (ed.), Open Book Publishers, 2012.

RICOLFI M., *License contracts, free software and creative commons*, in *Italian National Reports to the XIXth International Congress of Comparative Law*, Studi di diritto privato Università degli Studi di Milano, 148, Giuffrè 2014, pp.493-530.

RICOLFI M., *IP Limitations and Exceptions and Competition: a Normative Assessment*, AIDA, XII, 2013, pp.306-315.

RICOLFI M., *Towards an EU Copyright Code? A Conceptual Framework*, in *New Developments in EU and International Copyright Law*, STAMATOUDI I.A. (ed.), Wolters Kluwer, 2016.

RICOLFI M., *La proprietà intellettuale e le libertà antagoniste*, in *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, CAGGIA F. - RESTA G. (ed.), Studies in Law & Social Sciences, 5, 2019, pp. 203-211.

RIIS T. - SCHWEMER S.F., *Leaving the European Safe Harbor, sailing towards algorithmic content regulation*, Journal of Internet Law, 1, 2019.

RIMMER M., *Four stories about copyright law and appropriation art*, Media and Arts Law Review, 3, 4, 1998, pp. 180 ss.

RIMMER M., *The dancing baby: copyright law, YouTube and music videos*, in *Research handbook on Intellectual Property in Media and Entertainment*, RICHARDSON M. - RICKETSON S., Edward Elgar, 2017, pp. 150-194.

RIOUT D., *L'oeuvre de l'esprit: idée, forme?*, *L'Idée et la Forme sont dans un bateau*, in *L'oeuvre de l'esprit en question(s), une exercice de qualification*, BENSAMOUN A. - LABARTHE F. - TRICOIRE A. (ed.), Mare & Martine, 2015.

RITZER G. - JURGENSON N., *Production, Consumption, Prosumption. The nature of capitalism in the age of the digital "prosumer"*, *Journal of Consumer Culture*, 10, 1, 2010, pp. 13 ss.

ROMANENKOVA K., *The Fandom Problem: A Precarious Intersection of Fanfiction and Copyright*, *Intellectual Property Law Bulletin*, 18, 2014, pp. 183 ss.

ROMANO R., *L'attuazione della direttiva sul diritto d'autore nella società dell'informazione: tecniche di tutela e diritto della concorrenza*, *Europa E Diritto Privato*, 2003, 4, Giuffrè, pp. 943 ss.

ROMANO R., *Il diritto di riproduzione nel contesto della convergenza dei media*, *AIDA*, 2010, pp. 159 ss.

ROMANO R., *Exceptions and limitations in the Italian Copyright Law: from "Hand made" Copy to "virtual" Copy*, *Pe.i Revista de Propiedad Intellectual*, 2, 2011, pp. 57-66.

ROMANO R., *Un qualche ritorno a formalità costitutive?*, *AIDA*, 2017, pp. 217- 233.

ROSATI E., *Originality in EU copyright. Full Harmonization through Case Law*, Edward Elgar, 2013.

ROSATI E., *Copyright and the Court of Justice of the European Union*, Oxford University Press, 2019.

ROSATI E., *Lost in (mis-)translation: when IP law doesn't always mean what it says*, *Journal of intellectual property law & practice*, 14, 8, 2019.

ROSEN D., *Electronic Dance Music, Creativity, and User-Generated Content – A Canadian Perspective*, *I.P.J.*, 26, July 2014, pp. 153 ss.

ROSENBLATT B. – TUSHNET R., *Transformative Works: Young Women's Voices on Fandom and Fair Use*, in *eGirls, eCitizens. Putting Technology, Theory and Policy into Dialogue with Girls' and Young Women's Voices*, BAILEY J. - STEEVES V. (ed.), University of Ottawa Press, 2015.

ROSLOFF G. P., *"Some Rights Reserved": Finding the Space between All Rights Reserved and the Public Domain*, *Columbia Journal of Law & the Arts*, 2009.

ROSTAMA G., *La culture du remix et la créativité chez les amateurs: un dilemme pour le droit d'auteur*, *OMPI Magazine*, 3 Juin 2015.

RUIZ N., *Copyright's Paradox: The Public Interest and Private Monopoly*, *Intellectual Property Law Bulletin*, 18, 2014, pp. 213 ss.

RUOTOLO G.M., *The EU 2019 copyright directive: balancing the protection of authors, publishers and suppliers of sharing services with fundamental rights*, *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, pp. 465-472.

S

SALZBERGER E.M., *Economic Analysis of the Public Domain in The Future of the Public Domain*, GUIBAULT L. - HUGENHOLTZ P.B. (ed.), Kluwer Law International, 2006, pp. 27-58.

SAMUELSON P., *Preliminary Thoughts on Copyright Reform*, Utah Law Review, 2007.

SAMUELSON P., *Unbundling fair uses*, Fordham L. Rev., 77, 2009, pp. 2537-2621.

SAMUELSON P., *Copyright Principles Project: Directions for Reform*, Berkeley Tech. L.J., 25, 2010.

SAMUELSON P., *A fresh look at tests for Nonliteral Copyright Infringement*, Northwestern University Law Review, 107, 4, 2013, pp. 1822-1850.

SAMUELSON P., *The Quest for a Sound Conception of Copyright's Derivative Work Right*, Berkeley Law Scholarship Repository, 101 Geo. L.J., 2013.

SAMUELSON P., *Freedom To Tinker, The Constitution of Information: From Gutenberg to Snowden*, Theoretical Inquiries L., 17, July 2016, pp. 563 ss.

SAMUELSON P. – HASHIMOTO K., *Is the U.S. Fair Use Doctrine Compatible with Berne and TRIPS Obligations?*, in *Universalism or*

Pluralism in International Copyright Law, SYNODINOU T. (ed.), Kluwer Law International, Information Law Series, 2018.

SARIKAKIS K. - KRUG C. - RODRIGUEZ-AMAT J.R., *Defining authorship in user-generated content: Copyright struggles in The Game of Thrones*, New media & society, 2015, pp. 1-18.

SAVIN A., *EU Internet Law*, Edward Elgar, 2017.

SAWYER M.S., *Filters, Fair Use, and Feedback: User-Generated Content Principles and the DMCA*, Berkley Technology Law Journal, 2009.

SBARBARO E., *Le opere derivate*, in *Trattario di Diritto Civile*, CENDON P. (ed.), *Proprietà intellettuale, mercato e concorrenza*, CLEMENTE A. – FALCE V. – GAMBINO A.M. (ed.), Giuffrè, 2017, pp. 406 ss.

SCALZINI S., *L'estrazione di dati e di testo per finalità commerciali dai contenuti degli utenti. Algoritmi, proprietà intellettuale e autonomia negoziale*, *Analisi giuridica dell'economia*, 1, giugno 2019, pp.395-423.

SCASSA T., *Interests in the Balance*, in *The Public Interest: The Future Of Canadian Copyright Law*, GEIST M. (ed.), Irwin Law, 2005.

SCASSA T., *Acknowledging Copyright's illegitimate Offspring: User-Generated Content and Canadian Copyright Law*, in *The Copyright Pentology. How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian*, GEIST M. (ed.), University of Ottawa, 2013.

SCASSELLATI SFARZOLINI M.T., *La direttiva comunitaria del 22 maggio 2001, n.29, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore nella società dell'informazione*, *Diritto d'autore*, 1, 2003, pp. 65-93.

SCHÄFER M.T., *Participation inside? User activities between design and appropriation*, in *Tracing New Media in Everyday Life and Technology*, VAN DEN BOOMEN M. - LAMMES S. - LEHMANN A.S. - RAESSENS J. - SCHÄFER M.T. (ed.), Amsterdam University Press, 2009, pp. 147-158.

SCHÄFER M.T., *Bastard Culture! How User Participation Transforms Cultural Production*, Amsterdam University Press, 2011.

SCHERER F.M., *The Innovation Lottery*, in *Expanding The Boundaries Of Intellectual Property, Innovation Policy For The Knowledge Society*, DREYFUSS R. C. - ZIMMERMAN D.L. - FIRST H. (ed.), Oxford University Press, 2001.

SCHUMPETER J.A., *Capitalismo, socialismo e democrazia*, 1942.

SCIALDONE M., *La tutela giuridica degli User Generated Content*, Ilmiolibro, 2018.

SENG D.K.B., *The State of the Discordant Union: An Empirical Analysis of DMCA Takedown Notices*, Va. J. L. & Tech., 18, 2014.

SENFTLEBEN M., *Bridging the Differences between Copyright's Legal Traditions – The Emerging EC Fair Use Doctrine*, Journal of the Copyright Society of the U.S.A., 57, 3, 2010, pp. 521-552.

SENFTLEBEN M., *Comparative Approaches to Fair Use: An Important Impulse for Reforms in EU Copyright Law*, in *Methods and Perspectives in Intellectual Property*, DINWOODIE G.B. (ed.), Edward Elgar, 2014.

SENFTLEBEN M., *How To Overcome The Normal Exploitation Obstacle: Opt-Out Formalities, Embargo Periods, And The*

International Three-Step Test, Berkeley Technology Law Journal Commentaries, 1, March 2014.

SENFTLEBEN M., *Copyright, creators and society's need for autonomous art – the blessing and curse of monetary incentives*, in *What if we could reimagine copyright?*, GIBLIN R. – WEATHERALL K., Anu Press, 2017.

SENFTLEBEN M., *The Perfect Match: Civil Law Judges and Open-Ended Fair Use Provision*, Am. U. Int'l L. Rev., 33, 2017, pp. 231-286.

SENFTLEBEN M., *Content censorship and Council carelessness. Why the Parliament must safeguard the open, participative web 2.0*, Tijdschrift voor auteurs-, media- en informatierecht, 4, 2018, pp.139-147.

SENFTLEBEN M., *User-Generated Content. Towards a New Use Privilege in EU Copyright Law*, in *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*, APLIN T. (ed.), Edward Elgar, 2019.

SENFTLEBEN M., *Bermuda Triangle – Licensing, Filtering and Privileging User-Generated Content Under the New Directive on Copyright in the Digital Single Market*, IVIR, 2019.

SENFTLEBEN M. - ANGELOPOULOS C. - FROSIO G. - MOSCON V. - PEGUERA M. - ROGNSTAD O.A., *The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform*, European Intellectual Property Review, 40, 3, 2018, pp. 149-163.

SGANGA C., *Propertizing European Copyright. History, Challenges and Opportunities*, Edward Elgar Publishing, 2018.

SGANGA C., *A Decade of Fair Balance Doctrine, and How to Fix It: Copyright Versus Fundamental Rights Before the CJEU from Promusicae to Funke Medien, Pelham and Spiegel Online*, European Intellectual Property Review, 11, 2019.

SGANGA C. - SCALZINI S., *From Abuse of Right to European Copyright Misuse: A New Doctrine for EU Copyright Law*, International Review of Intellectual Property and Competition Law, 48, 4, 2017, pp.405-435.

SHAFFER VAN HOUWELING M., *Land Recording And Copyright Reform*, Berkeley Technology Law Journal, 28, 2013, pp. 1499 ss.

SHIPLEY D.E., *A Transformative Use Taxonomy: Making Sense of the Transformative Use Standard*, University of Georgia School of Law Legal Studies Research Paper, 26, 2017.

SIIRIAINEN F., *Le droit d'auteur à l'épreuve de sa dimension économique: libres propos sur le droit d'auteur économique*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, AA. VV. LexisNexis, 2014, pp. 389-400.

SIMMONS J.L., *Catwoman or the Kingpin: Potential Reasons Comic Book Publishers Do Not Enforce Their Copyrights Against Comic Book Infringers*, Columbia Journal of Law & the Arts, 33, 2010, pp. 267 ss.

SIRINELLI P., *L'évolution juridique du droit d'auteur*, Réseaux, 110, 6, 2001, pp. 16-40.

SIRINELLI P., *Flux économiques et droit du Web 2.0*, Dalloz IP/IT, 2016, pp. 167-172.

SIRINELLI P. - BENSAMOUN A., *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du*

droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, Conseil Supérieur De La Propriété Littéraire Et Artistique, Décembre 2014.

SIRINELLI P. – BENSAMOUN A. - BENAZERAF J.A., *Le droit de communication au public*, Revue internationale du droit d'auteur, 251, 2017, pp. 207-409.

SIROTTI GAUDENZI A., *Il nuovo diritto d'autore: la tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, Maggioli Editore, 2008.

SKLADANY M., *Big Copyright versus the People. How major content providers are destroying creativity and how to stop them*, Cambridge University Press, 2018.

SLATER D. - WRUUCK P., *We Are All Content Creators Now: Measuring Creativity and Innovation in the Digital Economy*, Global Innovation Index, 2012, pp. 163 ss.

SMIERS J., *L'abolition des droits d'auteur au profit des createurs*, Réseaux, 110, 6, 2001, pp. 16-40 ss.

SMITH B.L., *The Third Industrial Revolution: Policymaking for the Internet*, The Columbia Science and Technology Law Review, 3, 2001-2002.

SMITH C., *Creative Destruction: Copyright's Fair Use Doctrine and the Moral Right of Integrity*, Pepperdine Law Review, 47, 2019.

SMULDERS B., *The European Community and Copyright*, in *International Copyright Law and Practice*, GELLER P.E. - NIMMER M.B., LexisNexis, 2007.

SNOW N., *Who Decides Fair Use - Judge or Jury?*, Washington Law Review, 94, 1, 2019.

SOLIMAN C., *Remixing sharing: sharing platforms as a tool for advancement of UGC sharing*, Alb. L.J. Sci. & Tech., 22, 2011-2012, pp. 279 ss.

SPADA P., *Variazioni sul tema del plagio musicale*, Riv. Dir. Civ., 1, 2003.

SPADA P., *Les enjeux des "exceptions et limitations" au droit d'auteur en droit italien et la mystique dominicale de la propriété intellectuelle*, in *Les exceptions au droit d'auteur, Etats des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, LUCAS A. - SIRINELLI P. - BENSAMOUN A. (ed.), Dalloz, 2012.

SPEDICATO G., *Peer, social e commons-based production di opere dell'ingegno in ambito digitale: le avventure dello ius excludendi tra nuovi modelli di produzione economica e (nuovi?) interessi emergenti*, Ciberspazio e Diritto, 1, 2010, pp. 75-107.

SPEDICATO G., *Opere dell'arte appropriativa e diritto d'autore*, Giurisprudenza Commerciale, 40, 2013, pp. 118/II - 131/II.

SPOERRI T., *On Upload-Filters and other Competitive Advantages for Big Tech Companies under Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market*, JIPITEC, 10, 2019, pp.173 ss.

SPOO R., *Copyright Protectionism and Its Discontents: The Case of James Joyce's Ulysses in America*, The Yale Law Journal, 108, 1998.

SPRIGMAN C.J., *Reform(aliz)ing Copyright*, Stanford Law Review, 57, 485, 2004, pp. 502 ss.

SPRIGMAN C.J., *Some Positive Thoughts about IP's Negative Space*, in *Creativity without Law. Challenging the Assumptions of Intellectual Property*, DARLING K., PERZANOWSKI A. (ed.), New York University Press, 2017.

STALLA-BOURDILLON S. - ROSATI E. - TURK K. - ANGELOPOULOS C. - KUCZERAWY A. - PEGUERA M. - HUSOVEC M., *A Brief Exegesis of the Proposed Copyright Directive*, November 24, 2016.

STAMATOUDI I. - TORREMANS P., *EU copyright Law, A Commentary*, (ed.), Elgar Commentaries, Edward Elgar, 2014.

STAZI A., *Intellectual Property and Consumer Law in the Knowledge Economy. Proprietà intellettuale e diritto dei consumatori nell'economia della conoscenza*, *Il Diritto d'Autore*, 4, 2010, pp. 342-377.

STENGER T. - COUTANT A., *Les réseaux sociaux numériques: des discours de promotion à la définition d'un objet et d'une méthodologie de recherche*, *Hermes - Journal of Language and Communication Studies*, 44, 2010.

STENGER T. - COUTANT A., *Introduction*, *Hermès, La Revue*, 59, 2011, pp. 9-17.

STERLING J.A.L., *World Copyright Law*, Thomson Sweet & Maxwell, 2003.

STRATTON B., *Le rapport Gowers sur la révision des règles de propriété intellectuelle. Etendre le champ des exceptions au Copyright au Royaume-Uni*, World Library And Information Congress, 74th Ifla General Conference And Council, Québec, Canada 10-14 August 2008.

STROWEL A., *Internet piracy as a wake-up call for copyright law makers - is the “graduated response” a good reply? Thoughts from a law professor “who grew up in the Gutenberg Age”*, WIPO J., 1, 1, 2009, pp. 75-86.

STROWEL A., *Quand Google défie le droit, Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, De Boeck & Larcier, 2011.

STROWEL A., *Droit d’auteur et Copyright. Convergence des droits, régulation différente des contrats*, in *Mélanges en l’honneur du Professeur André Lucas*, AA.VV., Lexis Nexis, 2014.

STOKES S., *Digital copyright: law and practice*, Fifth edition, Hart Publishing, 2019.

SUNDARA RAJAN M.T., *Culture Matters: Why Canada’s Proposed Amendments to its Copyright Law Should Revisit Moral Rights*, in *From “Radical Extremism” To “Balanced Copyright”: Canadian Copyright And The Digital Agenda*, GEIST M. (ed.), Irwin Law, 2010, pp. 476 ss.

SUNDELL J., *Tempting the Sword of Damocles: Reimagining the Copyright/DMCA Framework in a UGC World*, Minn. J.L. Sci. & Tech., 12, 2011, pp. 335-363.

SYNODINOU T.E., *Régulation et autoregulation du droit d’auteur sur internet*, in *Mélanges en l’honneur du Professeur André Lucas*, AA.VV., LexisNexis, 2014, pp. 389-400.

T

TAN C., *Regulating Content on Social Media. Copyright, Terms of Service and Technological Features*, UCL Press, 2018.

TAN D., *Fair use and transformative play in the digital age*, in *Research handbook on Intellectual Property in Media and Entertainment*, RICHARDSON M, - RICKETSON S., Edward Elgar Publishing Limited, 2017, pp. 102-131.

TARANTINO B., *Calvinball: Users' Rights, Public Choice Theory and Rules Mutable Games*, Windsor Y.B. Access to Just., 35, 2018.

TARDIEU C., *Internet et libertés*, CNRS Editions, 2010.

TAUBMAN A., *The coming of age of the TRIPS Agreement: framing those "Trade-Related Aspects"*, in *The intellectual property system in a time of change: European and international perspectives*, GEIGER C. (ed.), Lexis Nexis, 2016, pp. 249-267.

TIMOSHENKO A. - HAUSER J.R., *Identifying Customer Needs from User-Generated Content*, *Marketing Science*, 38, 1, January-February 2019, pp. 1-192.

TOFFLER A., *The Third Wave*, Bantam Books, 1980.

TRAVIS H., *Opting out of the internet in the United States and the European Union: copyright, safe harbours, and international law*, *Notre Dame L. Rev.*, 84, 2008-2009, pp. 331 ss.

TRAVIS H., *Free Speech Institutions and Fair Use of Copyrighted Work: A New Agenda for Copyright Reform*, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 33, 2, 2016.

TRIAILLE J.P. - DUSOLLIER S. - DEPREEUW S. - HUBIN J.B. - FRANQUEN A., *Study on the application of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society (The “Infosoc Directive”)*, 2013.

TRIAILLE J.P. - DUSOLLIER S. - DEPREEUW S. - HUBIN J.B. - FRANQUEN A., *Preliminary studies to the future EU Copyright review: about (some) exclusive rights and (some) exceptions*, *Auteurs & Media*, 2, 2015, pp. 147-157.

TRUDEL P., *Web 2.0 Regulation: A Risk Management Process*, *Can. J. L. & Tech.*, 7, January, 2010.

TURNBULL F., *The Morality of Mash-Ups: Moral Rights and Canada’s Non- Commercial User-Generated Content Exception*, *I.P.J.*, 26, 217, 2014.

TUSHNET R., *Legal Fictions: Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law*, *Loy. L.A. Ent. L. Rev.*, 17, 1997.

TUSHNET R., *Copy This Essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It*, *Intell. Prop. L. Rev.*, 37, 2005, pp. 333-388.

TUSHNET R., *Payment in Credit: Copyright Law And Subcultural Creativity*, in *Symposium, Cultural Environmentalism*, J. BOYLE – L. LESSIG (ed.); *Law & Contemp. Probs*, 10, 70, Spring 2007.

TUSHNET R., *User-Generated Discontent: Transformation in Practice*, *Colum. J.L. & Arts*, 31, 2008, pp. 101 ss.

TUSHNET R., *Economies of Desire: Fair Use and Marketplace Assumptions*, *William & Mary Law Review*, 51, 513, 2009.

TUSHNET R., *I Put You There: User-Generated Content and Anticircumvention*, Vand. J. Ent. & Tech. L., 12, 2010, pp. 889-946.

TUSHNET R., *Attention Must Be Paid: Commercial Speech, User-Generated Ads, and the Challenge of Regulation*, Buff. L. Rev., 58, 2010, pp. 721-793.

TUSHNET R., *Hybrid Vigor: Mashups, Cyborgs, and Other Necessary Monsters*, J. L. & Pol'y for Info. Soc'y, 6, 2010, pp. 1-12.

TUSHNET R., *Make me walk, make me talk, do whatever you please: Barbie and exception*, in *Intellectual Property at the Edge. The contested contours of IP*, DREYFUSS R.C. – GINSBURG J.C., Cambridge Intellectual Property and Information Law, 2014, pp. 405-426.

U

UBERTAZZI L.C., *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, 2007.

UBERTAZZI L.C., *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, 2016.

URBAN J.M. – QUILTER L., *Efficient Process or Chilling Effects - Takedown Notices under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*, Santa Clara Computer & High Tech. L.J., 22, 2006, pp. 621 ss.

URICCHIO W., *Moving beyond the artefact: Lessons from participatory culture*, in *Tracing New Media in Everyday Life and Technology*, VAN

DEN BOOMEN M. - LAMMES S. - LEHMANN A.S. - RAESSENS J. - SCHÄFER M.T. (ed.), Amsterdam University Press, 2007, pp. 135-146.

U.S.A. - DEPARTMENT OF COMMERCE INTERNET POLICY TASK FORCE, *Green Paper on Copyright Policy, Creativity, And Innovation In The Digital Economy*, July 2013.

U.S.A. - DEPARTMENT OF COMMERCE, INTERNET POLICY TASK FORCE, *White Paper on Remixes, First Sale, and Statutory Damages, Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy*, January 2016.

U.S.A. - WORKING GROUP ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, INTELLECTUAL PROPERTY AND THE NATIONAL INFORMATION INFRASTRUCTURE, *The report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, US White Paper, 1995.

V

VALGAEREN E. - ROLAND N., *Youtube and social networking sites – New kids on the block?*, in *Google et les nouveaux services en ligne, Impact sur l'économie du contenu et questions de propriété intellectuelle*, STROWEL A. - TRIAILLE J.P., Larcier, 2008.

VAN EECHOUD M., *Adapting the work*, in *The Work of Authorship*, VAN EECHOUD M. (ed.), Amsterdam University Press, 2014, pp. 145-174.

VAN EECHOUD, M., *Along the Road to Uniformity - Diverse Readings of the Court of Justice Judgments on Copyright Work*, Journal of

Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, 3, 2012; Amsterdam Law School Research Paper, 78, 2012; Institute for Information Law Research Paper, 47, 2012.

VAN EECHOUD M. - HUGENHOLTZ P.B. - VAN GOMPEL S. - GUIBAULT L. - HELBERGER N., *Harmonizing European Copyright Law. The Challenges of Better Lawmaking*, Kluwer Law International, 2009.

VAN GOMPEL S., *Copyright Formalities In The Internet Age: Filters Of Protection Or Facilitators Of Licensing*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper, 30, 2014; Institute for Information Law Research Paper, 1, 2014.

VAN GOMPEL S., *Creativity, autonomy and personal touch, A critical appraisal of the CJEU's originality test for copyright*, in *The Work of Authorship*, VAN EECHOUD M. (ed.), Amsterdam University Press, 2014, pp. 95-144.

VAN HOBOKEN J. - QUINTAIS J.P. - POORT J. – VAN EIJK N., *Hosting intermediary services and illegal content online. An analysis of the scope of article 14 ECD in light of the developments in the online service landscape*, IVIR, European Commission, 2018.

VARET V., *Vers un droit européen des contrats de propriété littéraire et artistique?*, *Propriétés intellectuelles*, 72, Juillet 2019, pp. 21-32.

VIVANT M., *Objet Juridique, objet social. Réflexion sur la propriété intellectuelle*, Thomson Reuters, *Propriété intellectuelle*, 43, 2012.

VON LEWINSKI S., *International copyright law and policy*, Oxford University Press, 2008.

VON LEWINSKI S., *La qualification d'oeuvre de l'esprit à l'épreuve de la jurisprudence européenne: une notion harmonisée?*, in *L'oeuvre de l'esprit en question(s), une exercice de qualification*, BENSAMOUN A. - LABARTHE F. - TRICOIRE A. (ed.), Mare & Martine, 2015.

VON LEWINSKI S., *Les exceptions au droit d'auteur*, in *La réforme du droit d'auteur dans la société de l'information*, BENSAMOUN A. (ed.), Mare & Martin, 2018, pp. 127-146.

VOORHOOF D., *Freedom of expression and the rights to information: implications for copyright*, in *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, GEIGER C. (ed.), Edward Elgard, 2015, pp. 331-353.

W

WALTER M.M. – VON LEWINSKI S., *European Copyright Law. A commentary*, Oxford University Press, 2010, pp. 921 ss.

WESTKAMP G., *The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, Queen Mary Intellectual Property Research Institute, Centre for Commercial Law Studies University of London, February 2007.

WHITE E., *The Berne Convention's Flexible Fixation Requirement: A Problematic Provision for User- Generated Content*, *Chicago Journal of International Law*, 13, 2, 18, 2013.

WINKLER M., *Brevi note intorno alla direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione*, Diritto commerciale internazionale, 3, 2001, pp. 705 ss.

WIPO, *Intellectual Property on the Internet: a Survey of Issues*, December 2002.

WIPO, *Global Innovation Index. Stronger Innovation Linkages for Global Growth*, 2012.

WONG M.W.S., *User Generated Content and the Open Source/Creative Commons Movement: Has the Time Come for Users Rights?*, Fordham-Ipa, 4th Annual Asian IP Law & Policy Day, 2007.

WONG M.W.S., *"Transformative" User-Generated Content in Copyright Law: Infringing Derivative Works or Fair Use?*, Vand. J. Ent. & Tech. L., 11, 2008-2009.

WOODS T.M., *Working Toward Spontaneous Copyright Licensing: A Simple Solution for a Complex Problem*, Vand. j. of Ent. & Tech. L., 11, 4, 2009, pp. 1142 ss.

WU T., *Tolerated Use*, Columbia Law and Economics Working Paper, 333, 2008.

X

XU Y. - YIN J., *Collaborative Recommendation with User Generated Content*, Eng. Appl. of AI, 2015.

Y

YOO C.S., *Copyright and Public Good Economics: A Misunderstood Relation*, University of Pennsylvania Law Review, 155, 2007.

YU P.K., *Can the Canadian UGC Exception Be Transplanted Abroad?*, Intell. Prop. J., 26, 2014, pp. 177 ss.

YU P.K., *Fair Use and Its Global Paradigm Evolution*, University of Illinois Law Review, 2019, pp. 111-169; Texas A&M University School of Law Legal Studies Research Paper, 24, 2018.

Z

ZACCARIA R., *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, 2007.

ZIMMERMAN D.L., *The more things change the less they seem "transformed": some reflections on Fair Use*, J. Copyright Soc'y U.S.A., 46, 1998, pp. 251 ss.

ZOLLINGER A., *Droit d'auteur et copyright américain: pluralisme et influences des modèles culturels*, RIDA, 233, 2012, pp. 3-37.

GIURISPRUDENZA

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

BESTWATER: Nona Sezione, ordinanza del 21 ottobre 2014 - nella Causa C-348/13, BestWater International GmbH contro Michael Mebes e Stefan Potsch.

DECKMYN: Grande Sezione, Sentenza del 3 settembre 2014 – nella causa C-201/13, Johan Deckmyn e Vrijheidsfonds VZW contro Helena Vandersteen e a. Conclusioni dell'Avvocato Generale P. Cruz Villalón del 22 maggio 2014.

FAPL: Grande Sezione, Sentenza del 4 ottobre 2011 – nella causa C-403/08, Football Association Premier League Ltd e a. contro QC Leisure e a. (C-403/08) e Karen Murphy contro Media Protection Services Ltd (C-429/08). Conclusioni dell'avvocato Generale J. Kokott del 3 febbraio 2011.

FUNKE MEDIEN: Grande Sezione, Sentenza del 29 luglio 2019 – nella causa C-469/17, Funke Medien NRW GmbH contro Bundesrepublik Deutschland. Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Szpunar del 25 ottobre 2018.

GS MEDIA: Seconda Sezione, Sentenza dell'8 settembre 2016 - nella causa C-160/15, GS Media BV contro Sanoma Media Netherlands BV e a. Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet del 7 aprile 2016.

INFOPAQ: Quarta Sezione, Sentenza 16 luglio 2009 - nella causa C-5/08, Infopaq International A/S contro Danske Dagblades Forening.

Conclusioni dell'Avvocato Generale V. Trstenjak del 12 Febbraio 2009.

ITV BROADCASTING: Quarta Sezione, sentenza del 7 marzo 2013 - nella causa C- 607/11 ITV Broadcasting Ltd e altri contro TVCatchup Ltd.

L'ORÉAL: Grande Sezione, Sentenza del 12 luglio 2011 – nella causa C-324/09, L'Oréal SA e altri contro eBay International AG e altri. Conclusioni dell'Avvocato Generale N. Jääskinen del 9 dicembre 2010.

LEVOLA: Grande Sezione, Sentenza del 13 novembre 2018 – nella causa C-310/17, Levola Hengelo BV contro Smilde Foods BV. Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet del 25 luglio 2018.

LOUIS VUITTON: Grande Sezione, Sentenza del 23 marzo 2010 – nelle cause riunite C-236/08, Google France SARL e Google Inc. contro Louis Vuitton Malletier SA; C-237/08 Google France SARL contro Viaticum SA e Luteciel SARL e C-238/08 Google France SARL contro Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL e altri. Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poiares Maduro del 22 settembre 2009.

MURPHY: Grande Camera, sentenza del 4 Ottobre 2011 - nei casi riuniti C-403/08 and C-429/08, Football Association Premier League Ltd and Others v. QC Leisure and Others (C-403/08) and Karen Murphy v. Media Protection Services Ltd (C-429/08). Conclusioni dell'Avvocato Generale J. Kokott del 3 febbraio 2011.

NETLOG: Terza Sezione, Sentenza del 16 febbraio 2012 – nella causa C-360/10, Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) contro Netlog NV.

PAINER: Terza Sezione, Sentenza 1 Dicembre 2011 – nella causa C-145/10, Eva-Maria Painer contro Standard VerlagsGmbH, Axel Springer AG, Süddeutsche Zeitung GmbH, Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG, Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG. Conclusioni dell’Avvocato Generale V. Trstenjak del 12 Aprile 2011.

PELHAM: Grande Sezione, Sentenza del 29 luglio 2019 – nella causa C-476/17, Pelham GmbH e a. contro Ralf Hütter e Florian Schneider-Esleben. Conclusioni dell’Avvocato Generale M. Szpunar del 12 dicembre 2018.

REHA TRAINING: Grande Sezione, Sentenza del 31 maggio 2016 – nella causa C-117/15, Reha Training Gesellschaft für Sport und Unfallrehabilitation mbH contro Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA). Conclusioni dell’Avvocato Generale Y. Bot del 23 febbraio 2016.

RENCKHOFF: Seconda Sezione, Sentenza del 7 agosto 2018 – nella causa C-161/17, Land Nordrhein-Westfalen contro Dirk Renckhoff. Conclusioni dell’Avvocato Generale M. Campos Sánchez-Bordona del 25 aprile 2018.

SCARLET EXTENDED: Terza Sezione, Sentenza del 24 novembre 2011 – nella causa C-70/10, Scarlet Extended SA contro Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM). Conclusioni dell’Avvocato Generale P. Cruz Villalón del 14 aprile 2011.

SGAE: Terza Sezione, Sentenza del 7 dicembre 2006 - nella causa C-306/05, Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)

contro Rafael Hoteles SA. Conclusioni dell'Avvocato Generale E. Sharpston del 13 luglio 2006.

SOULIER: Terza Sezione, sentenza del 16 novembre 2016 – nella causa C-301/15, Marc Soulier, Sara Doke contro Premier ministre, Ministre de la Culture et de la Communication, con l'intervento di Société française des intérêts des auteurs de l'écrit (SOFIA), Joëlle Wintrebert e altri, Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet del 7 luglio 2016.

SPIEGEL ONLINE: Grande Sezione, Sentenza del 29 luglio 2019 – nella causa C-516/17, Spiegel Online GmbH contro Volker Beck. Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Szpunar del 10 gennaio 2019.

STICHTING BREIN: Seconda Sezione, Sentenza del 26 aprile 2017 – nella causa C-527/15, Stichting Brein contro Jack Frederik Wullems. Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Campos Sánchez-Bordona dell'8 dicembre 2016.

STICHTING BREIN: Seconda Sezione, sentenza del 14 giugno 2017 - nella causa C-610/15, Stichting Brein contro Ziggo BV e XS4All Internet BV. Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Szpunar dell'8 febbraio 2017.

SVENSSON: Quarta Sezione, Sentenza del 13 febbraio 2014 – nella causa C-466/12, Nils Svensson e altri contro Retriever Sverige AB.

VCAST: Terza Sezione, sentenza del 29 novembre 2017 - nella causa C-265/16 VCAST Limited contro R.T.I. SpA. Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Szpunar del 7 settembre 2017.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Ashby Donald And Others v France, 10 gennaio 2013.

U.S.A.

Authors Guild v. Google Inc., 804 F.3d 202 (2d Cir. 2015)

Campbell v. Acuff-Rose Music Inc., 510 U.S. 569 (1994)

Capitol Records, LLC v. Vimeo LLC, 972 F. Supp. 2d 500, 972 F. Supp. 2d 537 (S.D.N.Y. 2013)

Castle Rock Entertainment Inc. v. Carol Publishing Group, 150 F.3d 132 (2nd Cir. 1998)

Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186, 244 (2003)

Folsom v. Marsh, 9. F.Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841)

Golan v. Holder, 132 S. Ct. 873 (2012)

Lenz v. Universal Music Corp., 572 F. Supp. 2d 1150 (N.D. Cal. 2008)

Lenz v. Universal Music Corp., 801 F.3d 1126 (9th Cir. 2015)

Lenz v. Universal Music Corp., No. 13-16106, 2016 WL 1056082 (9th Cir. Mar. 17, 2016), *reh'g en banc denied, id.*

Lessig v. Liberation Music Pty Ltd, 1:13-cv-12028 (D. Mass. Aug 22, 2013)

Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC, 488 F.3d 1102 (9th Cir. 2007)

Sony Corp. of America v. Universal City Studios Inc., 464 U.S. 417 (1984)

Ty, inc. v. Publ'ns Int'l, 292 F.3d 512 (7th Circ. 2002)

UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC, 667 F.3d 1022 No. 09-55902 (9th Cir. App. 2013)

Viacom International, Inc. v. YouTube Inc., No. 07 Civ. 2103 (2nd Cir. App. 2012)

Warner Bros. Entertainment Inc. and J. K. Rowling v. RDR Books, 575 F.Supp.2d 513 (SDNY 2008)