

CLOUD COMPUTING E DIRITTO D'AUTORE

CARLA COSENTINO

Sommario: 1. Brevi cenni introduttivi. 2. Tipologie di servizi di *cloud computing*. 3. Il contesto normativo comunitario e nazionale. 4. Il caso VCast/RTI. 5. La decisione della Corte di Giustizia. 6. La posizione delle Corti americane. 7. La giurisprudenza tedesca. 8. Condizioni d'uso della tecnologia *cloud* e diritto d'autore. 9. Rilievi conclusivi.

1. Interrogarsi sulla relazione esistente tra la materia del diritto d'autore e i servizi di *cloud computing* comporta una scelta metodologica preliminare: limitare il campo d'indagine al profilo di liceità dei medesimi, alla luce delle previsioni normative attuali, oppure in una prospettiva “finalisticamente orientata”, domandarsi se il complesso delle regole correnti risponda o meno alla necessità di favorire lo sviluppo dei servizi in questione.

Tale seconda opzione implica necessariamente l'individuazione della disciplina applicabile al nuovo fenomeno, non solo mediante l'adattamento dei *dicta* del formante legislativo, ma anche attraverso l'interpretazione dei pochi precedenti giurisprudenziali sul tema.

Due sono le strade astrattamente percorribili nell'ambito di una scelta di politica del diritto: incoraggiare, come accaduto nel recente passato per altri settori finitimi, lo sviluppo delle moderne tecnologie, attraverso una regolamentazione che sostenga tale incremento, oppure, *a contrariis*, optare per un'interpretazione formale dei dati normativi esistenti, con la consapevolezza, tuttavia, che l'elaborazione legislativa degli stessi è stata concepita per realtà sostanzialmente differenti.

2. In via ancora preliminare, risulta utile, in chiave tassonomica, passare in rassegna le modalità in cui si articola il *cloud computing*, in quanto le stesse presentano significative diversità che, sovente, incidono anche sull'individuazione delle regole giuridiche applicabili alle singole fattispecie.

In termini generali, si può affermare che le tecnologie in parola consentono d'immagazzinare dati e consultarli per mezzo della rete *internet*; questi ultimi, fisicamente, non sono conservati sull'*hard disk* del computer dell'utente, ma esternamente, su diversi *hard disk*, dislocati altrove, spesso in Paesi differenti rispetto a quelli di residenza o di stabilimento dell'utente stesso (da qui il riferimento alla “nuvola informatica”).

Convenzionalmente, sebbene non vi sia univocità di vedute al riguardo, si è soliti ripartire il *cloud computing* in tre distinte tipologie: il SaaS (acronimo di *software as a service*), una metodologia che utilizza *software* installati all'esterno del *computer* adoperato dal fruitore, su *server* in remoto; l'IaaS (*infrastructure as a service*), con cui si fa riferimento all'acquisto (o, più in generale, alla fornitura) di uno spazio informatico per effettuare la memorizzazione (*storage*) di *file* dell'utente¹, spesso con un'attività di sincronizzazione dei medesimi²; la PaaS (*platform as a service*), locuzione con la quale s'intendono, di prassi, le soluzioni che consentono al cliente di sviluppare applicazioni in *cloud*.

¹ Tra i più comuni servizi di SaaS, possono essere ricordati *Google Drive*, ed *iCloud* di *Apple*.

² Come, ad esempio, nel diffusissimo *Dropbox*.

Da un punto di vista giuridico, i servizi di *cloud computing* pongono una serie di problemi connessi principalmente alla tutela dei dati personali e al diritto d'autore. Questo secondo profilo è oggetto del presente lavoro, non solo al fine di ricostruire il quadro normativo attuale, ma altresì nel tentativo di formulare delle proposte *de iure condendo* che bilancino gli interessi dei titolari dei diritti con quelli dei fornitori di tale tecnologia e, di riflesso, degli stessi utenti.

Le questioni principali, strettamente collegate tra loro, riguardano, da un lato, la possibilità di applicare la disciplina sulla copia privata alle opere "caricate" sui servizi di *cloud*, e, dall'altro, l'eventualità che la diffusione di queste ultime, per mezzo dei medesimi servizi, possa rappresentare un'ipotesi di comunicazione al pubblico, ai sensi dell'art. 5 della Direttiva InfoSoc.

Una volta indagati tali aspetti, l'analisi si proporrà d'individuare le soluzioni tecniche introdotte dai maggiori fornitori di prestazioni *cloud*, nonché di verificare se l'apparato normativo esistente possa offrire una risposta in grado di bilanciare gli interessi dei titolari dei diritti e quelli dei fornitori stessi, in un'ottica che travalicando i diritti soggettivi, possa considerare anche le ragioni della collettività tutta.

3. La copia privata, com'è noto, è disciplinata nel nostro ordinamento dagli artt. 71-*sexies* e 71-*septies* della legge sul diritto d'autore.

La prima delle due norme prevede che «È consentita la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi su qualsiasi supporto, effettuata da una persona fisica per uso esclusivamente personale, purché senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali, nel rispetto delle misure tecnologiche».

Per il comma 4 «la persona fisica che abbia acquisito il possesso legittimo di esemplari dell'opera o del materiale protetto, ovvero vi abbia avuto accesso legittimo, possa effettuare una copia privata, anche solo analogica, per uso personale, a condizione che tale possibilità non sia in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechi ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti». Tale statuizione vale anche nel caso in cui siano utilizzate delle misure tecnologiche di protezione, come, ad esempio, i cc.dd. dispositivi anticopia.

La disciplina italiana ha recepito la Direttiva 2001/29/CE³, il cui art. 2 dispone che debba essere riconosciuto, ai soggetti elencati dalla norma, «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». Tale diritto è riconosciuto, tra gli altri, anche «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».

L'art. 5 della Direttiva introduce una deroga a tale regola, ammettendo la possibilità di trarre una copia privata dell'opera tutelata. La lett. b) dell'art. 5 prevede che gli Stati membri possano disporre eccezioni e limitazioni al diritto di riproduzione, per quanto riguarda «le riproduzioni su qualsiasi supporto effettuate da una persona fisica per uso privato e per fini né direttamente, né indirettamente commerciali a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso che tenga conto dell'applicazione o meno delle misure tecnologiche di cui all'articolo 6 all'opera o agli altri materiali interessati». Il par. 5 dell'art. 5, invece, stabilisce che tali eccezioni e limitazioni siano «applicate esclusivamente in determinati casi speciali che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali [protetti] e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare».

Sia la Direttiva comunitaria, sia il decreto nazionale di recepimento statuiscono, quindi, che la riproduzione non possa essere materialmente compiuta da terzi: si tratta di un profilo molto importante, se collocato nello specifico contesto del *cloud computing*, dove non sempre è

³ 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, in G.U. 2001, L. 167, 10.

chiaro se il *file*, contenente un'opera protetta dal diritto d'autore, sia "caricato" sullo spazio informatico messo a disposizione dal fornitore del servizio, da quest'ultimo o ancora dall'utente.

4. Tale ultimo aspetto è stato recentemente affrontato nell'unico caso, ad oggi, deciso dalla Corte di Giustizia, in una fattispecie che ha visto contrapposti una società italiana che crea e diffonde programmi televisivi sul territorio nazionale (la RTI/Reti Televisive Italiane S.p.A.) ed una compagnia di diritto inglese, la VCast, che fornisce ai propri utenti un servizio di videoregistrazione mediante la tecnologia *cloud*.

In particolare quest'ultima consente agli utenti, dietro la fornitura di apparecchiature *hardware* e *software*, di ottenere una registrazione dei programmi relativi alle emissioni delle reti televisive italiane, trasmesse per via terrestre e con libero accesso, tra cui, specificatamente, i programmi la cui titolarità dei diritti è detenuta dalla società italiana.

La controversia giudiziaria è stata introdotta dalla VCast dinnanzi al Tribunale di Torino: l'azione era finalizzata ad ottenere una pronuncia che potesse accertare la liceità dei servizi da essa forniti.

Consapevole dell'incerto quadro normativo, la società chiedeva che della questione fossero interessate la Corte Costituzionale, relativamente alla legittimità dell'art.71-*sexies*, comma 2, della legge sul diritto d'autore, e la Corte di Giustizia, sulla questione pregiudiziale interpretativa del combinato disposto della Direttiva InfoSoc (sulla nozione di comunicazione e messa a disposizione del pubblico⁴ e sulla nozione di copia privata) e della Direttiva sul commercio elettronico (per quanto concerne la riconducibilità dell'attività in esame tra quelle della società dell'informazione, oltre che per l'eventuale applicazione del regime della responsabilità agli operatori intermediari).

Secondo la società inglese il servizio in questione sarebbe stato lecito e legittimo, giacché si sarebbe limitato a intercettare il segnale, trasmesso dall'operatore televisivo e a registrarne il contenuto scelto dall'utente all'interno di uno spazio *cloud*, acquisito dal medesimo presso un fornitore terzo. L'attività di registrazione e di fissazione su supporto del contenuto informativo selezionato, quindi, sarebbe rientrata nelle eccezioni di cui all'art. 71-*sexies*, atteso che la VCast avrebbe fornito il noleggio di un sistema di videoregistrazione da remoto e che i contenuti da registrare sarebbero stati selezionati dai singoli utenti, e di cui all'art. 71-*septies*, che ammette la videoregistrazione assoggettandola ad equo compenso.

Contrariamente, la società resistente riteneva che il diritto di copia privata sarebbe stata nozione di stretta interpretazione e, quindi, non passibile di estensione alla fattispecie; che gli artt. 12, 13 e 16 l. d. a. avrebbero assegnato a RTI la facoltà esclusiva di riprodurre le opere registrate dalla VCast, nonché il diritto di comunicarle al pubblico, ritrasmettendole via cavo, e di fissarle su supporti; che, ai sensi dell'art. 5, comma 2, Della direttiva 2001/29 e dell'art.71 *sexies* l. d. a. sarebbero state da ritenersi illecite le attività volte a riprodurre videogrammi effettuate da soggetti diversi da una persona fisica e per finalità commerciali, in difetto di autorizzazione del titolare.

Con ordinanza del 31 ottobre/2 novembre 2015, il Tribunale di Torino inibiva alla VCAST *Limited* il proseguimento della condotta e l'erogazione del servizio di videoregistrazione da remoto, nonché «l'ulteriore riproduzione, la messa a disposizione e distribuzione delle emissioni televisive di RTI»⁵.

⁴ Sulle due nozioni si rinvia a M.M. WALTER, *Article 3 Right of communication to the public of works and right of making available to the public of other subject-matter*, in M.M. Walter – S. Von Lewinski, *European copyright law. A commentary*, OUP, 2010, 975 ss.

⁵ Trib. Torino, 2 novembre 2015, RG n. 9816/2015, inedita.

5. La conclusione della Corte di Giustizia, tuttavia, devia dalla questione principale, in quanto, anziché decidere sul problema della copia privata, che costituiva argomento basilare nel contesto che ci interessa e su cui si era focalizzata l'opinione dell'Avvocato generale⁶, si concentra, esclusivamente, sulla nozione di comunicazione al pubblico e sulla sua applicabilità ai servizi di *cloud computing*.

Innanzitutto, il primo requisito richiesto, ai fini della comunicazione al pubblico, è, appunto, l'esistenza del medesimo. I giudici del Lussemburgo non hanno dubbi in merito, statuendo che la VCast si rivolgerebbe ad un pubblico indeterminato e sufficientemente ampio, dal momento che, come riferito nella decisione, «*il fornitore di servizi di cui al procedimento principale registra le emissioni radiodiffuse e le mette a disposizione dei suoi clienti attraverso Internet*»⁷.

Anche il secondo requisito richiesto dalla Direttiva InfoSoc sarebbe rispettato, atteso che sussisterebbe un atto di comunicazione al pubblico, inteso come «*qualsiasi trasmissione delle opere protette, a prescindere dal mezzo o dal procedimento tecnico utilizzato*».

Va poi sottolineato che, diversamente da alcuni precedenti, la sussistenza di un atto di comunicazione e la presenza di un pubblico sono considerati elementi cumulativi e non alternativi. Inoltre, il parametro adottato è quello della sentenza *Reha Training*, che, in passato, era stata raramente richiamata quale precedente⁸: appare probabile che tale circostanza sia determinata dalla similitudine tra l'oggetto delle due controversie⁹.

La diversità di pubblico – in linea con i principi di cui alla sentenza *ITV Broadcasting*¹⁰ – è rimarcata altresì dal fatto che le modalità di comunicazione sono differenti: diffusione televisiva, nel caso della RTI, trasmissione a mezzo internet, nell'ipotesi della VCast.

Nel precedente in questione, infatti, si era affermato che, in caso di utilizzo di un mezzo di diffusione distinto rispetto a quello originario, tale modalità «*deve limitarsi a mantenere o ad aumentare la qualità della ricezione di una trasmissione già esistente e non può essere utilizzato per una trasmissione diversa da quest'ultima*»¹¹.

L'attività della VCast, a giudizio della Corte, non si sarebbe limitata alla fornitura di un servizio tecnico, ma avrebbe rappresentato una ritrasmissione non autorizzata dalla società televisiva.

6. La giurisprudenza americana si è occupata di una vicenda analoga, con risultati antitetici rispetto a quelli espressi in sede comunitaria.

Occorre osservare, tuttavia, che il diverso contesto normativo ha inciso molto, come si avrà modo di sottolineare a breve, sulle opzioni interpretative dei giudici.

Nel caso *Cablevision*, le Corti statunitensi sono state chiamate a dirimere una controversia relativa ai servizi basati sulla tecnologia *cloud* (e, nello specifico, il funzionamento della registra-

⁶ Sul punto, per più ampi rilievi, si rinvia a T. RENDAS, *Cloud computing and copyright law: cloud-based video recording reaches the CJEU*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, 808, ss.

⁷ Cfr. punto 46 della sentenza.

⁸ Corte di Giustizia, 31 maggio 2016, *Reha Training*, C-117/15, punti 37, 38 e 39, reperibile su <https://www.eius.it/giurisprudenza/2017/552.asp>.

⁹ Nel caso *Reha Training*, cit., la Corte di Giustizia ha statuito che, in caso di diffusione di programmi televisivi attraverso apparecchiature installate in un centro di riabilitazione, sussiste la violazione dei diritti non solo degli autori, ma altresì di artisti, interpreti ed esecutori, nonché che tale diffusione costituisce un atto di comunicazione al pubblico ai sensi della direttiva InfoSoc.

¹⁰ Corte di Giustizia, 7 marzo 2013, *ITV Broadcasting ea.*, C-607/11, punto 39, reperibile su <https://www.eius.it/giurisprudenza/2017/552.asp>.

¹¹ Per ulteriori approfondimenti sulla sentenza si rinvia a P. DI MICO, *La ritrasmissione di opere su internet e la comunicazione al pubblico secondo la Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. aut.*, 2013, 293 ss.; nonché G. MORGESE, *La normativa internazionale ed europea sul diritto d'autore*, in *Com. Intern.*, 2014, 591.

zione di trasmissione di televisione via cavo, con modalità digitale all'interno di una memoria remota c.d. RS-DVR) al fine di stabilire se violassero o meno i diritti d'autore delle case di produzione televisiva¹².

Secondo la *Second Circuit*, il sistema offerto ai consumatori non avrebbe costituito un *copyright infringement*, dal momento che lo stesso avrebbe utilizzato una modalità tecnologica, denominata *buffering*, idonea a costituire una copia dell'opera¹³, difettando il requisito della tangibilità della stessa.

La *section 101* del *Copyright Act* definisce copie gli «oggetti materiali [...] in cui un'opera è fissata con qualsiasi metodo conosciuto o sviluppato successivamente, e dal quale l'opera può essere percepita, riprodotta o altrimenti comunicata, direttamente o con l'ausilio di una macchina o dispositivo»¹⁴.

La portata della decisione deve però essere circoscritta, tenendo conto che riguarda un caso in cui la Corte era chiamata a giudicare un *direct infringement* e non una responsabilità da parte del fornitore del servizio, riconducibile alla *doctrine*, nota come *contributory infringement*.¹⁵ Infatti, la sentenza nega che sussista una responsabilità diretta, dal momento che mancherebbe un elemento di volizione e che la mera proprietà del dispositivo di copia – ma sul punto v'è concordia con la decisione comunitaria VCast – non sarebbe sufficiente, atteso che era l'utente ad attivare la registrazione e a selezionare, per mezzo del proprio comando, il programma televisivo.

La pronuncia appare, tuttavia, interessante per quanto attiene alla nozione di “pubblico” che, secondo la Corte statunitense, non sussisterebbe in tale fattispecie, dal momento che la registrazione sarebbe messa a disposizione di un solo soggetto, ossia dell'utente che ha scelto il canale televisivo e la relativa programmazione e che, materialmente, ha attivato il comando di registrazione.

Dall'analisi della giurisprudenza americana, invece, non è dato evincere in maniera univoca se la semplice messa a disposizione di un *file*, per mezzo di un sistema di *cloud*, equivalga alla nozione di distribuzione, ai sensi del *Copyright Act*: l'opinione dominante si esprime in senso negativo, ritenendo che la sola messa a disposizione, non determini, *ex se*, una violazione dei paradigmi della legge statunitense sul diritto d'autore¹⁶.

¹² *Cartoon Network v. CSC Holdings*, 536 F.3d 121 (2d Cir. 2008), *cert. denied*, 129 U.S. 2890 (2009). Nel caso di specie, la *Supreme Court* ha negato il *writ of certiorari* (sul cui funzionamento e sulla cui applicabilità, v., per tutti, U. MATTEI, *L'imperialismo del Writ of Certiorari: il tramonto della giurisdizione obbligatoria nella U.S. Supreme Court*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 131 e ss.).

¹³ Tecnicamente, si discorre di *buffer* nel caso in cui un supporto di memoria sia utilizzato per registrare temporaneamente dei dati nel momento in cui gli stessi sono trasferiti da un *hardware* o da *software* ad un computer. Nel caso di specie, tale attività aveva una durata di circa un secondo per effettuare la copia.

¹⁴ Sul punto, per ulteriori rilievi, si rinvia a P. GOLDSTEIN, *Goldstein on Copyright*, Third Ed., Wolters Kluwer, Supplement 2:48 (2012); in giurisprudenza, v. il *leading case* *White-Smith Music Publishing Company v. Apollo Company*, 209 U.S. 1 (1908).

¹⁵ Secondo le regole della *common law*, si ha questa forma di responsabilità nel caso in cui un soggetto (*secondarily liable*) induca, causi o contribuisca materialmente alla commissione di un illecito da parte di un altro soggetto (*directly liable*). Cfr. *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971); *Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp.*, 821 F. Supp. 616, 625 (N.D. Cal.1993), *aff'd* 35 F.3d 1435 (9th Cir. 1994); *Casella v. Morris*, 820 F.2d 362, 365 (11th Cir. 1987); *Columbia Pictures Industries, Inc. v. Redd Home Inc.*, 749 F.2d 154, 160 (3d Cir. 1984); *F.E.L. Publications, Ltd. v. National Conference of Catholic Bishops*, 466 F. Supp. 1034, 1040 (N.D. Ill. 1978). Pertanto, questa figura ricorre allorchando sussiste una violazione “diretta” cui si aggiunge, poi, una condotta che solo indirettamente, aiuta a realizzare l'illecito (a titolo, appunto, di mera contribuzione), cfr. *Cable/Home Communication Corp. v. Network Prods. Inc.*, 902 F.2d 829, 845 (11th Cir. 1990).

¹⁶ Sul punto, meritano di essere ricomprese anche le decisioni su altri sistemi di registrazione o condivisione di file: *Perfect 10, Inc. v. Amazon*, 508 F. 3d 1146, 1162-1163 (9th Cir. 2007); *Capitol Records, Inc. v. Thomas*, 579 F. Supp. 2d 1210 (D. Minn. 2008); *London-Sire Records, Inc. v. Doe*, 542 F. Supp. 2d 153, (D. Mass. 2008) (evaluating discovery requests); *Atlantic Recording Corp. v. Howell*, 554 F. Supp. 2d 976, 981-982 (D. Ariz. 2008) (denying

7. All'interno delle Corti europee, quelle tedesche si sono occupate, tra le prime, dei problemi connessi ai rapporti tra i sistemi di *cloud computing* e diritto d'autore.

In particolare, la Corte Federale di Giustizia tedesca (*Bundesgerichtshof*) si è pronunciata sulla legittimità dei servizi di registrazione di emissioni televisive¹⁷, giungendo ad una lettura spesso differente rispetto a quella dei giudici comunitari.

Il punto d'incontro, tra la decisione del *Bundesgerichtshof* e quella della Corte di Giustizia, è costituito dall'asserita liceità del servizio: la medesima Corte, in un precedente del 2009, aveva già sostenuto che il servizio fosse, di per sé, lecito, dichiarando che «*la persona che effettua la riproduzione è la persona che aziona tecnicamente la riproduzione, anche se ciò comporta un impiego di mezzi tecnici forniti da terzi*»¹⁸.

L'aspetto maggiormente interessante è costituito dalla dichiarazione dei giudici secondo cui poichè l'atto di riproduzione è concretamente compiuto dall'utente e non dal gestore del servizio *on-line*, lo stesso, qualora realizzato senza finalità lucrative e per scopi strettamente personali, possa essere compreso nell'eccezione di copia privata, di cui al § 53 della legge tedesca sul diritto d'autore (*Urheberrechtsgesetz*)¹⁹.

La sentenza del 2009 precisa, tuttavia, che la disposizione in questione non trovi applicazione qualora la registrazione sia eseguita da un servizio che, sebbene azionato dall'utente, agisca per fini di lucro, anche indiretti²⁰.

Pertanto, la principale differenza tra l'interpretazione della giurisprudenza tedesca e quella della Corte di Giustizia è la seguente: secondo il *Bundesgerichtshof*, la circostanza che un servizio offra copie identiche a più soggetti non viola il diritto esclusivo dei *copyright holder* di riprodurre duplicati dell'opera da mettere a disposizione del pubblico, così come previsto dalla § 19a dell'*Urheberrechtsgesetz* e dall'art. 3 della Direttiva InfoSoc, a condizione che tali riproduzioni siano destinate ad un uso personale degli utenti.

Tale affermazione, tuttavia, potrebbe essere mitigata dalla circostanza che, a parere dei giudici tedeschi, la ritrasmissione simultanea del segnale televisivo a più soggetti contravverrebbe al § 20 dell'*Urheberrechtsgesetz* e all'art. 3 della Direttiva InfoSoc.

Ne deriva che se, la giurisprudenza tedesca ha il pregio di aver dichiarato la liceità dei servizi che si servono del *cloud computing* per la diffusione di musica e video (come, ad esempio, *iTunes*)²¹, la medesima ha poi adottato (in linea con il pensiero della Corte di Giustizia) un'interpretazione restrittiva dell'attività dei fornitori dei servizi di *cloud* in relazione alla nozione di comunicazione al pubblico, richiedendo la necessità di un preventivo consenso da parte dei titolari dei diritti.

motion for summary judgment); *Atlantic Recording Corp. v. Brennan*, 534 F. Supp. 2d 278 (D. Conn. 2008) (denying default judgment motion). In senso contrario, però, v. *Elektra Entertainment Group, Inc. v. Barker*, 551 F. Supp. 2d 234, (S.D.N.Y. 2008).

¹⁷ Bundesgerichtshof, 11 aprile 2013, disponibile all'URL: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=f996d5640c310f861ed5bec68e07bbd2&nr=63981&pos=0&anz=1>.

¹⁸Bundesgerichtshof, 22 aprile 2009, disponibile all'URL: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=3c4de954a3bd3dd7f2431599eeae906&nr=48879&pos=9&anz=12>. Si tratta in realtà di 3 sentenze gemelle, relative ai seguenti procedimenti giudiziari: I ZR 215/06; I ZR 216/06; I ZR 175/07.

¹⁹ Va segnalato che la legislazione tedesca sulla copia privata e sul relativo equo compenso è tra le più vantaggiose per i titolari dei diritti; cfr. M. KRETSCHMER, *Private Copying and Fair Compensation: An Empirical Study of Copyright Levies in Europe*, in *Intellectual Property Office Research Paper*, n. 2011/9, 16 ss.

²⁰ Nella fattispecie in questione era, infatti, emerso che il servizio fosse gratuito per gli utenti, ma fosse finanziato dalla pubblicità trasmessa sulla piattaforma informatica.

²¹ F. NIEMANN, *German Federal Court of Justice finds that without right holders' consent online private video recording services are only legal in very specific circumstances*, in *Lexology*, December 14 2009, disponibile all'URL <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b6fca48b-e84a-4273-849a-ba357539bbad>.

8. Prima di provare a tratteggiare possibili soluzioni – le quali, in una materia in continuo divenire relativamente ad una riflessione *de iure condendo* devono necessariamente essere considerate provvisorie –, giova richiamare le regole relative al diritto d'autore, presenti nelle condizioni generali di contratto dei principali fornitori di servizi di *cloud*.

Uno dei più diffusi, come noto, è *Dropbox*. In tema di proprietà intellettuale, la pagina relativa al DMCA (*Digital Millennium Copyright Act*) si apre con un'affermazione perentoria: «*Dropbox rispetta i diritti di proprietà intellettuale delle altre persone e si attende che i suoi utenti si comportino nello stesso modo*».

Tale dichiarazione, per quanto stentorea, potrebbe apparire, di per sé, scontata; in realtà, invece, evidenzia una scelta commerciale del gestore del servizio che, evidentemente, non ottiene alcun beneficio economico diretto²² dalla condivisione o meno di contenuti che violino i diritti d'autore (o altri diritti di proprietà intellettuale) di terzi.

Analogamente, il punto 1.3 delle “Condizioni generali d'uso” di *Amazon Drive*²³ afferma quanto segue: «*Tu puoi condividere solo i Tuo File per i quali disponi di tutti i necessari diritti d'autore e degli altri diritti. Se condividi un file, chiunque abbia accesso a quel file potrà vederlo e scaricarne copie. Tu sei l'unico responsabile di come condividi i Tuo File e dell'accesso da parte di terzi ai Tuo File che condividi. Tu non puoi condividere file [...] (c) se la condivisione di quei file viola una qualsiasi legge, una proprietà intellettuale, la privacy, i diritti della personalità o altri diritti di altre persone, o una qualsiasi licenza o altro accordo a cui tu sei soggetto*».

Le medesime Condizioni, al punto 5.2, prevedono che possa essere disattivato il servizio in caso di violazioni commesse dagli utenti²⁴. Infine, in caso di inosservanza del diritto d'autore, è possibile inviare una segnalazione ad *Amazon*: l'operatore, per quanto riguarda il mercato europeo, ha sede in Lussemburgo e, pertanto, non trova applicazione a tale fattispecie, diversamente da quanto visto per *Dropbox*, la normativa americana del DMCA e il relativo modello di *notice and take-down*.

È interessante, tuttavia, notare che le informazioni presenti nel modulo di segnalazione *on-line*, sebbene più “snelle” rispetto a quelle della § 512 del *Copyright Act*, siano, nei fatti, equivalenti, dal momento che si richiede di specificare i contenuti che sarebbero violati, l'URL dove è possibile visualizzarli, gli estremi identificativi del titolare del diritto²⁵.

Minori spunti offrono, invece, le condizioni d'uso del servizio *iCloud* della *Apple*²⁶, in particolare perché il paragrafo relativo al diritto d'autore è ricompreso nei generici servizi offerti dalla società: quindi, non è prevista una procedura specifica per i servizi *cloud*.

Simili valutazioni possono essere riferite alle condizioni d'uso di *Drive*, il servizio *cloud* di *Google*. Difatti, l'accettazione dei “Termini di servizio” di *Google Drive*²⁷ è subordinata

²² La giurisprudenza statunitense, in casi di *copyright infringement*, ritiene che possa sussistere una responsabilità vicaria del gestore del servizio (o, comunque, del soggetto che è altri rispetto all'autore materiale dell'illecito) nel solo caso in cui sussista un *direct financial benefit*. Cfr. *Polygram Int'l Publishing, Inc. v. Nevada/TIG, Inc.*, cit.; *Roy Export Co. v. Trustees of Columbia University*, 344 F.Supp. 1350, 1353 (S.D.N.Y. 1972); *Sony Corp. of Am. V. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984). Così anche in alcuni casi relativi alle diffusioni radiofoniche: *Boz Scaggs Music v. KND Corp.*, 491 F.Supp. 980, 913 (D. Conn. 1980); *Realsongs v. Gulf Broadcasting Corp.*, 824 F.Supp. 89, 92 (M.D. La. 1993); *Unicity Music, Inc. v. Omni Communs., Inc.*, 844 F. Supp. 504, 509 (E.D. Ark. 1994).

²³ V. l'ultimo aggiornamento del 28 novembre 2017, disponibile al seguente URL: <https://www.amazon.it/gp/help/customer/display.html?nodeId=201376540>.

²⁴ «*Amazon potrà risolvere il Contratto, o limitare, sospendere o cessare il tuo utilizzo del Servizio in ogni momento, per esempio quando dovessimo ritenere che il tuo utilizzo viola il presente Contratto, sia improprio, ecceda sostanzialmente o differisca gravemente dal normale utilizzo degli altri utenti del Servizio o qualora si caratterizzi per atti di frode o per uso inappropriato del Servizio o danneggi gli interessi di Amazon e degli altri utenti del Servizio*».

²⁵ Cfr. <https://www.amazon.it/report/infringement>

²⁶ <https://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/it/terms.html>

²⁷ <https://support.google.com/drive/answer/2450387?hl=it>.

all'accettazione dei "Termini di servizio" di Google²⁸, dal momento che, com'è risaputo, tutti gli strumenti offerti dalla multinazionale americana sono soggetti ai medesimi *terms and conditions*.

Le condizioni generali presentate da Google si limitano a ricordare quanto segue: «Rispondiamo alle notifiche di presunta violazione del copyright e provvediamo a chiudere gli account dei trasgressori recidivi in conformità con la procedura stabilita nel Digital Millennium Copyright Act». Pertanto, il soggetto che ritiene che sia stato violato un suo diritto di proprietà intellettuale dovrà utilizzare, per via telematica, il modello messo a disposizione della società, ed ottenere, se ne ricorrono i presupposti, la rimozione di tale contenuto. Google, poi, si riserva – così come altri fornitori di servizi *cloud* – di sospendere o disattivare l'account dell'utente in caso di ripetute trasgressioni delle proprie regole o delle norme a tutela del diritto d'autore.

Le condizioni di Drive, inoltre, contengono una previsione che non ricorre frequentemente nelle clausole d'uso degli altri *service provider*: «Non rivendichiamo la proprietà di nessuno dei tuoi contenuti, inclusi testo, dati, informazioni e file che carichi, condividi o archivi nell'account di Drive». Tale precisazione, che potrebbe apparire pleonastica, evidenzia, tuttavia, che il servizio Drive, a differenza di altre prestazioni offerte da Google (ad esempio, Google+ o YouTube), non concede a tale società alcuna licenza per il riutilizzo dei contenuti condivisi dagli utenti di quest' applicazione.

Proseguendo in questa rapida rassegna, meritano un cenno anche le condizioni d'uso di Mega Limited, dal momento che si tratta di un fornitore stabilito in Nuova Zelanda e, quindi, non soggetto all'applicazione né della normativa europea, né di quella statunitense.

Il punto 13.3. impone all'utente di non «infringe anyone else's intellectual property (including but not limited to copyright) or other rights in any materials». Anche in questo caso, il gestore del servizio si riserva il diritto, a sua discrezione, di sospendere l'erogazione del servizio stesso, in caso di violazioni (anche presunte) delle condizioni d'uso o dei diritti dei terzi.

Queste ultime menzionano una procedura elaborata di notifica e rimozione²⁹. È interessante notare che, a differenza di altri servizi non statunitensi, si afferma che la notifica debba essere effettuata in buona fede e che, in caso contrario, potrebbero esservi conseguenze legali.

²⁸ <https://www.google.com/intl/it/policies/terms/>.

²⁹ Cfr. punto 10: "We respect the copyright of others and require that users of our services comply with copyright laws. You are strictly prohibited from using our services to infringe copyright. You may not upload, download, store, share, display, stream, distribute, e-mail, link to, transmit, share or otherwise make available any files, data, or content that infringes any copyright or other proprietary rights of any person or entity. We will respond to notices of alleged copyright infringement that comply with applicable law and are properly provided to us. If you believe that your content has been copied or used in a way that constitutes copyright infringement, please provide us with the following information: (i) a physical or electronic signature of the copyright owner or a person authorised to act on their behalf; (ii) identification of the copyrighted work claimed to have been infringed; (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 us to locate the material including the exact URL link to that material on Mega; (iv) your contact information, including your address, telephone number, and an email address; a statement by you that you have a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorised by the copyright owner, its agent, or the law; and (v) a statement that the information in the notification is accurate, and, under penalty of perjury (unless applicable law says otherwise), that you are authorised to act on behalf of the copyright owner". Punto 20: "We reserve the right to remove data alleged to be infringing without prior notice, at our sole discretion, and without liability to you. In appropriate circumstances, we will also terminate your account if we consider you to be a repeat infringer". La procedura di notice and take-down è descritta nei punti 21 e ss.: 21 We process all takedown notices based on good faith acceptance of the representations from the party submitting the takedown notice. We do not review the material before processing the takedown notice. 22 You may file a counter-notice if you believe that access to a file you have uploaded has been wrongly disabled because it was the subject of an incorrect takedown notice. You should only do so if you are confident that no other party owns copyright in the material, or you have rights to store the material and, if you are sharing it, that you have the right to do so. 23 Please understand that: 23.1 When we receive your counter-notice, we pass it, including your address and other contact information, to the party who issued the original takedown notice. By submitting your counter-notice

Il punto che appare particolarmente interessante è quello nel quale il fornitore del servizio specifica che l'attività di notifica e rimozione è fornito su base volontaria – non essendo imposto a livello legislativo – e che la cancellazione di contenuti protetti potrebbe sì rispondere alla normativa di Stati diversi dalla Nuova Zelanda, ma che, anche in tale caso, questa circostanza non fa venir meno la competenza delle Corti neozelandesi. In altri termini, anche l'eventuale applicazione (di fatto) di una determinata legge nazionale, non verrebbe ad alterare, per le condizioni d'uso, la competenza giurisdizionale.

La ricognizione delle condizioni generali di contratto dei principali operatori dimostra che tutti hanno attuato, anche nei casi in cui non fosse richiesto espressamente dalla legge nazionale, dispositivi di *notice and take-down*. È dimostrato, infatti, che tali strumenti, basati sul “potere” contrattuale degli operatori, che dettano le regole della fruizione dei servizi, consentono di ridurre i costi transattivi associati ai tempi e alle spese di un eventuale giudizio ordinario, finalizzato alla rimozione dei contenuti che violano i diritti d'autore e costituiscono un vantaggio economico sia per i titolari dei diritti che per gli stessi fornitori di servizi³⁰.

you authorise us to do so. 23.2 Filing a counter-notification may lead to legal proceedings between you and the complaining party. 23.3 There may be adverse legal consequences in New Zealand and/or your jurisdiction if you make a false or bad faith allegation by using this process. 23.4 If, when using this counter-notice process, you make a false or bad faith allegation or otherwise breach these terms or any of our policies and that causes us any loss, costs (including legal costs), damages or other liability, we reserve the right to claim for and recover from you that loss, those costs (including full legal costs on a solicitor client basis), damages and other liability, by deduction from any balance in our account and/or by proceedings in New Zealand and/or the jurisdiction of the address in your counter-notice. 23.5 We provide this counter-notice process voluntarily for the purposes of all applicable copyright takedown and counter-notice regimes in New Zealand and other jurisdictions, but, in doing so, we do not submit to any jurisdiction, law, tribunal or court other than those of New Zealand, as set out in these terms. We may amend, suspend or withdraw this counter-notice process at any time, provided that any counter-notices in train at that time shall continue to be processed. 24 By filing a counter-notice, you are deemed to have accepted the above terms. If you do not accept the above terms, do not file a counter-notice. 25 To file a counter-notice with us, you must provide a written communication to copyright@mega.nz that includes substantially the following. 25.1 Identification of the specific URL(s) of material that has been removed or to which access has been disabled. 25.2 Your full name, address, telephone number, email address and the username of your Mega account. 25.3 The statement: "I have a good faith belief that the material was removed or disabled as a result of a mistake or misidentification of the material to be removed or disabled." 25.4 The reasons for that good faith belief, sufficient to explain the mistake or misidentification to the person who filed the original takedown notice. 25.5 The statement "I will accept service of proceedings in New Zealand or in the jurisdiction where my address in this counter-notice is located, from the person who provided Mega Limited with the original copyright takedown notice or an agent of such person." 25.6 Signature. A scanned physical signature or usual signoff in an email or using our webform will be accepted. 25.7 You may also provide comments. 26 We will only accept a counter-notification directly from the user from whose account a URL or file has been disabled. For verification, counter-notifications must be submitted from the email address associated with the account. 27 If we do not receive any further communication from or on behalf of the person who originally submitted the takedown notice or any communication we do receive does not in our sole opinion adequately justify the original takedown notice, we may, but shall not be obliged to, reinstate the material in approximately 10-14 days provided we have no reason to believe that the material infringes copyright. 28 Nothing in this counter-notice section prejudices our right to remove or disable access to any material at any time, for any reason or no reason.

³⁰ Anche il legislatore italiano, com'è noto, ha introdotto un modello di notifica e rimozione con il c.d. Regolamento AGCom (Delibera AGCom n. 680/13/CONS). Sul punto si rinvia, tra gli altri, a M. BASSINI, *Enforcement del Diritto d'autore Online e tutela dei diritti "degli altri". Profili costituzionali del regolamento AGCOM*, in *Federalismi*, 2014, n. 2; A. STAZI, *La tutela del diritto d'autore in rete: bilanciamento degli interessi, opzioni regolatorie e "modello italiano"*, in *Dir. inf.*, 2015, 89 ss.; G. GIANNONE CODIGLIONE, *Opere dell'ingegno e modelli di tutela. Regole proprietarie e soluzioni convenzionali*, Torino, 2017, 332 ss.

9. L'analisi – inevitabilmente frammentaria – impone di ritenere che la parola fine rispetto al quesito della liceità nel rapporto tra sistemi di *cloud computing* e regole del diritto d'autore, sia lontana dall'essere scritta.

Innanzitutto, perché sembra difficile individuare un'unica disciplina applicabile alle singole fattispecie, tenendo conto delle diverse tipologie di servizi sul mercato e del loro differente funzionamento. Infatti, quelli passati in rassegna spaziano da attività in cui non v'è alcun intervento del fornitore, che si limita a mettere a disposizione una porzione di spazio telematico (similmente a quanto fa un *host provider* in caso di apertura di un sito *web*), a prestazioni che offrono specifiche utilità, come quelli che consentono la registrazione in remoto di programmi televisivi, su cui si è concentrata principalmente l'attenzione della giurisprudenza nei diversi ordinamenti considerati.

In questo senso, deve ribadirsi che la Corte di Giustizia, decidendo di non prendere una posizione netta in merito alla riconducibilità del *cloud* alla copia privata, ha perso un'occasione importante, dal momento che l'elemento che appare accomunare tutti i servizi è, appunto, la possibilità di condividere delle copie con altri utenti.

Diversi gli interrogativi irrisolti: si tratta di copie, come taluno sostiene, o di meri servizi di condivisione? Per aversi copia è necessario un ulteriore elemento (ad esempio, creare un nuovo *file* sul proprio *hard disk*) oppure la semplice condivisione, con possibilità di fruizione da parte di altri, equivale, di per sé, ad una copia?

Il diritto, nel considerare la nozione *de qua*, ha sempre fatto riferimento al criterio della tangibilità, specialmente negli ordinamenti di *common law*. Ci si chiede allora se l'aspetto della "fisicità", nel mondo dei *bit*, sia ancora rilevante o debba cedere il passo a nuovi e differenti paradigmi.

Probabilmente, una presa di posizione risoluta, da parte dei giudici comunitari, avrebbe potuto far luce, almeno a livello europeo, su questo aspetto, i cui contorni, al contrario, appaiono ancora sfumati.

Del resto, una maggiore chiarezza avrebbe favorito anche lo sviluppo o la modifica di tali servizi.

Si tratta, evidentemente, di una lettura differente volta a coniugare l'aspetto giuridico con quello economico.

In altri termini, la decisione della Corte di Giustizia è verosimilmente corretta da un punto di vista tecnico, ma presenta due limiti evidenti. Innanzitutto non è estensibile ad altri servizi, oltre a quelli considerati, seppur operanti nel medesimo settore e rispondenti agli stessi bisogni dei consumatori (ossia la registrazione in *cloud computing* di programmi televisivi): ne è riprova l'analisi della giurisprudenza americana dove, variando alcuni aspetti secondari e talune condizioni legislative, le soluzioni giurisprudenziali appaiono completamente "rovesciate."

Inoltre la sentenza VCast applica in maniera formalistica la disciplina esistente che era pensata per uno scenario tecnologico assolutamente diverso.

Con ciò non si vuole affermare che ogni modifica tecnologica debba comportare la conseguente emanazione di leggi *ad hoc*, anzi, si ritiene che tra gli obiettivi dei legislatori che si confrontano con l'*information technology* dovrebbe esserci per primo quello di pensare ad una normativa capace di guardare al futuro. Tuttavia, risulta difficile negare che il concetto di comunicazione al pubblico, così come faticosamente declinato dalla Corte di Giustizia, sia inadatto a rispondere alle esigenze che la domanda dei consumatori pone alle industrie tecnologiche.

Per questa strada, si giunge, inevitabilmente, ad una visione più complessa, che, però, merita di essere accennata. Può il diritto costituire un ostacolo allo sviluppo tecnologico? Possono le regole sulla proprietà intellettuale essere utilizzate, in maniera strumentale, per frenare lo sviluppo di servizi nuovi, che rispondano a bisogni ai quali, evidentemente, non riescono a fare fronte le imprese televisive? Oppure dobbiamo mutare l'angolo prospettico e ritenere che

i fornitori dei servizi tecnologici sfruttino parassitariamente i creatori (e finanziatori) di contenuti?

Le risposte a tali interrogativi, naturalmente, sono tutt'altro che agevoli, così come risulta complicato assumere una posizione dirimente.

Non può non considerarsi, tuttavia, che il diritto d'autore, nel corso dell'ultimo quindicennio, sia divenuto un "grimaldello" per arginare lo sviluppo di servizi che, in termini concorrenziali, potrebbero attrarre i consumatori e distoglierli dalla fruizione dei tradizionali mezzi di intrattenimento.

Si pensi, per essere più espliciti, alla "battaglia" cui si è assistito tra titolari dei diritti d'autore e gestori delle piattaforme del web 2.0 come *YouTube*. L'obiettivo dei primi era quello di tutelare le proprie opere o di intraprendere uno scontro con i secondi, che, per mezzo dei loro servizi, hanno eroso gli investimenti pubblicitari un tempo destinati agli operatori televisivi³¹

In definitiva, la decisione VCast della Corte di Giustizia deve essere osservata per quello che è, ossia una pronuncia che riguarda uno specifico servizio e una fattispecie peculiare; non è possibile, pertanto, mutuare da tale sentenza soluzioni applicabili a tutto il comparto del *cloud computing*. Un settore che, evidentemente, necessita di interventi differenti così come di diverse decisioni, la cui complessità non può essere affidata *tout court* all'attività vicaria della giurisprudenza.

³¹ Sul punto, si rinvia a G.M. RICCIO, *Social network e responsabilità civile*, in *Dir. inf.*, 2010, 859 ss.