

Giorgio Spedicato

**PROPRIETÀ INTELLETTUALE
E DISTRIBUZIONE DI LIBRI
SU PIATTAFORME DIGITALI**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

GIORGIO SPEDICATO

PROPRIETÀ INTELLETTUALE E DISTRIBUZIONE DI LIBRI SU PIATTAFORME DIGITALI

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

1. IL MERCATO DELLE OPERE LETTERARIE DI FRONTE ALLE SFIDE DELLE TECNOLOGIE DIGITALI: OSSERVAZIONI INTRODUTTIVE.

Sebbene le opere letterarie costituiscano l'oggetto prototipico della tutela autoriale, il settore dell'editoria — che intorno alla produzione e circolazione di queste ultime è storicamente e funzionalmente articolato — è stato, quasi paradossalmente, l'ultimo in ordine di tempo ad essere investito da quella che, con termine ormai un po' frusto, viene definita “rivoluzione digitale”¹. Ciò può forse in parte spiegarsi con la circostanza che — all'interno di un più generale contesto in cui la distribuzione di opere su piattaforme digitali ha finito con il marginalizzare il *corpus mechanicum*, sostituito sempre più di frequente da un *corpus logicum*² — il supporto in cui le opere letterarie sono tipicamente incorporate, ossia il libro, continua ad assolvere per molti lettori una funzione che è anche, se non precipuamente, affettiva (per cui il libro si sfiora, si odora, si colleziona), ancora rilevante nel processo di fruizione, ciò che non avviene, ad esempio, nel settore

* Il presente contributo è destinato agli *Scritti in memoria di Mario Fabiani* in corso di pubblicazione, a cura di S. ERCOLANI, *Prove di resistenza del diritto d'autore. Modelli di distribuzione delle opere sulle piattaforme digitali*, per i tipi della Aracne editore, 2017.

¹ Sull'impatto della rivoluzione digitale nello specifico contesto della letteratura v. D. BARON, *A Better Pencil: Readers, Wri-*

ters, and the Digital Revolution, Oxford, Oxford University Press, 2009.

² O *corpus quasi-mechanicum*, come avevo provato a suggerire in un altro scritto facendo riferimento alla natura non materiale, ma nondimeno in qualche modo “fisica”, di un *file* digitale: cfr. G. SPEDICATO, *Digitalizzazione di opere librerie e diritti esclusivi*, in *Aedon*, n. 2/2011, reperibile all'URL: <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2011/2/spedicato.htm>.

musicale, che non a caso, e proprio in ragione dell'irrelevanza del supporto ai fini del godimento del bene immateriale, è stato il primo — e il caso *Napster* in questo fa storia³ — ad essere interessato dal processo di dematerializzazione in discorso⁴.

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

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

2. CONCENTRAZIONE DI MERCATO E PREOCCUPAZIONI ANTITRUST.

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

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

⁴ E non casualmente, in un generale contesto in cui i dati di vendita della musica su supporto hanno conosciuto una generalizzata flessione, si muove in controten-

denza il settore dei dischi in vinile, fenomeno che taluno ha voluto spiegare con la circostanza che il "vinile mantiene intatta un'aura tutta sua, come e anche più del libro. Incentiva la conversazione, lo scambio di opinioni, è un oggetto da venerare, fa arredamento e dona un tono a chi lo espone": così A. LANA, *Perché il vinile è tornato di moda?*, nell'edizione digitale de *Il Sole 24 Ore*, 30 marzo 2014, all'URL: <http://www.ilsole24ore.com/art/tecnologie/2014-03-30/perche-vinile-e-tornato-moda-150356.shtml?uuid=ABeBVy6>.

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

⁶ Su cui v. ad es. le osservazioni di A. CUSTOVIC, *Bomba carta. Processo al Sistema delle concentrazioni editoriali*, nell'edizione digitale de *Il Sole 24 Ore*, 16 gennaio 2012, all'URL: <http://www.ilsole24ore.com/art/cul>

Senza che sia qui necessario esaminare nel dettaglio il suo articolato modello di business ⁷, e semplificando alquanto il discorso, Amazon è riuscita ad affermarsi in pochi anni sul mercato librario grazie a tre fattori principali: un catalogo straordinariamente vasto, prezzi fortemente scontati e un servizio di consegna e di assistenza post-vendita tempestivo ed efficiente.

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

Uno degli elementi maggiormente problematici è stato rappresentato dalle aggressive politiche di sconto praticate dal colosso dell'*e-commerce*, come dimostra la controversia con l'editore Hachette, indisponibile ad accettare che i propri *e-books* fossero venduti a prezzi ridotti di oltre il 30% rispetto a quello di copertina ⁹. Per quanto la controversia citata sia stata in ultima analisi risolta positivamente ¹⁰, la prima reazione di Amazon rispetto alle contestazioni di Hachette — ossia un aggressivo boicottaggio dei prodotti di quest'ultima — e la conseguente forte riduzione delle vendite *online* registrata dall'editore ¹¹, mostrano in modo molto concreto quale sia l'effettivo grado di dominanza sul mercato di Amazon.

tura/2012-01-16/bomba-carta-processo-sistema-101653.shtml?uuid=AakW3ceE.

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

⁸ Cfr. S. BUTLER, *Independent bookshops in decline as buying habits change*, nell'edizione digitale di *The Guardian*, 21 febbraio 2014, reperibile sul relativo sito Internet all'URL: <https://www.theguardian.com/books/2014/feb/21/independent-bookshops-campaign>, con la conseguenza che molte librerie, non senza successo, stanno riscoprendo il loro ruolo come luogo di aggregazione: v. ad es. R. WALKER, *Indie bookshops turn a new page to fight off threat from Amazon*, nell'edizione digitale di *The Guardian*, 2 luglio 2016, reperibile all'URL: <https://www.theguardian.com/books/2016/jul/16/independent-bookshops-edinburgh-publishing-amazon>.

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

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

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

Che la posizione dominante di Amazon si traduca effettivamente in condotte abusive¹² resta ovviamente da dimostrare¹³, anche in considerazione del reale vantaggio in termini di riduzione di costo per i consumatori¹⁴ derivanti dalle sue politiche di prezzo. Il dubbio tuttavia resta, come dimostra la circostanza che la Commissione europea abbia aperto nel corso del 2015 un'indagine nei suoi confronti¹⁵ per verificare se alcune clausole (sostanzialmente modellate sullo schema MFN)¹⁶ presenti negli accordi di Amazon con gli editori — e nello specifico quelle che obbligano questi ultimi a informare la prima circa eventuali condizioni più favorevoli relative agli *e-books* offerte ad altri distributori online ovvero ad applicare le medesime condizioni anche ad Amazon — siano in contrasto con gli artt. 101 e 102 TFUE¹⁷.

La valutazione della condotta sul mercato di un operatore delle

15/authors-amazon-hachette-letter-board-sales-books.

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

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

¹⁴ E tuttavia la Corte di giustizia ha chiarito che "l'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE, N.d.A.], come le altre regole in materia di concorrenza enunciate nel Trattato, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi immediati di singoli concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale": così Corte giust. UE, 4 giugno 2009, nel procedimento C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, par. 38, annotata da G. COLANGELO, *T-Mobile Netherlands e GaxoSmithKline. La giurisprudenza comunitaria torna indietro*, in *Merc. conc. reg.*, 2010, p. 527 ss. In termini ancora più chiari si era espresso l'Avvocato generale Kokott nelle conclusioni rassegnate il 19 febbraio 2009 nel medesimo caso, ove al par. 58 osservava che "l'art. 81 CE, come anche le altre norme

sulla concorrenza del Trattato, non è soltanto e prioritariamente destinato a tutelare gli interessi immediati di singoli concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, pertanto, la concorrenza in quanto tale (come istituto). In questo modo, naturalmente, viene indirettamente tutelato anche il consumatore. Infatti, se la concorrenza in quanto tale subisce un pregiudizio, alla fine sono da temere svantaggi anche per il consumatore". Per una prima impostazione del tema relativo agli interessi protetti dalla disciplina antitrust (e ai relativi modelli di mercato) si rinvia a M. RICOLFI, *Antitrust*, in N. ABRIANI, G. COTTINO, M. RICOLFI, *Diritto industriale*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da G. COTTINO, Padova, Cedam, 2001, p. 542 ss.: nonché, più di recente, agli spunti proposti da C. OSTI, *Ma a che serve l'antitrust?*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 114 ss.

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

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

¹⁷ Nel mese di maggio 2017, ben dopo la stesura di questo contributo, la Commissione europea ha adottato una decisione che recepisce gli impegni assunti da Amazon in relazione all'inchiesta avviata dalla Commissione stessa nel mese di giugno 2015. Sul-

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

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

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

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

E-books ed intese editoriali nell'Eden digitale: c'è la Mela del peccato?, in *Merc. conc. reg.*, 2013, p. 119 ss.

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

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

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

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

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

Resta chiaramente da capire come affrontare, anche per il futuro, il tema della posizione di dominanza di Amazon — che appare peraltro, almeno allo stato attuale, destinata a consolidarsi. A questo proposito — senza arrivare a immaginare soluzioni di carattere strutturale come quelli auspicati dal Parlamento europeo in relazione al soggetto in posizione dominante sul mercato dei motori di ricerca²⁴ — si può forse tentare di proporre uno spunto di riflessione (o di provocazione), senza alcuna pretesa di esaurire un argomento così delicato e complesso. È a molti noto come Google sia ormai da tempo entrato in tutti i dizionari di lingua inglese²⁵ (e ora, con un cacofonico anglicismo, anche in quelli di lingua italiana)²⁶ per riferirsi all'attività di compiere una ricerca su Internet (“to google”). La circostanza non stupisce quando si consideri quanto quotidianamente frequente sia l'attività in questione e quale sia la quota di Google nel mercato dei motori di ricerca (che in alcuni paesi sfiora il 90%)²⁷. In dottrina non è mancato chi si sia interrogato circa la possibilità di trattare Google alla stregua di una *essential facility*, con le eventuali connesse conseguenze sul piano antitrust²⁸. Orbene, Amazon, sotto molti aspetti, sembra star percorrendo una parabola analoga a quella di Google²⁹. Per quanto ancora in via di consolidamento, non è sconosciuto nella lingua inglese l'uso del neologismo

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

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

²⁶ Come dimostra l'inserimento nel vocabolario Treccani del neologismo “googlare” per indicare l'attività di “[c]ercare con Google, fare una ricerca attraverso la rete telematica, servendosi del motore di ricerca Google”: cfr. il lemma “googlare” nel vocabolario *Treccani* online, reperibile

all'URL: [http://www.treccani.it/vocabolario/googlare_\(Neologismi\)/](http://www.treccani.it/vocabolario/googlare_(Neologismi)/).

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

²⁸ In argomento v. G. MANNE, *The Problem of Search Engines as Essential Facilities: An Economic & Legal Assessment*, in B. SZOKA, A. MARCUS (eds.), *The Next Digital Decade: Essays on the Future of the Internet*, Washington, TechFreedom, 2010, p. 419 ss., reperibile altresì online all'URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1747289. In senso fortemente critico rispetto all'ipotesi rappresentata nel testo v. M.A. JAMISON, *Should Google Search Be Regulated as a Public Utility?*, 17 marzo 2012, reperibile all'URL: <https://ssrn.com/abstract=2027543>. In senso opposto v. invece L. MAYS, *The Consequences of Search Bias: How Application of the Essential Facilities Doctrine Remedies Google's Unrestricted Monopoly on Search in the United States and Europe*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 2015, p. 721 ss.

²⁹ Cfr. ad es. O. BUDZINSKI, K.H. KÖHLER, *Is Amazon the Next Google?*, in *Ilmenau Economics Discussion Papers*, vol.

“to amazon” per far riferimento all’attività di fare acquisti online ³⁰, circostanza alla quale occorre aggiungere quella relativa alla quota di mercato di Amazon che — per restare nell’ambito degli *e-books* — supera il 65% ³¹. Vero è che la giurisprudenza, specialmente comunitaria, ha manifestato un orientamento piuttosto restrittivo quanto all’applicabilità dell’*essential facility doctrine*, specialmente dalla decisione *Bronner* in poi ³². È opportuno tuttavia domandarsi — e qui si potrebbe chiudere con un punto interrogativo — se tale dottrina non possa, o non debba, essere oggi ripensata ai fini della sua applicabilità ai mercati online, strutturalmente diversi sotto molti aspetti (ivi inclusi quelli dei monopoli che in essi possano venire a determinarsi) ³³, rispetto ai mercati tradizionali.

3. LA DEMATERIALIZZAZIONE DELLE OPERE LETTERARIE TRA MERCATO E NON-MERCATO.

Il secondo rilevante impatto prodotto dalle tecnologie digitali, come detto, è stato storicamente determinato dalla creazione di un nuovo bene (in senso economico), l’*e-book*, che ha affiancato il tradizionale volume cartaceo come *medium* per la circolazione delle opere letterarie ³⁴. Lungi dal costituire la mera trasposizione in formato *machine-readable* di un testo, l’*e-book* cerca per un

20, n. 97, reperibile all’URL: <https://ssrn.com/abstract=2676079>.

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

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

³² Cfr. Corte giust. CE, 26 novembre 1998, nel procedimento C-7/97, *Bronner*, ECLI:EU:C:1998:569. Nel senso sopra indicato v. M. BERGMAN, *The Bronner Case. A Turning Point for the Essential Facilities Doctrine?*, in *Eur. Comp. L. Rev.*, 2000, p.

59 ss.; nonché, nella nostra dottrina, R. PILLITTERI, *La Corte di giustizia circoscrive rigorosamente i confini di applicazione della c.d. “essential facilities doctrine” nella repressione dell’abuso di posizione dominante*, in *Dir. comm. int.*, 1999, p. 1024 ss. Per una ricostruzione della giurisprudenza comunitaria in materia di *essential facilities* v. S.J. EVRARD, *Essential Facilities in the European Union: Bronner and Beyond*, in *Colum. J. Eur. L.*, 2004, p. 491 ss.

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

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

verso di replicare, nel modo più mimetico possibile, l'esperienza di fruizione del libro cartaceo (basti qui pensare all'uso della tecnologia *e-ink* appositamente sviluppata per gli *e-reader*)³⁵ e, per altro verso, di arricchire quest'ultima sfruttando le caratteristiche di ipertestualità e multimedialità rese possibili dalla tecnologia digitale, che trovano oggi nei nuovi *enhanced books* la loro manifestazione più evidente³⁶.

La diversità — quasi ontologica come si è detto³⁷ — tra libri cartacei ed elettronici, insieme a fattori economici legati al diverso schema dei costi di produzione e distribuzione, contribuisce forse a spiegare le ragioni per cui i due relativi mercati, originariamente quasi coincidenti, siano andati progressivamente allontanandosi sotto molteplici profili, ivi incluso quello dei risultati di vendita³⁸. È tuttavia interessante notare come — ben prima dell'avvento degli *e-reader* e del connesso sorgere di un mercato degli *e-books* — la nascita del libro elettronico si collochi in un contesto che appare del tutto estraneo alle dinamiche mercantili, essendo fatta risalire all'avvio nel 1971 del Progetto Gutenberg³⁹, una pionieristica iniziativa che si prefiggeva l'obiettivo di costituire una biblioteca di versioni elettroniche di libri stampati liberamente e gratuitamente accessibili. Da allora, molteplici sono stati i tentativi di realizzare l'utopia della *Universalbibliothek*⁴⁰, e ciò ad opera tanto di soggetti pubblici⁴¹ quanto, come forse era meno lecito attendersi, di soggetti privati. Pur nella loro diversità di

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

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

³⁷ Diversità che sul piano fiscale giustifica anche il differente regime IVA applicabile, come stabilito da Corte giust. UE, 5 marzo 2015, nel procedimento C-479/13, *Commissione / Francia*, commentata da B. CAPPIELLO, *L'applicazione del regime di IVA ridotto alla fornitura di libri elettronici: un breve commento alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso Commissione c. Francia, del 5 marzo 2015*, in *Dir. comm. int.*, 2016, p. 226 ss.; nonché nella dottrina straniera da E. LINKLATER, *The end of the story for reduced VAT rates for E-books? Commission v. France, Commission v. Luxembourg*, in *Comm. Mark. L.*

Rev., 2015, p. 1679 ss. In tema, e nello stesso senso della decisione dianzi richiamata, v. anche le più recenti conclusioni presentate dall'A.G. Kokott in data 8 settembre 2016 nel caso C-390/15, *Rzecznik Praw Obywatelskich*.

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

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

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

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

contenuti, soggetti promotori e successo, ciò che accomuna tali iniziative è la circostanza di aver contribuito a creare una alternativa per l'accesso ad un amplissimo catalogo di opere letterarie non basato su dinamiche di mercato (*i.e.* sull'acquisto della copia di un'opera), possibilità che se per un verso era già tradizionalmente assicurata dal sistema bibliotecario, ha trovato tuttavia nelle *cc.dd. digital libraries* il modo per emanciparsi, in tutto o in parte, da quei limiti legati alla scarsità di spazio, di tempo e, più in generale, di risorse, tipica del mondo analogico.

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

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

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

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

v. M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, The Hague, Kluwer, 2004.

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

A seguito di una complessa vicenda giudiziaria durata un decennio ⁴⁵, la U.S. Court of Appeals for the Second Circuit ha peraltro stabilito che, in considerazione delle caratteristiche tecniche del servizio Google Books e dell'obiettivo ultimo della tutela autoriale individuato dalla costituzione statunitense ⁴⁶, l'iniziativa di Google doveva valutarsi come legittima in applicazione del 17 U.S.C. § 107 in materia di *fair use* ⁴⁷, dovendosi valorizzare il carattere "*highly transformative*" dell'uso delle opere da parte di quest'ultima ⁴⁸, e ciò anche a dispetto della circostanza che la multinazionale californiana agisse sulla base di motivazioni essenzialmente commerciali e che le opere interessate fossero riprodotte integralmente, entrambe circostanze che militerebbero, almeno in via di principio, in favore dell'esclusione dell'applicabilità del § 107.

La decisione della Court of Appeals nel caso *Google Books* sembra confermare per un verso la tendenza della giurisprudenza statunitense a valutare in modo sintetico, e non analitico, i fattori rilevanti ai fini dell'applicabilità del *fair use* ⁴⁹, e consente per altro verso di evidenziare la notevole flessibilità di questo strumento giuridico rispetto a nuovi usi resi possibili dall'evoluzione della tecnologia ⁵⁰, caratteristica che la dottrina è stata peraltro tipicamente incline a riconoscerli, spesso contrapponendolo pro-

⁴⁵ E conclusasi con la decisione *Authors Guild v. Google, Inc.*, no. 13-4829 (2d Cir. 2015), reperibile all'URL: <https://www.eff.org/files/2015/10/16/agvgoogle.pdf>. Una ricostruzione delle diverse fasi giudiziarie del caso Google Books è proposta da L.F. HERRERA SIERRA, *La Dottrina Del Fair Use Frente a Los Retos Impuestos Por El Entorno Digital. Estudio Del Caso Google Books*, in *Rev. prop. inm.*, 2015, p. 57 ss., disponibile altresì all'URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2719025.

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

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

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

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

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

prio per questo al più rigido sistema di eccezioni e limitazioni previsto dalla disciplina comunitaria ⁵¹, e in particolare dall'art. 5 della direttiva 29/2001/CE ⁵².

Alcune recenti decisioni emanate dalla Corte di Giustizia UE mostrano tuttavia non solo come l'ordinamento comunitario, pur nella sua diversità strutturale da quello statunitense, possa garantire ragionevoli margini di flessibilità all'interprete, ma anche come tale flessibilità sia sempre più spesso utilizzata dalla giurisprudenza per rendere il sistema dell'esclusiva autoriale compatibile con il mutato contesto tecnologico e socio-economico di riferimento (e in questo senso paradigmatico pare l'esempio della decisione *UsedSoft*) ⁵³ nonché, occorre dirlo, in sintonia con una nuova e innegabile sensibilità collettiva rispetto a un certo maggior grado di libertà nell'accesso ai contenuti culturali ⁵⁴.

Il riferimento è qui per un verso alla sentenza *Technische Universität Darmstadt* ⁵⁵, ove si è confermato che la direttiva 29/2001/CE non osta a che uno Stato membro conceda alle biblioteche il diritto di digitalizzare le opere contenute nelle proprie collezioni, qualora tale atto di riproduzione risulti necessario ai fini della messa a disposizione degli utenti di tali opere su terminali dedicati situati nei locali delle istituzioni stesse ⁵⁶, e, per altro verso, in modo ben più pregnante, alla sentenza *Vereniging Openbare Bibliotheken* ⁵⁷, ove la Corte di giustizia ha stabilito che la citata deroga al diritto esclusivo di prestito da parte di istitu-

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

⁵² Direttiva n. 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, in *Gazz. uff. CE*, n. L 167, 22 giugno 2001, p. 10 ss.

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

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

⁵⁵ Cfr. Corte giust. UE, 11 settembre 2014, *cit.*

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

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

zioni pubbliche di cui all'art. 6 della dir. 2006/115/CE può trovare applicazione anche nel caso del c.d. prestito digitale ⁵⁸.

Preso atto della differenza tra le norme applicabili, la decisione statunitense nel caso *Google Books* e le decisioni comunitarie nei casi *Technische Universität Darmstadt* e *Vereniging Openbare Bibliotheken* appaiono basate su principi sostanzialmente comuni: da un lato la necessità di non ostacolare la fornitura di servizi innovativi che consentano al pubblico di accedere alle opere al di fuori delle classiche dinamiche di mercato, e ciò in considerazione del fondamentale interesse pubblico sotteso a tale attività; dall'altro la necessità di assicurare che proprio quel mercato la cui costituzione e il cui funzionamento i diritti di proprietà intellettuale sono orientati a promuovere non venga irrimediabilmente compromesso. Si tratta di un equilibrio instabile, perseguito talvolta con tecniche che possono risultare opinabili — come la condizione “one copy — one user” imposta dalla Corte di giustizia nella decisione *Vereniging Openbare Bibliotheken* ⁵⁹ —, ma la cui ricerca è quanto mai necessaria alla luce del nuovo orizzonte tecnologico in cui le opere letterarie risultano oggi iscritte.

4. DALL'EDIZIONE ALL'AUTOEDIZIONE (E RITORNO?): IL RAPPORTO TRA AUTORI ED EDITORI NELL'ERA DIGITALE.

Il terzo e ultimo impatto prodotto dalla tecnologie digitali attiene, come detto, alla profonda modificazione del rapporto tra autori ed editori. Si tratta di un rapporto che, come la storia del diritto d'autore insegna, è stato tradizionalmente alquanto sbilanciato, in termini di potere economico e contrattuale, a favore dei secondi — un disequilibrio che peraltro il recente progetto di riforma del diritto d'autore comunitario si è incaricato in qualche modo di correggere ⁶⁰.

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

Occorre tuttavia precisare che, più che di assoluta dis-

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

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

⁶⁰ Cfr. a tale proposito gli artt. da 14 a

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

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

Tali *service provider* hanno consentito l'emersione del fenomeno, ormai piuttosto diffuso⁶¹, dell'autoedizione (*self-publishing*), il quale, a dispetto del nome, poco o nulla condivide sotto il profilo giuridico con il tradizionale rapporto contrattuale di edizione disciplinato dagli artt. 118 ss. della nostra legge n. 633/1941, e che al più appare riconducibile al fenomeno già da tempo conosciuto dell'*édition à compte d'auteur* (causticamente definita "*vanity press*" in inglese)⁶², dal momento che in entrambi i casi: (i) l'autore non trasferisce all'editore (o, più genericamente, al fornitore del servizio) alcun diritto esclusivo; (ii) che il primo sostiene integralmente i costi connessi con la pubblicazione; (iii) e che, in conseguenza di ciò, non vi è alcuna compartecipazione ai rischi e ai proventi derivanti dalla commercializzazione dell'opera secondo lo schema tipico di cui all'art. 130 l.d.a. Il contratto di *self-publishing* appare dunque fondamentalmente configurarsi come un contratto atipico, ancorché nello stesso possano individuarsi, a seconda della circostanze del caso, elementi di negozi tipici quali quello di cui all'art. 1655 c.c. (*sub specie* dell'appalto di servizi)⁶³ o del mandato (a vendere)⁶⁴.

La specificità del bene *e-book* induce tuttavia ad evidenziare le differenze rispetto alla classica ipotesi del contratto di edizione per le stampe anche quando l'editore mantenga un ruolo decisivo

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

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

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

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

nel processo di pubblicazione dell'opera in formato digitale ⁶⁵. In dottrina non è mancato, al proposito, chi ha ritenuto di poter qualificare l'accordo di *e-publishing* come “contratto di edizione elettronica” ⁶⁶, così valorizzando le analogie, piuttosto che le differenze, rispetto al negozio tipico disciplinato dagli artt. 118 ss. l.d.a. Si tratta, beninteso, di una qualificazione che non appare fuorviante o errata, ma che richiede di tenere in debita considerazione talune peculiarità del rapporto con cui un editore assume l'obbligo di pubblicare, per conto e a spese dell'editore stesso, un *e-book*, quale ad esempio la verosimile inapplicabilità della norma di cui all'art. 122, co. 5, l.d.a. — che in caso di contratto di edizione a termine stabilisce l'obbligo di indicazione, a pena di nullità del contratto, del numero minimo di esemplari per edizione ⁶⁷ —, precetto che in considerazione della sua *ratio* di protezione dell'autore, in qualità di contraente debole rispetto alla posizione egemonica dell'editore ⁶⁸, perde rilievo in un contesto in cui la produzione di copie aggiuntive dell'opera avviene a costo zero per l'editore stesso e *on demand* in base alle richieste dei potenziali acquirenti ⁶⁹.

Più in generale, da un lato l'alternativa del ricorso al canale del *self-publishing* per gli autori, e, dall'altro lato, il sostanziale annullamento per gli editori dei costi di stampa e di gestione dei magazzini (in caso di *e-publishing*) o dei rischi connessi con eventuali copie invendute (in caso, ad es., di modalità di stampa in modalità c.d. *print on demand*) hanno contribuito non solo a riequilibrare in modo significativo il potere *stricto sensu* economico in favore degli autori — circostanza che parrebbe ora confermata anche dal frequente maggior valore delle *royalties* riconosciute a questi ultimi che sembra emergere dalla prassi ⁷⁰ — ma anche a restituire agli autori un certo grado di libertà con-

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

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

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

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

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

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

trattuale, come ampliamento dimostrato dalla tendenza di molti *e-publishers* a riservarsi i soli diritti necessari per la pubblicazione dell'opera in formato digitale lasciando libero l'autore di procedere eventualmente alla pubblicazione in formato cartaceo anche con altro soggetto.

Abstract

The publishing sector has been affected by the digital revolution in a variety of ways. Firstly, new economic players such as Amazon have changed the market of books distribution and now pose a serious threat to the competitive structure of that market, as recent antitrust investigations show. Secondly, the digitization of books has created an alternative way for customers to access to literary works outside of the market mechanisms, nevertheless raising copyright concerns. Lastly, the bargaining power of authors and publishers have been heavily affected by the possibility for authors to publish their works without the intermediation of the publishers. The paper briefly examines the three aspects mentioned above and provides a perspective of the evolution of the publishing sector.