

Collana Editoriale
PUNTOCARTESIANO

VOLUME II

StartAPP

Startup e App a norma

di GIOVANNI BATTISTA GALLUS

in collaborazione con SARDEGNA RICERCHE



**SARDEGNA
RICERCHE**

Collana Editoriale
PUNTOCARTESIANO

VOLUME II

StartAPP

Startup e App a norma

di GIOVANNI BATTISTA GALLUS
in collaborazione con SARDEGNA RICERCHE

ebook liberamente scaricabile da
www.puntocartesiano.it

Prima edizione - Aprile 2017

Opera edita da Sardegna Ricerche e distribuita con:
Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere
derivate 4.0 Internazionale.



Tutti i marchi riportati appartengono ai legittimi proprietari; marchi di terzi, nomi di prodotti, nomi commerciali e immagini riprodotte sono di proprietà dei rispettivi titolari e sono utilizzati al solo fine di critica e discussione come previsto dall'art. 70 L.d.a.

PUNTOCARTESIANO È UN PROGETTO DELLO SPORTELLINO PROPRIETÀ INTELLETTUALE - SARDEGNA RICERCHE

Progetto Innova.Re - POR FESR 2007-2013 Regione Sardegna



Indice dei contenuti

1. Introduzione	5
2. Cos'è una app	8
2.1 App e diritto d'autore: la tutela del software	8
2.2 Gli altri contenuti: opere dell'ingegno e dati	11
2.3 Marchi, segni distintivi e brevetti	12
2.3.1 La possibile tutela con il marchio	13
2.3.2 La possibile tutela con il design	15
2.3.3 La possibile tutela con il brevetto	16
3. Il canale di distribuzione: gli app store	17
3.1 Le condizioni di distribuzione	19
3.2 Responsabilità	21
3.3 Cosa fare se la propria app viene rifiutata, o ne viene richiesta la rimozione	22
4. Modelli di business	24
4.1 App gratuite	25
4.2 In-app advertising	26
4.3 Freemium	26
4.4 In-app purchases	27
4.5 App a pagamento	28
4.6 Sviluppo di app per conto terzi e offerta di servizi per sviluppatori	28
5. Lo sviluppo di una app: evitare gli errori più comuni	29
5.1 La titolarità della app	31
5.2 App create con il contributo di più soggetti	36
5.3 La protezione del marchio, del design e la tutela brevettuale	37
5.4 Gli accordi di confidenzialità	38
5.5 Il crowdfunding	40
5.6 I rapporti di lavoro	42

5.7 I contratti di sviluppo	44
6. La scelta della licenza	48
6.1 Licenze proprietarie	50
6.2 “Free” e “open source” software	51
6.2.1 Licenze libere e app store.....	54
7. Veicolare contenuti attraverso le app	55
7.1 L’uso di dati e di database	57
7.2 Open data e public sector information	57
8. Il trattamento di dati personali	59
8.1 Gli errori da evitare	61
8.2 “Privacy by design”, “privacy by default” e principio di necessità	62
8.3 L’informativa e il consenso	63
8.4 Le modalità del trattamento.....	64
9. Conclusioni	66

1. Introduzione

Il grande successo di *smartphone*, *tablet* e di tutti gli altri *device* connessi alla rete (dai *phablet*, gli *smartwatch* fino ai sempre più diffusi accessori per misurare i propri parametri vitali) è dovuto, in gran parte, alla versatilità, semplicità, economicità e disponibilità delle *app*.

Il termine *app*, abbreviazione di *mobile application*, sconosciuto fino al 2008, è oramai entrato nell'uso comune, e fa riferimento a quell'ampia categoria di *software* progettata per essere utilizzata per lo più con dispositivi mobili e distribuita attraverso dei servizi appositi, denominati *app store*.

Secondo Wikipedia¹, un *app store* è un sistema di distribuzione digitale per *software*, spesso fornito come componente di un sistema operativo su di un *personal computer* o su un *device* mobile. All'interno dell'*app store*, le *app* sono suddivise per categorie e per generi, e sono provviste di descrizione e di valutazioni (sia semplificate che analitiche) da parte dei clienti.

Attraverso l'*app store* stesso si può procedere all'acquisto (se si tratta di una *app* a pagamento), allo scaricamento e all'installazione della *app*.

Questo sistema di distribuzione, nato appunto per il *mobile*, si è oramai diffuso anche per i sistemi *desktop*: i sistemi operativi Microsoft, ad esempio, hanno da tempo il loro *app store*. Si tratta di un sistema di distribuzione semplificato e accentrato, suddiviso per sistemi operativi (Google Play per i sistemi Android, Apple Store per iOS, Windows Phone Store per i sistemi Microsoft, per citare i principali) che ha conosciuto una diffusione esponenziale a partire dal 2008. Esso è caratterizzato dal controllo (più o meno pervasivo) del soggetto che gestisce l'*app store* medesimo, che cura il processo di pubblicazione della *app* da parte degli sviluppatori e che può anche rimuovere la *app*. Normalmente il gestore dell'*app store* viene remunerato con una percentuale dei guadagni generati dalla *app* stessa.

Si tratta di un mercato fortemente dinamico, con numeri in costante aumento. I dati elaborati dal servizio fornito dal sito “www.statista.com”² mostrano una

¹ https://en.wikipedia.org/wiki/App_store

² <https://www.statista.com/> - Piattaforma nata nel 2008, è un fornitore di studi statistici e elaborazioni, che afferma di aggregare oltre 18.000 fonti. La statistica citata ha come fonte dati Apple e Appinsider.

crescita impetuosa, con oltre 2.000.000 di *app* disponibili nel solo *app store* di Apple a gennaio del 2017.

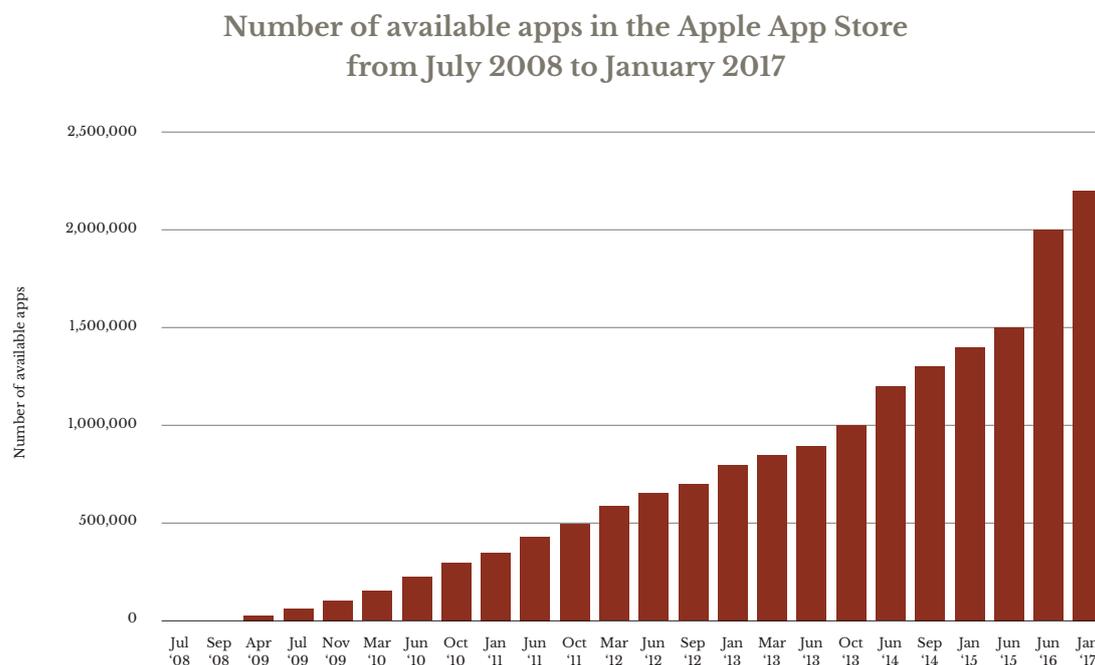


Fig. 1 – Numero delle app disponibili nell’Apple Store (fonte Statista)

A ottobre del 2015 sono stati superati i 100 miliardi di *download* complessivi.

Soffermandoci su Google Play, secondo Appbrain³, a dicembre 2015 erano disponibili oltre 1.800.000 *app*.

È interessante notare che la maggior parte delle *app* (soprattutto per quanto riguarda Google Play) sono gratuite: in particolare, sempre secondo Appbrain, a dicembre 2015 oltre 1.600.000 *app* erano gratuite, e poco più di 200.000 a pagamento, peraltro a un costo molto ridotto, spesso inferiore a un dollaro (il dollaro è la valuta in cui sono commercializzate la stragrande maggioranza delle *app*).

Il mercato, oltre a essere in fortissimo sviluppo, è capace di generare importante reddito. Secondo il rapporto “Sizing the EU app economy”⁴, nel 2018 il mercato

³ <http://www.appbrain.com/stats/number-of-android-apps>. Appbrain è una società fondata nel 2009 da due ex dipendenti Google, che è divenuta una delle principali fonti di informazioni sull’ecosistema Android.

⁴ Mark Mulligan and David Card, Sizing the EU app economy, 2014, reperibile alla pagina: <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/sizing-eu-app-economy>. Questo rapporto del febbraio 2014 si focalizza sulla portata e sulla qualificazione dell’ecosistema delle app in Europa, con particolare riguardo ai profitti generati dal mercato, ai posti di lavoro supportati e agli ostacoli che gli sviluppatori di app europei si trovano ancora ad affrontare.

delle *app* in Europa occuperà 4.8 milioni di persone e contribuirà all'economia dell'Unione per 63 miliardi di euro.

Si tratta quindi di una realtà importantissima, destinata ad essere ulteriormente alimentata dal dinamismo delle *startup*. La velocità (e la necessità di battere sul tempo la concorrenza) spesso porta però a trascurare alcuni aspetti, al contrario fondamentali, relativi alla creazione, alla distribuzione e alla gestione delle *app*.

In questo testo vi condurremo, con un linguaggio semplice e il più possibile accessibile anche a chi non ha competenze legali specifiche, attraverso un percorso che vi porterà a evitare (per quanto possibile) i principali rischi e i più comuni errori legati al complesso ecosistema delle *app*.

In primo luogo, nel capitolo 2, definiremo cosa sia una *app* dal punto di vista giuridico e quali siano le forme di protezione accordate.

Nel terzo capitolo affronteremo le peculiarità del canale di distribuzione, vale a dire l'*app store*.

Il quarto capitolo è dedicato ai modelli di *business* più diffusi, mentre il quinto capitolo è quello forse più importante: si analizzerà il percorso della "vita" di una *app*, e quindi del suo sviluppo, per individuare le cautele principali in tema di titolarità del *software*, di redazione dei contratti di sviluppo e di protezione attraverso altri istituti della proprietà industriale, quali le informazioni confidenziali, il marchio, il *design* e i brevetti.

Nel sesto capitolo ci occuperemo delle licenze da attribuire alla *app*, in modo da individuare correttamente le modalità di circolazione della stessa.

Il settimo capitolo è dedicato ai contenuti che possono essere veicolati attraverso le *app*, che possono essere i più vari, dalle fotografie, ai dati, ai video, etc.

L'ottavo capitolo analizza un altro profilo fondamentale e spesso sottovalutato: il trattamento di dati personali. Molte *app* (soprattutto quelle gratuite) si basano infatti su modelli legati alla profilazione dell'utente che, sulla base della normativa nazionale e dell'Unione Europea, è soggetta a una stringente disciplina.

Il nono capitolo è dedicato alle conclusioni.

2. Cos'è una app

Una *app*, come abbiamo già chiarito nell'introduzione, è senza dubbio qualificabile come *software*, trattandosi di una serie di istruzioni impartite a un elaboratore elettronico (in questo caso per lo più uno *smartphone*) per conseguire un risultato o svolgere una funzione.

Non dobbiamo però dimenticarci che le *app* non sono costituite soltanto dal *software*: attraverso di esse possono essere veicolate sia altre opere dell'ingegno (fotografie, video, musica, etc.) sia altri contenuti, non necessariamente protetti dal diritto d'autore, quali dati e mappe. Dedicheremo quindi un approfondimento anche a questo profilo.

2.1 App e diritto d'autore: la tutela del software

Lo sviluppo di una *app*, come già detto, costituisce atto di creazione di un *software*, o programma per elaboratore.

Qual è la forma di protezione accordata a quest'opera dell'ingegno? Troviamo la risposta nella legislazione nazionale e internazionale sul diritto d'autore.

Il *software*, infatti, a seguito della direttiva comunitaria 250/91, recepita in Italia con il D.lgs 518/1992 (che ha modificato la legge italiana sul diritto d'autore, la L. 633/1941⁵), è protetto come un'opera letteraria.

Ai sensi della L. 633 del 1941 sono dunque protette le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione, e tale protezione si estende ai programmi per elaboratore come opere letterarie secondo la convenzione di Berna, comprese le banche dati che per scelta o per disposizione del materiale costituiscono una creazione intellettuale dell'autore.

Poiché il *software* è protetto in quanto opera dell'ingegno, occorre che esso abbia "carattere creativo". Tale requisito sussiste qualora l'opera (e dunque anche la *app*) possieda originalità e novità; originalità significa che l'opera deve essere il frutto

⁵ L. 22 aprile 1941, n. 633, Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio - www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1941-04-22;633!vig=2015-12-27

di un lavoro intellettuale che esprima la personalità dell'autore, mentre per novità si intende la presenza di elementi che oggettivamente distinguano un'opera da altre dello stesso genere.

Secondo la Corte di Cassazione⁶ “il carattere creativo e la novità dell'opera sono elementi costitutivi del diritto d'autore sull'opera dell'ingegno [...] sia sotto il profilo della compiutezza espressiva, sia sotto il profilo della novità”. Ma, sempre secondo la Cassazione, il concetto giuridico di creatività, cui fa riferimento l'art. 1 della legge n. 633 del 1941, “non coincide con quello di creazione, originalità e novità assoluta, riferendosi, per converso, alla personale e individuale espressione di un'oggettività appartenente alle categorie elencate, in via esemplificativa, nell'art. 1 della legge citata, di modo che un'opera dell'ingegno riceva protezione a condizione che sia riscontrabile in essa un atto creativo, seppur minimo, suscettibile di manifestazione nel mondo esteriore, con la conseguenza che la creatività non può essere esclusa soltanto perché l'opera consiste in idee e nozioni semplici, ricomprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia”.

Una *app*, dunque, per essere protetta dal diritto d'autore, non dovrà essere assolutamente “nuova” o totalmente “originale”, ma potrà basarsi (come quasi inevitabilmente accade) su idee preesistenti e su principi ben noti: l'opera potrà comunque godere della protezione, in quanto espressione di un atto creativo, anche minimo, che venga esteriorizzato.

Stabilito che le *app*, in quanto *software*, possono essere protette dal diritto d'autore, occorre chiarire due punti importanti: cosa esattamente sia protetto dal diritto d'autore e quando nasca il diritto stesso.

Quanto al primo punto, è importante comprendere come il diritto d'autore non protegga l'idea o il principio in sé: non bisogna fare l'errore di pensare che, realizzando una *app* (anche molto innovativa) si ottenga una privativa sull'idea sviluppata.

Questa privativa si potrà ottenere soltanto nei limitati casi (che esamineremo dopo) in cui la *app* possa essere anche oggetto di tutela brevettuale. Il diritto d'autore, difatti, non tutela l'idea in sé, ma soltanto la sua forma espressiva e

⁶ Cass. civ., sez. I, sent., 28-11-2011, n. 25173.

dunque, per quanto riguarda il *software*, il codice eseguibile, il codice sorgente e i lavori preparatori.

In altre parole, se – ad esempio – dovessi realizzare una *app* che consente di cercare produttori di vino e cantine sulla base della geolocalizzazione, e mettermi in contatto con gli *shop online*, o gli altri canali distributivi, aggregando anche altre informazioni di natura enologica, potrei tutelare, mediante il diritto d'autore, soltanto la forma espressiva, vale a dire il codice sorgente e l'eseguibile, ma non l'idea in sé.

Potrò quindi agire in giudizio per impedire le violazioni e per richiedere il risarcimento dei danni contro chi copi (in tutto o in parte) il codice da me elaborato, ma non potrò impedire che altri, scrivendo codice autonomo, realizzino la stessa "idea" mediante una *app*.

Quanto al secondo punto, il diritto d'autore nasce con la creazione dell'opera, senza ulteriori formalità. Non c'è alcun bisogno di registrazione, o di apporre il simbolo ©: con l'atto della creazione viene attribuito per legge, all'autore, in via originaria ed esclusiva, il diritto di diffusione e sfruttamento dell'opera stessa. Anche se non è necessaria alcuna formalità, è in ogni caso opportuno preconstituire la prova della paternità dell'opera, al fine di poter eventualmente dimostrare in giudizio di essere effettivamente gli autori della *app*.

Il diritto d'autore comprende sia diritti morali, che sono incedibili e irrinunciabili, sia diritti patrimoniali, che sono invece liberamente commerciabili e licenziabili.

Per diritto morale d'autore s'intende il diritto, che spetta alla persona fisica, di essere riconosciuto autore della *app* creata e il diritto di opporsi a modificazioni, mutilazioni o deformazioni che creino pregiudizio all'onore o alla reputazione dell'autore (condizione questa ben difficilmente verificabile per il *software* in generale e per le *app* in particolare), mentre i diritti patrimoniali sono costituiti dal diritto di pubblicare l'opera, diritto di riproduzione, diritto di trascrizione, diritto di utilizzare economicamente l'opera, diritto di comunicare al pubblico l'opera, diritto di eseguire, rappresentare o recitare in pubblico l'opera, diritto di distribuzione dell'opera, diritto di tradurre, diritto di elaborare, diritto di modificare, diritto di noleggiare, diritto di dare in prestito. I diritti patrimoniali sono liberamente negoziabili attraverso contratti di cessione, o attraverso licenze, sia a titolo gratuito che a titolo oneroso.

Il diritto d'autore non è perpetuo, ma dura settant'anni dalla morte dell'autore: data la "vita" commerciale media del software e delle *app*, un termine così lungo equivale, nei fatti, alla perpetuità del diritto.

2.2 Gli altri contenuti: opere dell'ingegno e dati

Le *app* sono principalmente tutelate dal diritto d'autore in quanto *software*. Ma vi sono altre opere dell'ingegno (e altre forme di tutela) che possono riguardare lo sviluppo e l'architettura di una *app*. Esamineremo più avanti i casi in cui le *app* servano per veicolare altri contenuti protetti dal diritto d'autore (quali ad esempio fotografie, video, musica, etc.). Al di là di queste ipotesi, va però precisato che la tutela delle *app* non si limita alla sola porzione del *software*. Saranno infatti protette dal diritto d'autore anche le altre parti delle *app* non definibili quale *software*, ma costituenti comunque opere dell'ingegno (quali testi, grafiche, suoni, immagini, etc.), qualora naturalmente presentino carattere creativo⁷.

Un'ipotesi assai frequente è il caso della *app* che serve ad accedere ad uno o più *database* per erogare determinati servizi: infatti, molto spesso, le *app* hanno bisogno di interrogare dei *database* per fornire i servizi richiesti dall'utente.

Anche i *database*, secondo la disciplina italiana sul diritto d'autore, sono protetti come opere letterarie. Questo tipo di protezione (come opere dell'ingegno) si applica soltanto ai *database* che, per la scelta o la disposizione del materiale, costituiscono una creazione intellettuale dell'autore, e dunque presentano il requisito indispensabile del carattere creativo. Non tutti i *database* sono quindi protetti come opere dell'ingegno, ma solo quelli che possiedono tale carattere creativo che, naturalmente, è escluso per i *database* meramente compilativi. Questo tipo di protezione riguarda la struttura della banca dati e non il suo contenuto che, a sua volta, godrà di autonoma tutela se è formato da opere dell'ingegno. Ad esempio il diritto d'autore relativo ad un *database* di opere fotografiche, organizzato in maniera creativa, si sommerà alla protezione di cui queste ultime godono quali opere dell'ingegno.

Anche le banche dati non creative godono di una tutela specifica, prevista dall'art. 102-bis della legge sul diritto d'autore. Gli investimenti in lavoro e risorse

⁷ Per quanto concerne i profili relativi alla protezione accordata dal *design*, dai marchi e dal brevetto cfr. § 2.3 – 2.3.3.

economiche effettuati per realizzare una banca dati generano infatti il diritto in capo al “costitutore” di vietare le operazioni di estrazione, ovvero di reimpiego della totalità o di una parte sostanziale della stessa.

Secondo la legge, si definisce “costitutore” della banca dati “chi effettua investimenti rilevanti per la costituzione di una banca dati o per la sua verifica o la sua presentazione, impegnando, a tal fine, mezzi finanziari, tempo o lavoro”. Questo diritto, denominato *diritto sui generis* e rientrante tra i cosiddetti “diritti connessi al diritto d’autore”, sorge dal momento del completamento della banca dati e dura 15 anni, decorrenti dal primo gennaio dell’anno successivo alla data di completamento. Se però al contenuto della banca dati vengono apportate modifiche o integrazioni sostanziali comportanti nuovi investimenti rilevanti, allora decorre un ulteriore autonomo termine quindicennale di protezione.

Nello sviluppare una *app*, dunque, dovremmo tener presente non soltanto il diritto d’autore sul *software*, ma anche quello sui *database*, creativi o meno, e ciò sotto un duplice punto di vista: dal lato della titolarità, dovremmo essere sicuri di poter vantare i diritti esclusivi sulla *app* e sul database creati ad *hoc* (come si vedrà più avanti, soprattutto quando ci si avvale dell’opera di terzi), dal lato dell’utilizzo di *database* di terzi, dovremmo essere certi di non violare né i diritti d’autore, né il diritto *sui generis*, ponendo in essere delle operazioni potenzialmente illecite di estrazione o reimpiego di *database* altrui.

2.3 Marchi, segni distintivi e brevetti⁸

Nel linguaggio comune le espressioni proprietà industriale e proprietà intellettuale sono equivalenti. Dal punto di vista dell’ordinamento giuridico italiano non è così⁹. La proprietà industriale si occupa dei marchi, dei brevetti, del *design* e di altri titoli e diritti di esclusiva su beni immateriali che hanno come denominatore comune quello di appartenere alle creazioni di tipo tecnico. C’è anche un testo normativo, denominato Codice della proprietà industriale, che tratta proprio della loro disciplina giuridica¹⁰.

⁸ A cura dell’Avv. Emanuele Montelione (sezione 2.3 e relative sottosezioni)

⁹ Nella sua accezione internazionale l’espressione *Intellectual Property* si riferisce a tutte le “creazioni della mente”, a tutti i beni immateriali che ricadono sia nella proprietà industriale che nell’ambito di protezione del diritto d’autore/*copyright*. A riguardo si veda la sezione informativa sul sito di WIPO – *World Intellectual Property Organization*. <http://www.wipo.int/about-ip/en/> [ndr]

¹⁰ D.lgs 10 febbraio 2005, n. 30. www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2005-02-10:30

La proprietà intellettuale, invece, come abbiamo visto, si occupa del diritto d'autore sia che esso si riferisca a opere dell'ingegno artistico (narrativa, poesia, arti figurative, etc.) e sia che si riferisca a creazioni utili come il *software*.

Tratteremo di seguito della possibile tutela delle *app* tramite i tre principali diritti di proprietà industriale: i marchi, i disegni e i brevetti.

2.3.1 La possibile tutela con il marchio

Una *app* è sempre dotata di un segno, sia esso grafico o verbale, che la distingue. Talvolta tale segno può essere semplicemente descrittivo del contenuto della *app*, ma più di frequente ne consente una migliore identificazione, dapprima nel mercato dove può essere acquistata, e poi nel proprio dispositivo mobile.

È sufficiente scorrere il proprio *device* per distinguere quelle *app* che sono dotate di segni distintivi di fantasia da quelle che usano una dicitura generica o un segno grafico di comune utilizzazione.

Tra questi due opposti ci sono le *app* che riproducono marchi di terzi. Un esempio potrebbe essere una *app* che fornisce informazioni sull'orario ferroviario che, anziché denominarsi "Orario ferroviario" in modo generico o avere una denominazione di fantasia (ad esempio, "Train de Vie"), si chiami "Trenitalia info point", pur non essendo un servizio fornito dall'omonima azienda Trenitalia.

Nel caso della *app* che usa una dicitura generica (esempio fatto "Orario ferroviario") è pressoché impossibile creare un diritto di esclusiva sul segno. Se anche lo si andasse a registrare per contraddistinguere servizi di informazioni in ambito ferroviario, verosimilmente l'amministrazione competente rifiuterebbe la registrazione, sia che si tratti dell'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi¹¹ se il marchio venisse depositato in Italia, sia che si tratti dell'Ufficio dell'Unione Europea per la Proprietà Intellettuale¹² se il marchio venisse depositato per l'intero territorio dell'Unione Europea.

Nel secondo caso, ovvero il caso della *app* che usa una dicitura di fantasia (esempio fatto "Train de Vie"), non ci sarebbe alcun problema a costituire un diritto di esclusiva provvedendo alla stessa registrazione del marchio.

¹¹ <http://www.uibm.gov.it/>

¹² <https://euipo.europa.eu/ohimportal/it>

A seconda dell'esito delle ricerche di anteriorità (che non dovranno svolgersi solo nei registri degli *app store* ma anche nei registri dei marchi), il marchio potrà essere registrato per una o per più classi¹³.

Prendendo per buona l'ipotesi che le ricerche di anteriorità non abbiano rilevato alcun ostacolo alla registrazione del marchio e tornando all'esempio fatto, il marchio "Train de Vie" potrà essere registrato nella classe che concerne il *software* (classe 9 della cosiddetta "classificazione di Nizza"¹⁴), in quella che concerne i servizi di trasporto e i servizi di informazione ad essi relativi (classe 39), ma anche in altre classi quali, ad esempio, quella che concerne i servizi di pubblicità per conto terzi (classe 35) o quella che concerne i servizi di telecomunicazione (classe 38).

L'ipotesi nel mezzo, ovvero quella della *app* denominata con un marchio di un terzo senza esserne stata autorizzata (esempio fatto "Trenitalia info point"), è la più complessa. Di primo acchito si direbbe che l'uso è del tutto abusivo. Tuttavia nel Codice della proprietà industriale c'è una norma (articolo 21) che stabilisce che i marchi di terzi si possono usare "purché l'uso sia conforme ai principi della correttezza professionale", e sempre che si tratti di "indicazioni relative alla specie, alla qualità, alla quantità, alla destinazione, al valore, alla provenienza geografica, all'epoca di fabbricazione del prodotto o di prestazione del servizio o ad altre caratteristiche del prodotto o del servizio", nonché, nel caso di uso del marchio, "se esso è necessario per indicare la destinazione di un prodotto o servizio, in particolare come accessori o pezzi di ricambio". La norma cerca chiaramente un compromesso circa la possibilità di uso di un marchio di un terzo quando tale uso non avvenga in funzione distintiva.

L'esempio "Trenitalia info point" darebbe adito a Trenitalia, o a Ferrovie dello Stato Italiane SpA (titolare del marchio), di poter validamente contestare la legittimità dell'uso o – eventualmente – la possibilità di costituire il diritto di esclusiva tramite la registrazione. Questo perché l'uso del marchio Trenitalia non ha contenuto meramente descrittivo della destinazione del servizio ma è usato in maniera preminente e distintiva.

¹³ Il marchio, in linea generale, non ha validità per tutti i prodotti e i servizi di una azienda, ma protegge solamente le merci ed i servizi che vengono individuati nella domanda e per i quali è stata concessa la tutela da parte dell'ufficio competente. La Classificazione Internazionale di Prodotti e Servizi, nota come la "Classificazione di Nizza" suddivide tutti i prodotti e servizi esistenti in 45 classi o insiemi di beni diversamente catalogati.
[*ndr*]

¹⁴ Vedi nota precedente. [*ndr*]

Tanto più che l'articolo 21 del c.p.i. entra nello specifico stabilendo che “non è consentito usare il marchio in modo contrario alla legge, né, in specie, in modo da ingenerare un rischio di confusione sul mercato con altri segni conosciuti come distintivi di imprese, prodotti o servizi altrui, o da indurre comunque in inganno il pubblico, in particolare circa la natura, qualità o provenienza dei prodotti o servizi, a causa del modo e del contesto in cui viene utilizzato, o da ledere un altrui diritto d'autore, di proprietà industriale, o altro diritto esclusivo di terzi”.

2.3.2 La possibile tutela con il design

Una *app* è sempre dotata di una veste grafica. Talvolta, tale veste grafica è banale perché non fa altro che riprodurre un *template*; mentre più di frequente le *app* sono caratterizzate da elementi originali che non si esauriscono in meri schemi grafici, ma sono rielaborazioni che destano nell'utente informato un'impressione diversa dalle altre *app* in commercio.

A questo aspetto si ricollega l'essenza della tutela tramite il *design*. Infatti, da quando la normativa sulla tutela giuridica dei disegni e modelli (in breve del *design*) è stata modificata a livello comunitario, il *design* può essere riferito anche alla presentazione di informazioni.

I requisiti principali per la tutela sono la novità e il carattere individuale. Per quanto concerne la novità, si segnala che la veste grafica della *app* non deve essere stata divulgata da più di un anno¹⁵.

Una forma possiede il requisito del carattere individuale ogni qualvolta l'impressione generale che suscita nel consumatore informato è che essa sia diversa dalle altre forme presenti nel mercato (ovvero dalle vesti grafiche di *app* in circolazione o che sono state usate in passato).

Essendo il settore ricco di creatività, si applicherà la cosiddetta dottrina dell'arte affollata (anche conosciuta con l'espressione inglese *crowded art*) che sta a significare che in tal caso, come ogni qualvolta un settore sia sensibile alla ricerca estetica, nel

¹⁵ Attenzione: il cosiddetto “anno di grazia” che può decorrere dalla prima divulgazione al deposito della domanda di registrazione è presente solo nella normativa dell'UE e dei Paesi Membri dell'UE. In molti Paesi (ad esempio USA, Cina, Giappone) il requisito della novità è più stringente e funziona in modo da pregiudicare la validità del deposito di una domanda di disegno o modello se la stessa forma è già stata divulgata.

giudizio di confondibilità si dovrà tenere conto anche dei dettagli per giustificare o meno la diversità tra le forme.

2.3.3 La possibile tutela con il brevetto

Chi sviluppa una *app* di regola non vuole essere copiato o quanto meno vuole disciplinare con la propria autonomia di decisione il diritto di copia.

Alla tutela del *software* tramite la normativa sul diritto d'autore si affianca per le *app* l'ipotesi della tutela brevettuale. Il vantaggio della tutela brevettuale, almeno potenzialmente, non è di poco conto. Essa, infatti, fornisce una protezione indipendente dal linguaggio/ambiente di programmazione, tutelando le "funzionalità" dell'algoritmo e non la forma del codice con il quale l'algoritmo è scritto.

Tuttavia, i problemi da risolvere per ottenere la tutela brevettuale non sono pochi.

Da un lato, come sempre nel caso dei brevetti, la novità e l'originalità dell'invenzione si misurano su un piano assoluto nello spazio e nel tempo. È sufficiente che sia stata divulgata in qualsiasi parte del mondo una soluzione identica o equivalente perché l'eventuale brevetto difetti di novità.

Allo stesso tempo, la novità di per sé non è sufficiente, perché la soluzione deve essere anche tale che un esperto del settore non sia in grado – al momento del deposito della domanda di brevetto – di risolvere allo stesso modo il medesimo problema tecnico.

Sussistono inoltre alcuni problemi specifici di brevettabilità del *software*. Infatti, sia l'art. 52 della Convenzione sul Brevetto Europeo, sia l'art. 45 del Codice della proprietà industriale stabiliscono espressamente che non è brevettabile il *software* in quanto tale. Con ciò il legislatore ha voluto ammettere alla protezione brevettuale il *software* nuovo e originale che presenta un carattere tecnico.

Per essere brevettabile il *software* deve quindi presentare un "effetto tecnico ulteriore" che può essere riscontrato sia all'esterno del dispositivo su cui è caricato il *software* e sia all'interno dello stesso.

La prima ipotesi si avrebbe, ad esempio, in una *app/software* per sistemi di controllo di processi/apparecchiature; mentre un'ipotesi del secondo caso potrebbe essere quella di un motore di ricerca.

Anche se la via appare impervia, una veloce ricerca effettuata attraverso le banche dati dell'Ufficio Europeo dei Brevetti (EPO) dimostra come siano stati concessi, anche in Europa, plurimi brevetti correlati alle *app*.

Application No.	Publication No.	Applicant	IPC
EP13728057	WO2013184384	Apple Inc.	G06F17/30
EP13787787	WO2013168089	Malaviya, Rakesh	G06F17/30
EP13738766	WO2013109499	University of Southern California	A61B5/103 H04B1/38
EP12801422	WO2012173681	eBay, Inc.	G06F21/00
EP12790038	WO2012162686	Centric Software, Inc.	G06F17/50 G06F15/16 G06F9/44
EP12777123	EP2702485	Soultanov, Rafael	G06F9/44
EP12777123	EP2702485		G06F9/44

Fig. 2 – Ricerca effettuata attraverso l'European Patent Register

3. Il canale di distribuzione: gli app store

Le *app* si caratterizzano non soltanto per il fatto di essere software semplici destinati a uno specifico sistema operativo per dispositivi mobili, ma anche per la loro peculiare forma di distribuzione, costituita dagli *app store*.

L'idea di una distribuzione centralizzata del software non è nuova: ben prima dell'avvento dei più noti *app store* sono nate infatti molte piattaforme di distribuzione di programmi (legate ad esempio alle distribuzioni GNU/Linux

che utilizzano sistemi di *package management*¹⁶ per il reperimento, la gestione e l'installazione di software.

Con l'esplosione del fenomeno delle *app* la rilevanza degli *app store* cambia però completamente e, soprattutto, si modifica la natura stessa della distribuzione del *software* (e anche di altri contenuti).

L'*app store* è infatti caratterizzato dalla gestione fortemente accentrata della piattaforma, il più delle volte legata ad un determinato sistema operativo. La presenza degli *app store* è rafforzata dalla difficoltà di installare *app* al di fuori di tale canale distributivo.

Tale difficoltà è particolarmente accentuata nell'ecosistema Apple dove, per utilizzare canali di distribuzione "non ufficiali", occorre compiere la procedura di *jailbreaking* che modifica il sistema operativo in maniera tale da consentire di superare i vincoli dello stesso, ma che espone il dispositivo a rischi.

Nei sistemi Android, invece, è più semplice installare *app* da fonti anche "sconosciute", essendo sufficiente modificare un'opzione nelle impostazioni.

In ogni caso la stragrande maggioranza degli utenti si avvale dei canali distributivi "ufficiali", anche soltanto per paura (o per incapacità) di impostare correttamente i propri *device*.

Perché una *app* venga distribuita e abbia possibilità di successo, è quindi indispensabile sottostare alle "regole del gioco" definite nelle condizioni di utilizzo della piattaforma redatte dai gestori degli *app store*.

Tali condizioni, come ci apprestiamo a esaminare, sono spesso molto restrittive e lasciano ben poco margine di tutela agli sviluppatori che intendano utilizzarle, tanto che l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE)¹⁷, nella sua pubblicazione "The App Economy", ha affermato che "app stores are the primary distribution channels for apps, so closed app submissions processes and non-transparent app ranking methodologies are important areas of concern"¹⁸.

¹⁶ Cfr. https://en.wikipedia.org/wiki/Package_manager

¹⁷ Per riferimenti ulteriori cfr. Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD - <http://www.oecd.org/>

¹⁸ OECD (2013), "The App Economy", OECD Digital Economy Papers, No. 230, OECD Publishing. "gli *app store* rappresentano i principali canali di distribuzione delle *app*, di conseguenza procedure chiuse di deposito e metodologie non trasparenti di valutazione delle *app* sono importanti settori di interesse". [ndt]

3.1 Le condizioni di distribuzione

Come abbiamo visto, la distribuzione di una *app* passa, quasi invariabilmente, per il canale degli *app store*. Per poter rendere disponibile la *app*, dobbiamo imprescindibilmente sottoscrivere un accordo con il gestore, normalmente definito *developer agreement*, che viene il più delle volte accettato senza essere letto.

Il potere contrattuale dello sviluppatore, in questo caso, è letteralmente pari allo zero: o sottoscrive le condizioni generali di contratto per poter inserire la propria *app*, oppure non può utilizzare il canale “ufficiale” di distribuzione.

Nel caso ad esempio di Google Play, le condizioni di distribuzione sono liberamente disponibili sulla piattaforma¹⁹; mentre per accedere alle omologhe condizioni dell’Apple Store occorre essere sviluppatori registrati. Sono in ogni caso disponibili delle puntuali linee guida per il processo di approvazione delle *app*, propedeutico alla pubblicazione negli *app store* di Apple²⁰.

In estrema sintesi, il processo di accettazione delle *app* negli *store* è fortemente discrezionale e, talvolta, soggetto ad un rigoroso controllo della qualità della *app* stessa, al punto che nelle linee guida si legge che “if your app looks like it was cobbled together in a few days, or you’re trying to get your first practice app into the store to impress your friends, please brace yourself for rejection”²¹ e che “if your app doesn’t do something useful, unique or provide some form of lasting entertainment, or if your app is plain creepy, it may not be accepted”²².

Anche le condizioni per l’utilizzo di Google Play non sono comunque da meno, al punto che la stessa conclusione del contratto e la conseguente utilizzazione dello store, ai sensi dell’art. 2.2, sono legate al fatto che “venga accertata la sua buona reputazione come sviluppatore”.

Vediamo alcune delle principali pattuizioni di cui gli sviluppatori, e naturalmente anche le società che intendano commercializzare le *app*, devono tenere conto.

¹⁹ http://play.google.com/intl/ALL_it/about/developer-distribution-agreement.html.

L’accordo di distribuzione è integrato dalle “norme del programma per gli sviluppatori” –

https://play.google.com/intl/ALL_it/about/developer-content-policy.html

²⁰ Le linee guida sono reperibili al seguente link: <https://developer.apple.com/app-store/review/guidelines/>

²¹ “se la tua *app* è stata realizzata alla bell’e meglio in pochi giorni, o stai cercando di ottenere la tua prima *app* di prova nello *store* per far colpo sui tuoi amici, per favore preparati a un rifiuto”. [ndt]

²² “se la tua *app* non esegue niente di utile, di unico o non fornisce una qualche forma di intrattenimento prolungato, oppure se la tua *app* è semplicemente raccapricciante, potrebbe non essere accettata”. [ndt]

Per quanto riguarda le condizioni economiche, ogni *store* trattiene una commissione sulle compravendite delle *app* e sugli acquisti “in-app”, che al momento è pari al 30% per entrambi, mentre nulla è dovuto per le *app* gratuite. Le condizioni di Google specificano come non si possa richiedere agli utenti il pagamento di prodotti che erano inizialmente gratuiti, a meno che non si tratti di una versione alternativa.

Quanto agli adempimenti fiscali, lo sviluppatore è responsabile per quanto riguarda la propria giurisdizione tributaria, mentre il gestore tratterà dagli importi le imposte a cui sarà tenuto sulla base della giurisdizione a lui applicabile.

Assai rilevanti sono le clausole risolutorie, in particolare quelle che danno la facoltà ai gestori di rimuovere le *app* dallo *store*.

Abbiamo già visto come sia del tutto discrezionale (per non dire arbitraria) l'accettazione delle *app*, ma altrettanto discrezionale (se non peggio) è la possibilità di risolvere il contratto.

Le condizioni infatti, quasi invariabilmente, prevedono la risoluzione:

1. nel caso di violazione di diritti di proprietà intellettuale o industriale altrui;
2. qualora si incorra in violazioni di legge o si sia soggetti a provvedimenti da parte delle autorità giudiziarie;
3. quando si pubblichi materiale pornografico, osceno o comunque in violazione dei termini di servizio;
4. quando la *app* venga distribuita “in modo inappropriato”;
5. quando sia considerabile un *malware*, uno *spyware* o abbia un “effetto negativo sulla rete”;
6. quando si violino i termini degli accordi per gli sviluppatori.

Si tratta di clausole che sarebbero probabilmente nulle se si applicasse il diritto italiano ma, invariabilmente, nei contratti è presente una clausola che regola sia la legge applicabile (quella statunitense) che la giurisdizione (quella americana, con puntuale indicazione anche del giudice competente).

In buona sostanza, bisogna avere la consapevolezza che si è soggetti, anche in considerazione del potere contrattuale e commerciale dei gestori degli *app store*, a un vero e proprio arbitrio; soprattutto laddove si sviluppino *app* con potenziali

criticità, occorre pertanto calcolare il rischio commerciale che la *app* non venga accettata oppure venga successivamente rimossa. Come acutamente notato qualche anno fa da *observer.com* per la casa della Mela (ma il ragionamento vale anche per Google), “the application process is a complex game, and Apple holds all the cards”²³.

3.2 Responsabilità

Le condizioni di utilizzo degli *app store* chiariscono (oltre ogni possibile dubbio) che il titolare della *app* è l’unico responsabile, verso i terzi, del *software* e dei contenuti resi disponibili attraverso l’*app store*, anche in caso di uso di componenti “free” e “open source” *software*.

Viene dunque chiarito che si è responsabili – quali sviluppatori – nei confronti degli utenti per difetti, per eventuali danni, per servizi di assistenza o manutenzione. Anche sul lato del trattamento dei dati personali, viene evidenziato come sia compito dello sviluppatore adempiere a tutti gli obblighi di legge.

Le condizioni di Google vanno al di là, prevedendo espressamente che si debba fornire un’informativa sulla *privacy*, che debba essere rispettato il principio di finalità, il principio di necessità, e quello di sicurezza del trattamento (art. 4.3).

Coerentemente con questa impostazione, le condizioni contengono anche una clausola di manleva, in forza della quale lo sviluppatore è obbligato a tenere indenni i gestori da qualsiasi azione o richiesta di risarcimento proveniente da terze parti dovuta ad un utilizzo illecito dello *store*, alla violazione dei diritti di proprietà intellettuale o industriale, alla violazione dei diritti all’immagine o *privacy*. Analoga manleva è prevista anche per gli eventuali adempimenti fiscali relativi alla distribuzione dei prodotti.

In conclusione dunque, anche sotto tale profilo, lo sviluppatore deve essere ben conscio dei rischi della diffusione di *app* che violino i diritti di terzi, in quanto potrebbe comunque essere chiamato a risponderne.

²³ <http://observer.com/2011/04/how-to-get-your-app-into-the-apple-app-store/> - “il processo della richiesta è un gioco complesso, e Apple ha tutte le carte in mano”. [ndt]

3.3 Cosa fare se la propria app viene rifiutata, o ne viene richiesta la rimozione

Lo sviluppo di una *app* può essere stato effettuato utilizzando ingenti risorse economiche, o magari essere l'elemento centrale per un'innovativa strategia di *marketing*, o ancora l'unico *asset* competitivo di una *startup* innovativa.

È quindi centrale che il *software* possa arrivare ai canali distributivi (in questo caso dei monopoli di fatto per ciascun sistema operativo), e che non venga rimosso a causa di violazioni che, come abbiamo visto, possono portare alla risoluzione del contratto.

Per le differenze, anche di piattaforma, tra l'ecosistema Apple e quello Google²⁴, il processo è parzialmente diverso, soprattutto per quanto riguarda la fase dell'accettazione della *app* all'interno dell'*app store*.

Apple, difatti, mantiene un livello di controllo molto maggiore sulla qualità delle *app* e sulle loro caratteristiche, anche in considerazione dell'assoluto controllo che la casa della Mela ha sul proprio *hardware*.

Al contrario, stante anche la libertà che caratterizza la piattaforma Android, l'inserimento su Google Play è molto più facile.

Tornando alla piattaforma Apple, è molto importante, anche in fase di definizione delle specifiche della *app*, prendere visione del portale dedicato, ed in particolare delle *App Store Review Guidelines*²⁵ e della pagina *Common App Rejections*²⁶.

È poi fondamentale seguire le *Human Interface Guidelines*²⁷: basta infatti una piccola non conformità per vanificare il proprio lavoro. Un'accurata lettura di tali linee guida consente allo sviluppatore di avere un quadro preciso e di acquisire i necessari strumenti per una più agevole accettazione della *app*, evitando costose sorprese per il futuro.

In ogni caso, prima ancora di inviare la *app* all'*app store*, essa dovrà superare svariati *test* di valutazione attraverso Xcode (l'ambiente di sviluppo integrato per

²⁴ Anche in questo caso, per brevità, ci limiteremo a esaminare le piattaforme che, in buona sostanza, si dividono il mercato.

²⁵ <https://developer.apple.com/app-store/review/guidelines/>

²⁶ <https://developer.apple.com/app-store/review/rejections/>

²⁷ <https://developer.apple.com/library/ios/documentation/UserExperience/Conceptual/MobileHIG/index.html>.

lo sviluppo di *software* per i sistemi OS X e iOS²⁸): questa fase consente, comunque, una valutazione preliminare.

Se il processo di approvazione dovesse prolungarsi (e spesso è decisamente lungo) c'è la possibilità, per accelerare i tempi, di richiedere una *expedited review* riportando specifiche necessità come ad esempio quella di correggere un *bug*²⁹ critico alla *app*, oppure il dover pubblicare una *app* associata ad un evento prossimo; anche queste richieste, naturalmente, vanno accuratamente motivate.

Se poi la *app* dovesse essere rifiutata non si deve disperare, ci sono infatti ancora due possibili strade da percorrere: da un lato la si può modificare e ripetere il processo di approvazione, dall'altro, tramite l'area riservata, è possibile ricorrere alla *App Review Board*, dettagliando espressamente per quale motivo la decisione di rigetto sia ritenuta errata.

In ogni caso non resta che ribadire, una volta di più, come l'intero processo sia assolutamente discrezionale, e quindi non si abbiano alternative, se non quelle di rispettare alla lettera le complesse regole e procedure dell'*app store*, anche laddove sembrano pedanti o insensate (ad esempio, anche solo definire "beta" una *app* porta al rifiuto della *app* stessa).

Una volta che la *app* viene accettata, non vi è comunque alcuna garanzia che non venga rimossa, qualora il gestore, a torto o a ragione, ritenga che vi sia stata una violazione tale da comportare la risoluzione del contratto.

A questo punto, soprattutto qualora si tratti di una violazione riguardante i diritti di proprietà intellettuale o industriale di terzi (illecito utilizzo del marchio, uso non autorizzato di contenuti altrui, etc.) si instaura (ma non sempre) una sorta di contraddittorio tra le parti, prima che venga effettuata la rimozione vera e propria.

La cautela principale deve essere quella di prevenire, per quanto possibile, l'eventualità di cadere in una delle cause di risoluzione.

La progettazione della *app* deve quindi essere accompagnata da un accurato e completo studio dei diritti di proprietà industriale e intellettuale che dovranno essere utilizzati, in modo da essere certi di avere la titolarità (o quantomeno

²⁸ <https://it.wikipedia.org/wiki/Xcode>

²⁹ Il termine inglese *bug*, in italiano baco, identifica in informatica un errore nella scrittura del codice sorgente di un programma *software*. <https://it.wikipedia.org/wiki/Bug> [ndr]

l'autorizzazione all'uso o la licenza) dei diritti necessari per tutti i contenuti che possano essere veicolati dalla *app* stessa.

L'analisi dovrà necessariamente estendersi alla normativa di settore, ed anche al trattamento dei dati personali.

Una particolare attenzione va poi posta all'eventuale legislazione speciale del mercato di riferimento: è vero che il mercato è tendenzialmente quello globale, ma bisogna sempre tener presente la comunità di utilizzatori potenziali e, conseguentemente, la legge applicabile.

Quest'analisi non va soltanto effettuata, ma adeguatamente e estensivamente documentata, oltre che aggiornata in caso di mutamento degli assetti o dei diritti, in modo da poter rispondere il più possibile tempestivamente alle richieste provenienti dall'*app store* o da terze parti. In questi casi, difatti, la tempestività e la completezza delle risposte sono cruciali per evitare la rimozione delle *app*: un ritardo di giorni (se non di ore) può avere conseguenze irreversibili sia sul piano economico che su quello dell'immagine.

In conclusione, quindi, non solo si deve preventivamente attuare una strategia di corretta gestione dei diritti (e di rispetto della normativa rilevante e delle norme contrattuali), ma tale strategia deve essere estensivamente documentata e aggiornata, in modo da poter rispondere, in tempo quasi reale, alle richieste di rimozione da parte di terzi, o alle comunicazioni da parte dell'*app store*.

Atale proposito, potrà sembrare una banalità, ma bisogna essere certi che l'indirizzo email indicato per le comunicazioni con l'*app store* sia ancora attivo, e soprattutto sia monitorato costantemente, perché la mancata risposta alle comunicazioni è quasi sicuramente garanzia di un'irreversibile rimozione della *app*.

4. Modelli di business

Abbiamo visto nell'introduzione come la maggior parte delle *app* sia distribuita gratuitamente. Anche se si tratta di un tema parzialmente estraneo alla presente trattazione, è opportuno dedicare alcune riflessioni ai principali modelli di *business* legati alla *app economy*.

In primo luogo bisogna sottolineare come la strategia di *business* della *app* debba essere accuratamente pianificata, identificando il mercato di riferimento, i bisogni dei potenziali utenti, la disponibilità ad acquistare la *app* o i servizi (disponibilità che varia a seconda della piattaforma), se sia più importante acquistare fin dall’inizio una solida base di utenti per poi monetizzare in un secondo tempo, oppure sia più importante utilizzare la *app* per promuovere altri beni e servizi, o ancora se si intende semplicemente sviluppare *app* per conto terzi dietro corrispettivo.

Queste scelte non sono irreversibili (nel senso che possono naturalmente essere modificate in corso d’opera) e possono anche essere combinate tra loro, ma, data anche l’impressionante velocità con cui si muove il mercato, è importante che si parta con un modello di riferimento, pur rimanendo pronti ad eventuali aggiustamenti “in corsa”³⁰.

4.1 App gratuite

In primo luogo, come abbiamo detto, la stragrande maggioranza delle *app* è gratuita. La gratuità può derivare da diversi fattori (o dipendere da diverse ragioni). Vi sono *app* distribuite come *software* libero e gratuito, *app* meramente promozionali finalizzate a veicolare un *brand*, espandere la conoscenza dell’impresa, erogare un servizio o un *benefit* agli utenti.

In ogni caso devono essere chiare le finalità dello sviluppo della *app*, il suo mercato di riferimento, e le strategie per la diffusione, al fine di evitare gli errori più comuni. Una *app* che sia funzionale a una trovata di *marketing*, ma che poi funzioni male o addirittura crei problemi su alcuni *smartphone* (il che può capitare più spesso sulle piattaforme Android, data la varietà dei *device*) potrebbe creare l’effetto opposto a quello sperato. Inoltre non bisogna dimenticare l’impatto delle condizioni di utilizzo dello *store*. Si è visto che, quantomeno per Google Play, se una *app* viene distribuita gratuitamente, lo sviluppatore non può unilateralmente

³⁰ Senza pretesa di scientificità dell’analisi dal punto di vista del mercato, possono essere consultate alcune interessanti pagine, quali:

<http://info.localytics.com/blog/app-monetization-6-bankable-business-models-that-help-mobile-apps-make-money> e <http://blog.personagraph.com/show-me-the-money-business-models-for-app-developers>. Si veda anche il già citato rapporto dell’OCSE del 2013, “*The App Economy*”, OECD Digital Economy Papers, No. 230, OECD Publishing, 2013.

modificare tale modalità optando per una distribuzione a pagamento, a meno che il costo sia correlato a una versione alternativa della *app* stessa³¹.

Anche lo sviluppo di una *app* totalmente gratuita va quindi accuratamente pianificato e gestito.

4.2 In-app advertising

Le *app* che si basano sulle rendite legate alla pubblicità “in-app” sono molto diffuse. L’utente non paga per scaricare e installare la *app*, ma è soggetto a pubblicità legata alla sua profilazione. La pubblicità è, teoricamente, particolarmente efficace proprio perché dovrebbe essere attinente ai gusti e alle esigenze dell’utente.

In realtà questo modello è valido solo per grandissimi numeri, perché le rendite da queste forme pubblicitarie possono essere molto basse, e diventare significative soltanto nel caso di numeri rilevanti di *impression*³².

Non solo: il problema maggiore è legato al trattamento di dati personali, e alla profilazione dell’utente. Queste attività (come esamineremo più avanti) richiedono una serie specifica di adempimenti, quale l’informativa, il consenso libero, esplicito e informato dell’utente, ed in alcuni casi anche la notificazione al Garante per la protezione dei dati personali, tanto che sia l’Autorità Garante Italiana che quelle europee hanno sottolineato una situazione di sostanziale illegalità nelle attività di profilazione dell’utente per finalità di pubblicità e *marketing*.

4.3 Freemium

Il modello “freemium” è diventato particolarmente popolare. Non si tratta di una novità: nel *software* applicativo è infatti consolidata da tempo risalente la strategia di diffondere una versione *freeware* o *shareware* che consenta l’utilizzo delle funzioni base per invogliare all’acquisto delle versioni “complete” a pagamento.

In pratica, si distribuisce una versione gratuita che consente di apprezzare l’utilità della *app*, ma che presenta alcuni limiti quale veicolo per l’acquisto della versione completa, spesso definita “pro” o “professional”.

³¹ Art. 3.5 del Contratto di distribuzione per gli sviluppatori Google Play – https://play.google.com/intl/ALL_it/about/developer-distribution-agreement.html

³² Nel campo della pubblicità sul *web* per “impression” s’intende la stima del numero di persone raggiunte da uno specifico messaggio pubblicitario. [*ndr*]

Uno degli esempi più riusciti di *app* “freemium” è Angry Birds³³, una *app* gioco della Rovio Mobile che, basandosi su questo modello, ha avuto un immenso successo, al punto che dal *videogame* è stata tratta una serie televisiva, e nel 2016 è stato prodotto un film di animazione ispirato alla serie.

4.4 In-app purchases

Si tratta di un modello simile al “freemium” ma, in questo caso, anziché acquistare la versione “pro”, gli utenti sono stimolati a comprare “beni” digitali, come ad esempio livelli di *videogame*, oggetti digitali, mappe, oppure oggetti di consumo. Anche in questo caso il mercato offre esempi di grandissimo successo: uno tra tanti è Farmville.

Questo modello è molto interessante, ma è stato di recente soggetto a forti critiche sia negli Stati Uniti che in Europa, in quanto pone rilevanti rischi di protezione dagli acquisti involontari (o comunque non chiaramente identificati come tali), soprattutto quando le *app* siano usate da minori.

La combinazione tra il “portafoglio virtuale” e la *app*, che rende le transazioni facili e sostanzialmente trasparenti, rischia infatti di rendere le operazioni di acquisto, soprattutto se ripetute frequentemente, non immediatamente percepibili dall’utente, con conseguenti problemi di protezione del consumatore³⁴.

D’altro canto, una recente indagine Deloitte³⁵ ha mostrato come la stragrande maggioranza degli utilizzatori di *videogame* da *mobile* non procede ad alcun acquisto “in-app”, anche se le previsioni di una ricerca Gigaom³⁶ del 2014 (raffigurate nel grafico sottostante) mostrano come si tratti del modello che mostra il maggior tasso di crescita e sviluppo.

³³ <https://www.angrybirds.com/>

³⁴ Su tale problematica si è stabilito un dialogo tra la Commissione Europea e i principali attori del mercato, con riferimento al quale si rinvia alla pagina:

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-847_it.htm

³⁵ L’indicazione è contenuta nel rapporto che la Deloitte ha redatto su incarico della Interactive Software Federation of Europe (ISFE), nel 2015, ed è reperibile su

http://www.isfe.eu/sites/isfe.eu/files/attachments/deloitte_report_isfe_2015.pdf. Questo studio è basato su un sondaggio Ipsos condotto su 4.000 persone tra 18 e 64 anni in Germania, Francia, Spagna e Regno Unito, nel maggio del 2015.

³⁶ La ricerca Gigaom Research “Sizing the EU App Economy“, da cui è tratto il grafico, è stata redatta nel 2014 nell’interesse della Commissione Europea, ed è disponibile su

<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/sizing-eu-app-economy>

4.5 App a pagamento

Quello delle *app* rilasciate dietro corrispettivo rappresenta il modello “tradizionale”: per poter utilizzare una *app* occorre pagare una somma di denaro, il più delle volte assai modesta.

Il costo medio delle *app*, come dimostra il grafico tratto dalla pubblicazione dell’OCSE “The App Economy” più volte citata, è decisamente basso, quasi mai superiore ai 2,9 \$.

Figure 13. Percentage of apps available by price per platform

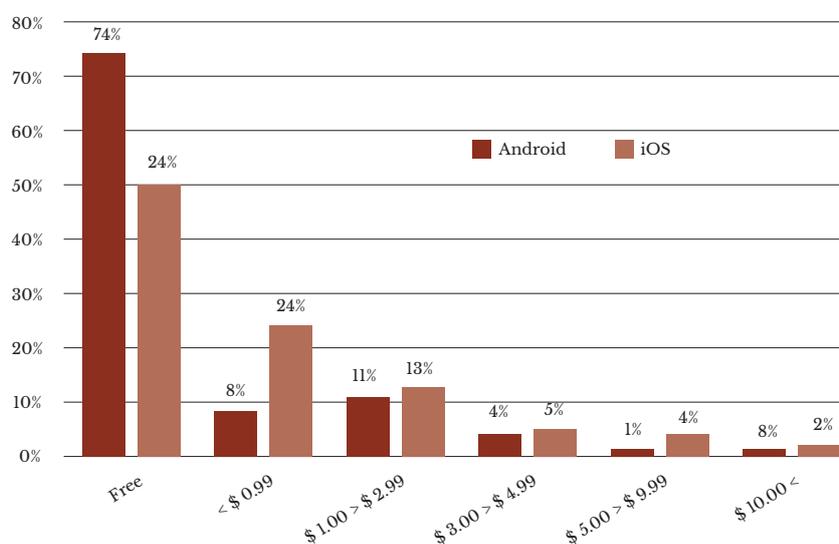


Fig. 3 – Percentuale di *app* disponibili a seconda del prezzo nei due principali *store* (fonte Appbrain)

Si tratta di un modello tutt’ora esistente, le cui posizioni sono comunque erose. Tra l’altro è un modello diffuso soprattutto tra gli sviluppatori che hanno già stabilito una presenza sul mercato, ed è decisamente meno accessibile da parte di coloro che (come ad esempio una *startup*) devono ancora affermarsi, e per i quali sono certamente più appropriati i modelli “freemium” o “in-app”.

4.6 Sviluppo di app per conto terzi e offerta di servizi per sviluppatori

Il sogno proibito di molti sviluppatori e *startupper* è quello di “azzeccare l’idea”, creare una *app* semplice ma geniale, e iniziare a guadagnare cifre rilevanti dal momento in cui la *app* venga diffusa negli *app store*.

La realtà però è decisamente più complessa, e non dobbiamo dimenticarci di un modello di *business* più tradizionale, ma comunque redditizio, anche in considerazione della dinamicità del settore: lo sviluppo di *app* per conto terzi.

Molte realtà, difatti, non hanno le capacità interne necessarie per sviluppare le *app* (o i servizi indispensabili per farle funzionare) e si devono necessariamente rivolgere a prestatori d'opera esterni.

5. Lo sviluppo di una app: evitare gli errori più comuni

Ci sono tantissime storie di successo legate alle *app*, in cui un singolo sviluppatore (o un gruppo di amici) ha creato una *app* che ha portato a guadagni milionari. Agli albori degli *app store*, ad esempio, fece notizia il successo di Ethan Nicholas, sviluppatore di un gioco di *tank* chiamato iShoot che, pubblicato nel 2009 sull'appena nato Apple Store, arrivò al primo posto nella classifica delle *app* e gli fece guadagnare 600.000 dollari in un solo mese³⁷.

Ci sono però altrettanti racconti di insuccesso, di controversie giudiziarie, di idee brillanti naufragate per l'assenza di una corretta pianificazione.

Le *app*, come abbiamo visto, sono creazioni dell'ingegno costituite principalmente da *software*, a cui si possono aggiungere altre tipologie di opere o materiali protetti dal diritto d'autore quando dotati di creatività (quali video, testi, immagini, musica, *database*, etc.). Si tratta di opere che, qualora abbiano carattere creativo, sono protette dal diritto d'autore. Al diritto d'autore si aggiungono i cosiddetti diritti connessi; in particolare i *database* anche non creativi sono protetti dal diritto *sui generis*.

Come già evidenziato, la protezione concessa dal diritto d'autore – che tutela la forma espressiva e non l'idea – non ha bisogno di alcuna formalità³⁸, in quanto viene attribuita all'autore al momento della creazione dell'opera stessa.

³⁷ <http://www.wired.com/2009/02/shoot-is-iphone/>

³⁸ Al contrario dei diritti di proprietà industriale, quali marchi, *design* e brevetti, che per essere oggetto di tutela hanno necessità di una procedura formale di registrazione o deposito.

Il discorso però si complica quando a creare l'opera sono soggetti terzi, oppure quando vi sono più soggetti coinvolti nell'attività di realizzazione.

Vi sono poi tutte quelle informazioni riservate che costituiscono il *know-how* di un'impresa e di una *startup*, vale a dire quel “complesso di informazioni e di dati che nel loro insieme e nella configurazione e combinazione reciproca degli elementi compositivi consentono un risultato vantaggioso precluso a chi non possiede le stesse informazioni nello stesso insieme o nella stessa combinazione”³⁹, e che ricevono tutela proprio in quanto riservate e non generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore⁴⁰.

La concretizzazione dell'idea non passa però solo attraverso la tutela dell'opera dell'ingegno. Oltre all'idea (e alla sua realizzazione come opera dell'ingegno) non si deve dimenticare la necessità di un *business plan* specifico e dettagliato.

Inoltre è necessaria un'accurata analisi di vincoli normativi ulteriori, sulla base del mercato potenziale e del settore di destinazione.

Ad esempio, non si può certo progettare (e soprattutto commercializzare) una *app* destinata alle scommesse *online*, senza prima aver analizzato accuratamente la disciplina (assai restrittiva, soprattutto in Italia) di giochi e scommesse.

Non solo: se si vogliono utilizzare le facilitazioni connesse alle *startup* innovative, occorre rispettare le regole previste dal D.L. 179/2012⁴¹, il cosiddetto “Decreto Crescita 2.0”.

Last but not least, il trattamento di dati personali: il nuovo Regolamento europeo sulla *privacy*⁴², volto ad uniformare la disciplina in tutti gli Stati membri dell'Unione

³⁹ AA.VV., Diritto Industriale, Giappichelli, Torino, 2012.

⁴⁰ Artt. 98 e ss del Codice della proprietà industriale – D.lgs 10 febbraio 2005, n. 30 - www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2005-02-10:30

⁴¹ D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese – www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:2012-10-18:179!vig=2015-12-27

⁴² Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati). Il testo, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (GUUE) il 4 maggio 2016, diventerà definitivamente applicabile in via diretta in tutti i Paesi UE a partire dal 25 maggio 2018, momento entro il quale dovrà essere garantito il perfetto allineamento fra la normativa nazionale in materia di protezione dati e le disposizioni del Regolamento. L'atto normativo fa parte del cd. Pacchetto protezione dati, che definisce un nuovo quadro comune in materia di tutela dei dati personali per tutti gli Stati membri dell'UE e comprende anche la Direttiva in materia di trattamento dei dati personali nei settori di prevenzione, contrasto e repressione dei crimini. La Direttiva, pubblicata in GUUE

Europea, precisa gli obblighi in materia di trattamento di dati personali con la necessità, in determinate ipotesi, di un'analisi d'impatto in termini di rispetto della *privacy*, e con l'introduzione dei concetti di "privacy by design" e "privacy by default", peraltro già presenti, sia pure esplicitamente, nel vigente Codice in materia di protezione dei dati personali⁴³.

In sintesi, questi sono i principali errori da evitare, nello sviluppo di una *app*:

1. non preoccuparsi di chiarire a chi spetti la titolarità dei diritti di proprietà intellettuale sulla *app* e sulle altre opere dell'ingegno rilevanti, e non regolamentare le cessioni dei diritti stessi;
2. scegliere una denominazione, utilizzare un logo o registrare un nome a dominio senza aver effettuato una "ricerca di anteriorità" per verificare se esistano altre denominazioni o marchi simili, nello stesso settore;
3. investire tempo e risorse economiche senza aver redatto un adeguato *business plan*;
4. divulgare le proprie informazioni destinate a rimanere riservate, diffondendole sui siti e *social*, oppure comunicandole senza aver prima fatto sottoscrivere degli accordi di confidenzialità;
5. non analizzare i vincoli della normativa di settore, tenendo conto del mercato potenziale;
6. non valutare e rispettare i vincoli derivanti dalla normativa sul trattamento dei dati personali.

Nei prossimi paragrafi, analizzeremo in dettaglio i passi necessari per minimizzare questi rischi.

5.1 La titolarità della *app*

Come ribadito in precedenza, una *app* non è altro che un *software* a cui possono aggiungersi ulteriori contenuti, che a loro volta possono essere protetti dal diritto d'autore (o dai diritti connessi).

insieme al Regolamento e vigente dallo scorso 5 maggio, dovrà essere recepita dagli Stati membri entro 2 anni. Per informazioni ulteriori e aggiornate cfr. il link: <http://www.garanteprivacy.it/pacchettoprotezionedati>

⁴³ Decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, Codice in materia di protezione dei dati personali – <http://garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1311248>

Il primo passaggio fondamentale nello sviluppo di una *app* è quindi quello di assicurarsi la titolarità dei diritti di proprietà intellettuale sulla *app* stessa.

Abbiamo già detto come il diritto d'autore venga attribuito, per legge, all'autore con il semplice atto della creazione dell'opera, senza ulteriori formalità.

Bisogna però tener presente che lo scenario del singolo sviluppatore indipendente, per quanto teoricamente ancora possibile, è sempre più remoto, considerato l'aumento esponenziale della concorrenza e delle *app* disponibili. Dunque, il più delle volte, si dovrà pensare a una struttura complessa, in cui uno o più soggetti si accordano per sviluppare la *app* in maniera congiunta, o per affidare a terzi lo sviluppo.

Occorrerà quindi, in primo luogo, scegliere la forma giuridica più adatta (società di persone, società di capitali, cooperativa, etc.).

Se invece si opta per i vantaggi legati ad una *startup* innovativa, prevista dal già citato D.L. 179/2012, occorre rispettare tassativamente i requisiti previsti dalla legge, per non incorrere in spiacevoli sorprese.

Ma, al di là della forma societaria (che esula dalla presente trattazione) vediamo come essere sicuri di poter vantare la titolarità dei diritti di proprietà intellettuale sulla *app* (e poterlo anche dimostrare in un eventuale giudizio).

Anche nell'ipotesi più semplice (imprenditore individuale che crea la propria *app*) è infatti importante adottare alcune cautele.

È vero che, come abbiamo più volte detto, la titolarità del diritto d'autore prescinde da qualsiasi forma di registrazione, ma è altrettanto vero che, in caso di contestazione, è importante essere in grado di dimostrare di essere effettivamente gli autori della propria opera.

Facciamo un'ipotesi pratica: carichiamo finalmente la nostra *app* sull'*app store*, e terzi ci contestano la violazione del loro diritto d'autore, assumendo di avere la titolarità sul codice (o su una porzione di codice) utilizzato per la *app*, ovvero su elementi grafici, e simili.

A questo punto, ci troveremo nella situazione di dover dimostrare, con elementi certi e incontestabili, che quell'opera sia frutto del nostro ingegno.

Come fare?

Il primo metodo è la registrazione del *software* attraverso il Pubblico Registro per il Software⁴⁴, gestito in Italia dalla SIAE⁴⁵.

La registrazione, a tutt'oggi, non si può effettuare mediante un servizio *online*, ma deve essere compilato un modulo, presente sul sito della SIAE, e si deve procedere all'invio del *software* in un supporto ottico non riscrivibile, oltre che effettuare un pagamento per diritti, al momento pari a € 126,62.

Mod.349

 SOCIETÀ ITALIANA DEGLI AUTORI ED EDITORI (SIAE) - Direzione Generale
REGISTRO PUBBLICO SPECIALE PER I PROGRAMMI PER ELABORATORE
00144 Roma - Viale della Letteratura, 30 - Tel. 06/5990.351 Fax. 06/5990.319

bollo

DICHIARAZIONE PROGRAMMA PER ELABORATORE

Il sottoscritto (1) cognome nome

nato a località data

in proprio in qualità di rappresentante legale dell/lla

ragione sociale o denominazione codice fiscale o partita IVA

domiciliato a
con sede a località CAP telefono

via o piazza n. civico

Quale autore titolare dei diritti esclusivi di utilizzazione economica titolare dei diritti di utilizzazione su programma importato o acquisito da Paese CEE

Fig. 4 – Il “modulo 349” SIAE per la registrazione del *software*

Come si legge nel sito, oltre alla registrazione del programma, “è possibile registrare tutti gli atti che trasferiscono in tutto o in parte diritti di utilizzazione economica relativi a programmi per i quali sia già avvenuta la registrazione. Possono essere registrati anche atti che costituiscono diritti reali di godimento o di garanzia su diritti di utilizzazione economica del programma, e atti di divisione o di società dei diritti di utilizzazione”: anche queste attività presuppongono, naturalmente, il pagamento dei relativi diritti.

⁴⁴ <https://www.siae.it/it/autori-ed-editori/i-registri/pubblico-registro-software>

⁴⁵ Società Italiana Autori ed Editori - <https://www.siae.it>

Una volta che si effettua la registrazione del programma (o degli atti che trasferiscono i diritti di utilizzazione economica) essa fa fede, ma solo sino a prova contraria, dell'esistenza dell'opera e del fatto della sua pubblicazione, e l'autore indicato nel registro è reputato (anche in questo caso sino a prova contraria) autore dell'opera (in questo caso della *app*)⁴⁶.

In altre parole, dal momento in cui io pubblico la mia *app* sul registro SIAE (anche prima di averla immessa nello *store*), sarò reputato autore della *app* stessa, fino a prova contraria.

Tale tipologia di registrazione è quasi indispensabile se si tratta di una persona giuridica che intende avvalersi dei vantaggi previsti per le *startup* innovative, in quanto, tra i requisiti alternativamente previsti, vi è quello di essere titolare di un “programma per elaboratore originario registrato presso il Registro pubblico speciale per i programmi per elaboratore”⁴⁷.

Questa registrazione, però, non ci mette al sicuro da eventuali contestazioni, perché fa fede – come si è detto – soltanto “fino a prova contraria”.

In pratica, se qualcuno dovesse contestare i nostri diritti di utilizzazione economica, potrebbe comunque farlo, ma dovrebbe dimostrare – in giudizio – di essere lui l'autore.

L'iscrizione nel Registro, quindi, dal lato tecnico-giuridico, introduce una presunzione che il registrante sia l'autore, e un'inversione dell'onere della prova in giudizio.

La registrazione (oltre a non essere una garanzia assoluta) non è però l'unico modo che abbiamo per preconstituire la prova di essere gli autori di un determinato *software* (o di una *app*).

Vi sono altri metodi, alcuni “artigianali”, per attribuire comunque una data certa alla nostra creazione.

Si può, ad esempio, depositare il codice sorgente, l'eseguibile e eventualmente anche la documentazione di sviluppo presso un notaio, e tale deposito (sia pure non risultante da un registro pubblico) attribuisce data certa al fatto che proprio noi, in quel momento storico, avessimo a disposizione quell'opera dell'ingegno.

⁴⁶ Cfr. art. 103 L.d.a.

⁴⁷ Cfr. art. 25 D.L.

Un altro metodo, certamente più economico, è quello della “autospedizione” con raccomandata senza busta (il cosiddetto “piego raccomandato”) del codice sorgente: a questo punto, il timbro postale attribuisce all’opera una data certa. Trattandosi però di *software*, questo metodo può essere assai poco pratico, e si potrebbe dunque utilizzare la tecnologia. Le imprese sono inevitabilmente obbligate, difatti, a dotarsi di due strumenti che in questo caso posso essere particolarmente utili: la PEC e la firma digitale. La PEC⁴⁸, acronimo che sta per posta elettronica certificata, ha in Italia lo stesso valore legale di una raccomandata con avviso di ricevimento.

La firma digitale⁴⁹ è, semplificando, l’equivalente elettronico della firma autografa su carta, con la differenza (trattandosi di uno strumento digitale) che si può applicare non soltanto a documenti ma, in buona sostanza, a diverse tipologie di *file*.

Un altro strumento utile, anche se non obbligatorio, sono le “marche temporali” che, come si legge nel sito dell’AGID⁵⁰, sono il “risultato di una procedura informatica – detta servizio di marcatura temporale – grazie alla quale si attribuisce a un documento informatico un riferimento temporale opponibile a terzi”.

Sempre sul sito dell’AGID si precisa che “nel caso di documenti su cui sia stata apposta una firma digitale, la presenza di una marca temporale consente di attestare che il documento aveva quella specifica forma in quel preciso momento temporale, pertanto, se anche il certificato qualificato scadesse o fosse revocato dal titolare, si potrebbe sempre dimostrare che la firma digitale è stata apposta durante il periodo di validità dello stesso”.

Si potrebbe dunque prendere il nostro codice, o la nostra documentazione, raggrupparla in un unico file compresso a cui applicare la firma digitale e la marca temporale, per poi (per maggiore sicurezza) spedirlo via PEC, eventualmente

⁴⁸ <http://www.agid.gov.it/agenda-digitale/infrastrutture-architetture/posta-elettronica-certificata>

⁴⁹ La firma digitale è “un particolare tipo di firma elettronica avanzata basata su un certificato qualificato e su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l’integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici” (art. 1, lett. S del Codice dell’Amministrazione Digitale – D.lgs 7 marzo 2005, n. 82 - <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2005-03-07;82!vig=2015-12-27>). Sul punto si veda <http://www.agid.gov.it/agenda-digitale/infrastrutture-architetture/firme-elettroniche>

⁵⁰ <http://www.agid.gov.it/>

(per maggior garanzia di confidenzialità) dopo averlo reso inaccessibile a terzi mediante cifratura.

A questo punto si avrà una duplice garanzia di poter dimostrare la data di creazione: da un lato la marca temporale, e dall'altro la PEC, ad un costo notevolmente inferiore anche a quello di una raccomandata tradizionale.

In conclusione, quando anche non si voglia ricorrere al Registro pubblico del *software* presso la SIAE, è caldamente consigliabile, per prevenire future contestazioni, procedere ad adottare una o più cautele per poter dimostrare in futuro di essere proprio noi gli autori di quel determinato codice: il prendere queste precauzioni può essere di vitale importanza nell'eventualità di una controversia, sia con l'*app store*, sia davanti al giudice.

5.2 App create con il contributo di più soggetti

Ci siamo finora occupati dell'ipotesi più semplice, vale a dire di quella del singolo sviluppatore che crea la propria *app*. Quest'ipotesi, data anche la complessità del mercato, è oramai marginale poiché anche la più semplice delle *app* è oggi spesso il frutto di un lavoro che vede coinvolti diversi soggetti.

Ciò pone il problema di capire a chi spetti il diritto d'autore in questi casi. La legge italiana sul diritto d'autore, la già citata L. 633/1941, detta alcune regole che si applicano laddove le parti non dispongano diversamente.

Dobbiamo distinguere due ipotesi.

La prima ipotesi è rappresentata dalle opere collettive, vale a dire quelle creazioni dell'ingegno costituite dalla riunione di opere o di parti di opere che hanno carattere di creazione autonoma, come risultato della scelta e del coordinamento a un determinato fine. Tali opere sono protette come opere originali, indipendentemente e senza pregiudizio dei diritti d'autore sulle opere che la compongono. Pensiamo a una *app* che contiene del codice scritto da un soggetto, delle immagini create da un altro, dei testi creati da un terzo e che funziona grazie a un *database* (che possiede carattere creativo) ideato da un altro soggetto ancora. In questa ipotesi, indipendentemente dai diritti sulle singole opere, è considerato autore dell'opera collettiva, ai sensi dell'art. 7 della legge sul diritto d'autore, chi organizza e dirige la creazione dell'opera stessa.

Il secondo caso è quello delle opere le quali, al contrario, sono create con il contributo indistinguibile ed inscindibile di più persone: in questa ipotesi, ai sensi dell'art. 10 della legge sul diritto d'autore, il diritto d'autore appartiene in comune a tutti i coautori, e trovano applicazione le norme previste dal Codice Civile per l'istituto della comunione dei beni.

Non solo, le parti indivise si presumono di valore eguale, salvo la prova per iscritto di diverso accordo. Soprattutto nell'ultima ipotesi, per evitare problemi e situazioni di stallo nella gestione dei diritti di utilizzazione patrimoniale, è indispensabile regolamentare in maniera puntuale non soltanto la titolarità dei diritti, ma anche la possibilità di disporre degli stessi.

Si pensi all'ipotesi in cui un gruppo di amici abbia sviluppato insieme il codice di una *app*, e i singoli apporti non siano distinguibili o scindibili: in assenza di specifica regolamentazione per iscritto, non soltanto si presume che le parti siano uguali per ciascun contributore, ma sarà sempre necessario l'accordo di tutti per la prima pubblicazione dell'opera, salvo intervento dell'autorità giudiziaria.

Una situazione del genere, soprattutto se sopraggiungono contrasti, è assai difficile da gestire in assenza di una chiara e puntuale regolamentazione preventiva. Capita assai di frequente che idee brillanti e che hanno richiesto rilevante impegno vengano ad essere private di qualsiasi valore, a causa di dissidi che diventano irrisolvibili proprio per la mancanza di una preventiva pattuizione scritta che chiarisca i ruoli, la titolarità e le quote di partecipazione di ciascun contributore.

5.3 La protezione del marchio, del design e la tutela brevettuale

Come abbiamo visto, ciascuna *app* è intrinsecamente dotata di un segno che la distingue, sia esso grafico o verbale, e abbiamo già sottolineato l'importanza di effettuare delle accurate ricerche di anteriorità sia nei registri degli *app store*, sia nei registri dei marchi.

Solo a seguito dell'esito positivo di tali ricerche, il marchio potrà essere registrato in una o più classi della "classificazione di Nizza"⁵¹.

⁵¹ Vedi nota n. 11. [*ndr*]

Questa attività di ricerca e registrazione va fatta prima di immettere in commercio la *app* e di effettuare significativi investimenti di *marketing*, in quanto se violassimo un marchio altrui, saremmo costretti a cambiare nome (o segno) con conseguenze che potrebbero essere negative o pregiudizievoli.

Un recente esempio (anche se non strettamente legato alle *app*) è dato dalla disputa riguardante il gioco “Dieselstormers”, finanziato tramite la nota piattaforma di *crowdfunding* “Kickstarter”, il cui marchio è stato contestato dalla celebre casa di abbigliamento Diesel; il gioco, dopo un anno, ha dovuto suo malgrado cambiare nome in “Rogue Stormers”⁵². Si tratta di un errore che si sarebbe potuto evitare, effettuando una accurata analisi di anteriorità per le classi di marchio rilevanti.

Lo stesso ragionamento vale per la protezione del *design*, con la limitata differenza che, quantomeno per i paesi dell’UE, la veste grafica della *app* può essere registrata anche in un secondo momento, purché ciò avvenga entro l’anno dalla divulgazione, e sempre che naturalmente sussistano tutti i requisiti di legge per ottenere la registrazione del *design*.

Altrettanto dicasi per il brevetto, nei limitati casi in cui sia possibile brevettare una *app* (che, si ricorda, essendo un *software* non sarebbe brevettabile “in quanto tale”). In questo caso, la divulgazione della *app* prima della domanda di brevetto distruggerebbe qualunque possibilità di ottenere il brevetto stesso.

5.4 Gli accordi di confidenzialità

Abbiamo già visto che sono tutelate anche le informazioni riservate che costituiscono il *know-how* dell’impresa e della *startup* e che esse ricevono tutela solo se e in quanto riservate e non generalmente note o facilmente accessibili agli esperti e agli operatori del settore⁵³. Quando queste informazioni vengono divulgate perdono il loro valore: si sono verificati diversi casi in cui delle informazioni qualificate come riservate sono state rese disponibili sui siti di *startup* e società.

⁵² La notizia è riportata alla pagina:

<http://www.eurogamer.net/articles/2015-09-30-dieselstormers-forced-to-change-name-after-diesel-wins-trademark-dispute>

⁵³ Vedi nota n. 36

A volte, però, è indispensabile condividere una parte di queste informazioni, ad esempio con un potenziale finanziatore, oppure con il soggetto con il quale andremo a concludere un contratto di sviluppo per la nostra *app*. In questo caso sarà opportuno fare in modo che tali soggetti rispettino il vincolo della confidenzialità.

Il Codice della proprietà industriale, all'art. 99, riconosce protezione alle informazioni riservate, ma ciò riguarda soltanto il diritto di vietare ai terzi, salvo proprio consenso, di acquisire, rivelare ad altri soggetti o utilizzare, in modo abusivo, tali informazioni ed esperienze, eccetto il caso in cui esse siano state conseguite in modo indipendente dal terzo.

Nell'ordinamento italiano (ma non è una regola che vale per tutti i sistemi giuridici) vige il principio generale della buona fede, che si applica anche alle trattative precontrattuali, ma che difficilmente può essere esteso a ricomprendere un dovere assoluto di confidenzialità.

Ecco che è dunque necessario, prima di poter condividere delle informazioni riservate, predisporre e far sottoscrivere degli accordi di confidenzialità, che molto spesso vengono indicati con l'acronimo NDA (*Non-Disclosure Agreement*). Questi accordi vanno ovviamente stipulati prima di iniziare le trattative.

Vediamo quali sono le principali clausole che devono contenere.

In primo luogo, occorre definire quali siano le informazioni riservate e come possano essere identificate come tali.

Bisogna poi prevedere (ovviamente) l'obbligo di non usare tali informazioni e di non divulgarle. È opportuno (non soltanto nelle grandi organizzazioni) definire l'ambito di divulgazione interna. Ad esempio, si deve individuare la persona (o le persone) deputata a trattare le informazioni confidenziali, con garanzia di segretezza, in modo da evitare che le informazioni stesse circolino liberamente in azienda (con conseguente aumento potenziale dei rischi di divulgazione).

Poiché oramai tutte le informazioni sono digitali o digitalizzate, è importante non solo introdurre specifiche garanzie sul fatto che i sistemi informatici del soggetto con cui si tratta siano sufficientemente protetti, ma anche precisare in dettaglio quali misure tecniche (ad esempio cifratura, sistemi di autorizzazione, gestione *ad hoc* dei permessi di accesso) siano poste in essere a protezione della confidenzialità. Sotto tale profilo, massima attenzione va prestata ai servizi *cloud*, che possono

aggiungere delle falle nella sicurezza delle informazioni. Si pensi alle informazioni confidenziali maldestramente salvate su di uno spazio *cloud* personale da uno dei *top manager* preposti alla negoziazione: si tratta di informazioni a serio rischio di attacco e di conseguente divulgazione.

Ancora, occorre prevedere l'obbligo di rimuovere (e cancellare in maniera irreversibile dai supporti informatici) le informazioni una volta cessata la vigenza dell'accordo di confidenzialità, in modo da non lasciare "tracce" facilmente recuperabili.

L'accordo deve essere completato con alcune altre clausole quali: (1) clausole penali per le ipotesi di violazione (è consigliabile prevedere delle penali abbastanza elevate da essere dissuasive ma non esorbitanti, che rischierebbero di essere considerate manifestamente sproporzionate in caso di controversia giudiziaria); (2) la scelta della legge applicabile (particolarmente rilevante, date le differenti regolamentazioni degli obblighi precontrattuali nelle diverse legislazioni); (3) il foro competente.

Bisogna comunque tenere presente che anche la sottoscrizione di un accordo di confidenzialità non è una garanzia "a prova di bomba", perché tale accordo può essere sempre violato, non solo per dolo, ma anche perché, ad esempio, una delle parti è vittima di un attacco informatico o non ha implementato idonee garanzie di sicurezza.

La strategia migliore per prevenire i rischi è quindi quella di svelare le informazioni assolutamente necessarie per la conclusione dell'accordo (o per la richiesta di fondi), indipendentemente dall'esistenza dell'accordo stesso, in modo da ridurre al minimo i rischi.

5.5 Il crowdfunding

Per quanto concerne la tutela delle informazioni segrete, nel settore del *crowdfunding* (che viene spesso usato proprio per lo sviluppo delle *app*) tale tutela rischia di essere quasi inesistente, se non si prendono i dovuti accorgimenti. Infatti, al fine di ottenere tale forma di finanziamento collettivo, il rischio è spesso quello di essere portati a divulgare le proprie informazioni confidenziali, determinando pertanto la perdita del loro carattere di segretezza e le conseguenti tutele.

Ecco alcuni suggerimenti sul come muoversi nell'ambito del *crowdfunding*.

Occorre *in primis* assicurarsi che l'idea non violi il diritto altrui; significa accertarsi che la propria idea non sia già protetta e riconosciuta come proprietà industriale in capo ad altri soggetti. A tal fine sarà necessario operare una ricerca di anteriorità, la quale dovrà essere estesa anche alle stesse piattaforme di *crowdfunding* che spesso contengono una miniera di informazioni sui progetti passati e su quelli *in itinere*.

Non si tratta di rischi teorici; ad esempio qualche anno fa la Formlabs, una società operante nel settore della stampa 3D, aveva raccolto quasi 3 milioni di dollari su una nota piattaforma di *crowdfunding* (Kickstarter) per sviluppare una particolare stampante 3D. Il progetto aveva rischiato di arenarsi quando un'altra società, la 3D Systems, aveva iniziato nel 2012 una controversia per asserita violazione di alcuni suoi brevetti. La controversia si è risolta nel 2014 con un accordo (i cui termini non sono stati divulgati⁵⁴), ma certamente ha rischiato di provocare la fine traumatica del progetto stesso.

Oltre ad assicurarsi di non violare diritti e privative altrui, è bene dotarsi di strumenti di protezione della proprietà intellettuale e industriale prima ancora di rivolgersi al *crowdfunding*. È fondamentale fare attenzione a non esporsi in pubblico (tanto più se lo si fa con lo strumento del web) prima ancora di essersi tutelati, in particolare se la nostra idea è suscettibile di brevetto perché, come abbiamo già avuto modo di sottolineare, la divulgazione dell'idea impedisce in radice la possibilità di ottenere qualsiasi tutela brevettuale.

Nel preparare il cosiddetto *pitch*⁵⁵, strumento principe nel *crowdfunding*, bisogna impiegare tutte le migliori strategie comunicative per costruire in maniera accattivante la storia e cercare di trasmettere quanto sia buono e innovativo il prodotto o l'idea, ma facendo la massima attenzione a non rivelare le informazioni confidenziali.

È fondamentale, inoltre, che tutti questi accorgimenti in tema di informazioni segrete siano presi nei riguardi di tutti i soggetti coinvolti nell'operazione di *crowdfunding*, sia all'interno dell'organizzazione aziendale, sia verso i soggetti esterni i quali, ad esempio, collaborano alla creazione del *pitch*.

⁵⁴ <http://techcrunch.com/2014/12/01/3d-systems-v-form-labs-patent-lawsuit-dismissed/>

⁵⁵ Un *pitch* o *elevator pitch* rappresenta una particolare forma di comunicazione con cui ci si presenta, per motivi professionali, ad un'altra persona o organizzazione.

Ciò che conta è, in conclusione, adottare le cautele necessarie per proteggere tutto il proprio *know-how* evitando, con la divulgazione delle informazioni, di perdere le tutele di tale patrimonio che, una volta disperso, non può più essere recuperato.

5.6 I rapporti di lavoro

Abbiamo finora considerato le ipotesi nelle quali la *app* sia sviluppata da un singolo soggetto oppure da più soggetti in accordo tra loro. Dobbiamo ora analizzare l'ipotesi (che è la più frequente) nella quale la *app* sia sviluppata nell'ambito di un rapporto di lavoro.

Anche in questo caso dobbiamo distinguere due ipotesi. La prima è che la *app* sia sviluppata in forza di un rapporto di lavoro dipendente. Questa è l'ipotesi più semplice, anche perché è chiaramente regolamentata dalla legge sul diritto d'autore.

L'art. 12-bis della legge sul diritto d'autore, difatti, prevede che, salvo patto contrario, il datore di lavoro è titolare dei diritti esclusivi di utilizzazione economica del *software* o dei *database* creati dal lavoratore dipendente nell'esecuzione delle sue mansioni o su istruzioni impartite dallo stesso datore di lavoro.

Se quindi la *app* viene realizzata dai dipendenti dell'imprenditore o della società nell'esecuzione delle loro mansioni o sulla base di istruzioni impartite, i diritti di utilizzazione patrimoniale spetteranno direttamente al datore di lavoro, senza bisogno di alcuna ulteriore formalità.

Ben diversa è l'ipotesi nella quale la *app* venga realizzata da una società o da uno o più sviluppatori esterni. In questo caso, difatti, non può trovare applicazione la regola che abbiamo appena esaminato, e quindi si possono creare pericolose incertezze.

Precisiamo nuovamente che, prima ancora di concludere qualsiasi accordo con soggetti esterni, è fondamentale stipulare degli accordi di confidenzialità per evitare che il nostro patrimonio di informazioni e *know-how* venga disperso.

Per quanto riguarda lo sviluppo di una *app* nell'ambito di un rapporto di lavoro autonomo, esso può essere inquadrato, a seconda dei casi, come una prestazione d'opera intellettuale (se viene commissionato a un libero professionista) o come un contratto di appalto di servizi (se viene affidato a un'organizzazione d'impresa).

Ma il problema principale è quello di stabilire a chi spetti la titolarità dei diritti di utilizzazione economica sull'opera: se al committente o a colui che materialmente ha realizzato la *app*.

È chiaro che qui vi sono due interessi contrapposti: chi ha realizzato la *app* mira a non disperdere le proprie risorse, e dunque tenderà a non cedere il complesso dei diritti di utilizzazione patrimoniale, ma soltanto a concederli in licenza; il committente, al contrario, ha interesse ad avere il completo controllo sulla *app* sviluppata a sue spese.

Come risolvere questo conflitto? Il modo migliore per evitare (o perlomeno cercare di prevenire) future controversie è quello di redigere, all'atto dell'affidamento dell'incarico, un contratto per iscritto che indichi chiaramente a chi spettino i diritti esclusivi di utilizzazione economica dell'opera. Si ricorda a tale proposito che l'art. 110 della legge sul diritto d'autore prescrive che la trasmissione dei diritti di utilizzazione debba essere provata per iscritto.

In assenza di chiare pattuizioni sarà il giudice a dover risolvere eventuali contrasti.

A tale proposito, è interessante una pronuncia del Tribunale di Bologna⁵⁶ che ha chiarito come “nel caso di realizzazione di opera dell'ingegno in esecuzione di un contratto di lavoro autonomo, per l'attribuzione della titolarità dei diritti di sfruttamento economico in capo all'autore o al committente rilevano la volontà delle parti, la finalità dalle stesse perseguita e i comportamenti da queste tenuti in esecuzione di detto contratto”.

Ma i tempi della giustizia (soprattutto di quella italiana) non sono compatibili con il passo dell'informatica e della telematica: se dovessimo aspettare la fine del giudizio (di primo grado, o anche solo del giudizio cautelare), probabilmente la nostra *app* sarà già superata da tante altre e avrà perso qualsiasi valore.

È quindi fondamentale agire in via preventiva, regolamentando puntualmente tutti gli aspetti rilevanti per non avere problemi in seguito.

Naturalmente non si tratta di un problema che vale soltanto per l'Italia, ma riguarda tutto il mondo. L'avvocato britannico Kathryn Rogers, nella sua pagina introduttiva a “Legal Issues for App Developers”⁵⁷ rileva che “where work is

⁵⁶ Tribunale Bologna, 2 maggio 2002.

⁵⁷ <http://www.scl.org/site.aspx?i=ed27592>

commissioned from a developer, the developer will generally own the copyright even though the commissioner of the work has paid for the work to be done. It is therefore crucial that the copyright position is dealt with up front when the developer is initially engaged in order to avoid potential problems later”⁵⁸. Assume quindi fondamentale importanza, nel caso in cui la *app* venga sviluppata da soggetti esterni, la redazione di un adeguato contratto di sviluppo che regolamenti tutti gli aspetti rilevanti.

5.7 I contratti di sviluppo

Si è precisato quanto sia importante che lo sviluppo esterno di una *app* sia regolato da un apposito contratto, che tenga conto delle peculiarità delle *app* stesse e che ne regolamenti tutti gli aspetti rilevanti. Non solo: nella fase delle trattative, e dunque prima di stipulare il contratto, è massimamente opportuno – come abbiamo più volte ribadito – stipulare con i potenziali contraenti degli accordi di confidenzialità, in maniera tale da avere “un’arma in più” laddove le nostre informazioni confidenziali vengano divulgate.

Occupiamoci pertanto dei contratti di sviluppo. Molto spesso capita che tale fondamentale documento manchi del tutto, o al massimo ci si trovi di fronte a uno scambio di email nelle quali, se si è fortunati, si descrivono le caratteristiche di massima della *app* e il prezzo pattuito. Una situazione del genere getta le basi per future controversie e per un probabile fallimento del progetto.

Occorre quindi necessariamente spendere del tempo per la redazione del contratto, possibilmente affidandolo a un professionista esperto nel campo della proprietà intellettuale (settore particolare, retto da regole specifiche).

Le soluzioni raffazzonate, i “copia e incolla” da siti o da altre fattispecie contrattuali, o ancora le traduzioni di contratti scritti per altri ordinamenti (in particolar modo quelli di diritto anglosassone) possono essere un rimedio peggiore del male, anche perché non esiste una soluzione sempre e comunque valida, in quanto ogni *app* (e ogni contratto) ha le sue peculiarità.

⁵⁸ “nel caso in cui il lavoro sia commissionato da uno sviluppatore, lo sviluppatore sarà generalmente titolare del copyright anche se il committente del lavoro ha pagato per la realizzazione del lavoro. Pertanto, è fondamentale che il tema del copyright sia gestito in anticipo prima che lo sviluppatore sia incaricato, per evitare potenziali problemi in seguito”. [ndt]

Vediamo comunque quali debbano essere le principali clausole che il contratto di sviluppo deve imprescindibilmente contenere.

Occorre in primo luogo precisare puntualmente e dettagliatamente l'oggetto del contratto. È necessario spiegare quali sono le funzioni della *app*, su quali sistemi debba funzionare, in quale *app store* debba essere distribuita e precisare i dettagli funzionali e i requisiti prestazionali, eventualmente in un allegato tecnico al contratto.

Bisogna assolutamente evitare di indicare soltanto il nome della *app*: anche se si è parlato a lungo, in varie riunioni, delle funzionalità desiderate, degli ambienti di sviluppo e magari anche del *layout* grafico, occorre sempre tradurre tutti gli accordi per iscritto.

Nell'oggetto, dovremmo anche specificare cosa sia ricompreso nel contratto: il codice sorgente, l'eseguibile, i materiali preparatori, i commenti, la manualistica, le icone, il *layout* grafico, i testi, etc.

Andrà poi specificato (e questo è, come detto, fondamentale) chi sia il titolare dei diritti di utilizzazione economica: se questi vengano quindi ceduti al committente o rimangano in capo allo sviluppatore.

Nel caso in cui non vi sia cessione dei diritti, ma soltanto una licenza d'uso (pur essendo la *app* sviluppata per il committente), allora bisogna precisare in maniera dettagliata i limiti di questa licenza, contrattando anche i singoli diritti. Ad esempio è fondamentale, in queste ipotesi, inserire il diritto di traduzione, di elaborazione e modificazione, in modo da poter poi adattare la *app*: in caso contrario, sulla base del contratto, sarà vietata qualsiasi modifica⁵⁹.

È importantissimo chiarire dettagliatamente quali diritti siano ceduti (o concessi in licenza) perché questi diritti, ai sensi dell'art. 19 della legge sul diritto d'autore, sono tra loro indipendenti e l'esercizio di uno di essi non esclude l'esercizio esclusivo di ciascuno degli altri diritti.

Se si tratta poi di licenza, occorrerà necessariamente precisare gli ambiti temporali (è una licenza perpetua – ossia valida per tutta la durata del diritto d'autore – o è temporanea?) e gli ambiti spaziali (vale per tutto il mondo o è limitata solo ad

⁵⁹ Si ricorda che non saranno vietate le modifiche necessarie per garantire l'interoperabilità con altri programmi, ai sensi dell'art. 64 quater della L.d.a.

alcuni stati/zone geografiche?). Infine si dovrà precisare se si tratta di una licenza esclusiva o meno.

Non bisogna dimenticarsi (in entrambi i casi) che lo sviluppatore deve garantire di poter disporre dei diritti che sta cedendo (o licenziando) e che si impegna a tenere indenne il committente da eventuali pretese di terzi: capita purtroppo abbastanza spesso che, all'interno del codice, venga ceduto codice non originale, oppure in violazione di una licenza libera che non consenta l'incorporazione in *software* proprietario⁶⁰.

Nel contratto vanno poi individuati e specificati gli eventuali vincoli anche normativi applicabili. Ad esempio, se oggetto dello sviluppo è una *app* dedicata alla Pubblica Amministrazione, essa dovrà rispettare i requisiti del Codice dell'Amministrazione digitale.

Se la *app* (come invariabilmente capita) dovesse contenere anche dati personali, dovrà essere garantito che essa consenta il trattamento nel rispetto delle misure di sicurezza e delle eventuali ulteriori normative applicabili.

Per fare un esempio ancora più specifico, laddove il committente dovesse affidare a terzi lo sviluppo di una *app* che si interfacci al fascicolo sanitario elettronico, non solo dovrà essere previsto il rispetto dei principi del Codice in materia di protezione dei dati personali e delle misure di sicurezza, ma anche di quanto dettato dal Garante medesimo nelle varie linee guida (sul fascicolo sanitario elettronico e sul dossier sanitario) e delle norme contenute nel Regolamento in materia di fascicolo sanitario elettronico⁶¹.

È vero che tutte queste norme sarebbero comunque considerate implicitamente parte delle pattuizioni contrattuali in caso di controversia, ma è comunque opportuno, proprio per evitare lunghe e costose diatribe, chiarire fin da subito quale sia il perimetro della disciplina applicabile.

Va poi ovviamente inserita una clausola che regoli le modalità e le tempistiche di pagamento e le eventuali conseguenze dei ritardi. Parimenti, va chiaramente individuato il termine per la consegna della *app*, con eventuali penali per il ritardo.

⁶⁰ Vedi definizione al paragrafo 6.1. [*ndr*]

⁶¹ D.P.C.M. 29 settembre 2015, n. 178 – www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.del.presidente.del.consiglio.dei.ministri:2015-09-29;178

Una fase cruciale (e spesso purtroppo trascurata) è quella del collaudo e della successiva accettazione. Bisogna quindi individuare con precisione tempi, modi e parametri per il collaudo e, eventualmente (ma naturalmente dipende dai valori in gioco), prevedere che il collaudo sia a cura di un soggetto terzo.

È utile prevedere anche una procedura per il *bug-fixing*⁶², armonizzandola con le garanzie per gli eventuali vizi. Bisogna anche valutare le ipotesi di limitazione di responsabilità per i danni. Molto spesso capita di leggere delle traduzioni di contratti di stampo anglosassone, in cui è usuale inserire delle esclusioni assolute di responsabilità per ogni e qualsiasi evento: queste pattuizioni, il più delle volte, sono nulle per il diritto italiano.

Particolare attenzione va posta alle clausole risolutive espresse, vale a dire quelle ipotesi in cui il contratto può essere sciolto per determinati accadimenti.

Anche in questo caso, capita di imbattersi in clausole frutto di trasposizione di contratti non di diritto italiano, che prevedono la risoluzione del contratto “per qualsiasi inadempimento” o simili. Anche queste pattuizioni, come le limitazioni assolute di responsabilità, non sono valide nel diritto italiano.

Bisogna quindi specificare espressamente le ipotesi in cui il contratto potrà essere risolto (ad esempio per uno specifico ritardo nella consegna, per il mancato rispetto di alcune pattuizioni specifiche o ad esempio perché la *app* non è conforme agli standard richiesti dall'*app store* prescelto).

Non bisogna dimenticarsi, soprattutto quando magari ci si rivolge a sviluppatori non italiani, delle clausole che individuino la legge applicabile e il foro competente o la previsione di un eventuale arbitrato.

Questi (pochi) elementi forniscono solo un'introduzione alla complessità dei contratti di sviluppo e servono (non costituendo certo parere legale) come linee guida di massima per la negoziazione di un contratto. Come detto, ogni singolo contratto fa storia a sé e necessita di una valutazione *ad hoc* per prevenire, per quanto possibile, eventuali controversie.

⁶² Il *bug-fixing* consiste nella correzione di un errore (*bug*) in un programma per *computer* o di un sistema.

Pur ribadendo la raccomandazione di non avvalersi di modelli precompilati (o peggio, riferiti ad altri ordinamenti giuridici), si segnala che sono comunque disponibili dei modelli di riferimento, con commenti sulle singole clausole⁶³.

The screenshot shows the website of the Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura di Torino. The header includes the logo and name of the organization, along with navigation links for 'Login', 'Registrati', and language options 'EN' and 'FR'. A search bar is also present. The main navigation menu is on the left, with 'Sviluppo del software: Usi e clausole' highlighted. The main content area is titled 'Sviluppo del software: Usi e clausole' and features a red button 'Impresa, professionista o privato?'. Below the title, there is a social sharing bar and a link to a document titled 'Lo sviluppo del software: usi e clausole commentate' (64 pagine - 860 KB). The document is described as a model of contractual clauses for software development, with a brief comment explaining its purpose and the intention to provide an instrument of work adaptable to various needs.

Fig. 5 – Si segnala come esempio la pagina del sito della Camera di Commercio di Torino, ove sono reperibili usi e clausole di sviluppo del *software*

Si tratta di modelli redatti nel 2009, che dunque non riguardano le *app*, ma il *software* in genere (non foss'altro perché la *app economy* nel 2009 era nella sua infanzia) per conto della Camera di Commercio di Torino che possono comunque essere un utile strumento di lavoro e confronto.

6. La scelta della licenza

Una volta che la *app* è stata realizzata e che, in forza di un adeguato contratto di sviluppo, sono stati acquisiti tutti i diritti di utilizzazione economica, la *app* potrà essere distribuita attraverso gli *app store*.

Prima di procedere in tal senso dobbiamo però porci un ulteriore quesito, ovvero con quale licenza s'intende distribuire la *app*. Non dobbiamo dimenticare che il diritto d'autore (in estrema sintesi) funziona secondo il modello "tutti i diritti

⁶³ <https://www.to.camcom.it/sviluppo-del-software-usi-e-clausole>

riservati” e che in virtù di ciò i terzi non potranno fare nulla con le nostre opere dell’ingegno, a meno che non concediamo loro, mediante una “licenza d’uso”, il permesso di svolgere determinate attività (quali appunto quelle di installare la *app*, utilizzarla per i fini pattuiti, installarla su più terminali, etc.).

Quale tipo di licenza è il più opportuno? Anche in questo caso non esiste una soluzione univoca, ma occorre valutare caso per caso.

Ci sono due grandi famiglie di licenze *software*: le licenze “proprietarie” e le licenze “libere”. Prima di affrontare le differenze tra le due categorie (e i profili problematici legati agli *app store*) va fatta una importante precisazione: qualora non facessimo alcuna scelta, sarà l’*app store* a scegliere per noi!

Infatti, l’art. 5.4 del Contratto di distribuzione per gli sviluppatori Google Play prevede che lo sviluppatore “concede all’utente una licenza non esclusiva, mondiale e perpetua per eseguire, mostrare e utilizzare il Prodotto sul Dispositivo. Se lo desidera, può includere nel Prodotto un contratto di licenza con l’utente finale (EULA, End User License Agreement) separato che regoli i diritti dell’utente in relazione al Prodotto. Se il contratto EULA è in conflitto con il presente Contratto, quest’ultimo prevarrà sul primo”.

In altre parole, anche non redigendo una licenza *ad hoc*, si ha comunque una pattuizione minimale che consente all’utente la licenza perpetua di eseguire, mostrare e utilizzare la *app*. Ci si dovrà quindi preoccupare di redigere una licenza *ad hoc* solo laddove queste indicazioni non siano soddisfacenti.

Per il mondo Apple la situazione è parzialmente diversa. In linea con la strategia complessiva di maggior controllo e integrazione delle *app* di terze parti nell’ecosistema iOS, le condizioni di contratto prevedono una licenza d’uso molto dettagliata, anche per le *app* di terze parti, contenuta nelle condizioni di contratto dell’iTunes Store⁶⁴. Anche questa licenza è comunque derogabile, in quanto si può inserire una propria licenza.

L’adozione di una licenza *ad hoc* è quindi sempre possibile, ma non è detto che sia consigliabile, anche perché può introdurre delle limitazioni (o anche solo aggiungere un *click* in più) che possono inficiare il successo della *app*. Occorre quindi prevedere una licenza specifica soltanto quando sia strettamente necessario.

⁶⁴ <http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/it/terms.html#APPS>

6.1 Licenze proprietarie

La *app* è un'opera dell'ingegno di cui è (o dovrebbe essere) titolare lo sviluppatore, il quale può dunque (nei limiti consentiti dalle condizioni degli *app store*, come abbiamo visto sopra) attribuire all'opera, mediante una licenza d'uso, il regime di circolazione che reputa più opportuno. Se lo si ritiene necessario, è quindi possibile cimentarsi nella scrittura di una licenza d'uso che consenta all'utente solo le facoltà essenziali.

In questo caso, si parla di “licenze proprietarie” o “software proprietario” che, secondo Wikipedia, “è un software la cui licenza consente al beneficiario il suo utilizzo sotto particolari condizioni ed impedendone altre come la modifica, la condivisione, lo studio, la redistribuzione o l'ingegneria inversa. Le restrizioni sono imposte dal titolare dei diritti di sfruttamento economico, cioè l'autore o – in caso di cessione dei diritti patrimoniali – il cessionario dei diritti in questione, tramite mezzi primariamente giuridici, come limitazioni nel contratto di licenza al regime di circolazione di sorgenti o brevetti, nei paesi nei quali sono consentiti. Le modalità di limitazione sono spesso anche di natura tecnica quando, ad esempio, il software è pubblicato soltanto in codice binario tenendone segreto il codice sorgente. Questa semplice pratica rende infatti lo studio e la modifica tecnicamente non attuabile: utilizzando disassemblatori sono necessarie elevate capacità informatiche e notevoli sforzi per ottenere informazioni o effettuare modifiche anche solo di minima entità”⁶⁵.

Si possono inserire nella licenza, oltre alle facoltà dell'utente, una serie di clausole con particolare riguardo alle limitazioni di responsabilità, ma bisogna tenere presente (come per i contratti di sviluppo) che, per il diritto italiano, le clausole di stile anglosassone, che escludono la responsabilità per qualsiasi ipotesi, potrebbero essere prive di effetto in quanto contrastanti con norme imperative, non derogabili.

Anche in questo caso quindi, qualora si intenda scrivere la propria licenza, è certamente preferibile uno studio accurato e non la mera copiatura di modelli altrui, magari non confacenti al sistema giuridico prescelto.

⁶⁵ https://it.wikipedia.org/wiki/Software_proprietario - testo disponibile secondo la licenza Creative Commons Attribuzione-Condividi allo stesso modo.

6.2 “Free” e “open source” software

Il variegato ecosistema del “free” e “open source” *software* è, in estrema sintesi, un modello alternativo di gestione dei diritti d’autore. Secondo la filosofia “free” e “open source” infatti, il titolare dei diritti sfrutta le peculiarità del diritto d’autore non per introdurre limiti all’utilizzo, ma per concedere delle libertà. Nel caso di *software* “free” e “open source” i diritti esclusivi individuati dalla legge rimangono in capo al titolare il quale, però, può decidere liberamente di astenersi dal far valere in tutto o in parte questi diritti e nel contempo può concedere a terzi determinate facoltà d’uso del *software* attraverso uno strumento che è, appunto, il contratto di licenza d’uso (in questo caso si parla di “licenze libere” o “non proprietarie”).

È possibile adottare queste tipologie di licenze alle *app* (con alcuni limiti che esamineremo in seguito). Vi sono svariate tipologie di licenze “free” e “open source”, ma tutte hanno il requisito essenziale della disponibilità del codice sorgente.

Possono evidenziarsi due ben distinte filosofie di pensiero (che si riflettono anche sulla regolamentazione giuridica) legate a tale fenomeno: i sostenitori del *software* libero, che fanno capo alla Free Software Foundation (FSF)⁶⁶ fondata da Richard Stallman, autore, assieme a Eben Moglen, della più importante licenza libera, la GNU/GPL⁶⁷, e il movimento “open source”, a cui fa riferimento la Open Source Initiative (OSI)⁶⁸, fondata da Bruce Perens e Eric S. Raymond.

Spesso però viene utilizzato l’acronimo FLOSS (Free/Libre and Open Source Software) per sottolineare gli elementi che accomunano i due movimenti. In sintesi, si può affermare come una licenza FLOSS concede sempre all’utente il diritto di utilizzare, copiare, distribuire, modificare un programma senza vincoli né sul tipo di utente né sugli aspetti economici.

Secondo la Free Software Foundation una licenza, per essere libera, deve rispettare quattro libertà fondamentali (libertà di eseguire il programma, per qualsiasi scopo; libertà di studiare come funziona il programma e di modificarlo in modo da adattarlo alle proprie necessità; libertà di ridistribuire copie in modo da aiutare il prossimo; libertà di migliorare il programma e distribuirne pubblicamente i

⁶⁶ <https://www.fsf.org/>

⁶⁷ <http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>

⁶⁸ <https://opensource.org/>

miglioramenti), mentre l'OSI si rifà a dieci punti, contenuti nell'*Open Source Definition*.

L'uso di un *software* “free” e “open source” è regolamentato da una licenza e, come tutti i negozi giuridici, la licenza può assumere diverse sfumature. Si possono individuare due grandi categorie di licenze: le licenze “permissive” e quelle cosiddette “copyleft”.

Le licenze permissive (MIT, BSD, Apache, etc.) sono quelle che, oltre a concedere all'utente il diritto di utilizzare, copiare e modificare liberamente il *software*, consentono anche la possibilità di distribuirlo con una licenza differente da quella originaria e anche con una licenza proprietaria, sia pure rispettando alcune condizioni indicate nelle singole licenze. Le licenze permissive sono molto diffuse, soprattutto nell'ambiente Android: lo stesso sistema operativo è in grossa parte rilasciato sotto licenza Apache 2.0.

Le licenze “copyleft” (tra cui la GNU/GPL) tendono invece a salvaguardare l'originaria “libertà” del *software* e, quindi, la distribuzione del *software* modificato può avvenire soltanto con la stessa licenza o con una licenza con essa compatibile.

La presenza di diverse e distinte tipologie di licenze libere comporta rilevanti problemi di compatibilità, laddove si creino opere derivate attingendo a *software* regolati da licenze diverse. Ad esempio, la licenza Apache 1.1 o la Mozilla Public License 1.1 non sono compatibili con la GNU/GPL. Sul sito www.gnu.org è disponibile un elenco delle licenze considerate dalla FSF compatibili con la GNU/GPL⁶⁹. Una tabella semplificata delle compatibilità tra le principali licenze libere (Fig. 6) è disponibile sul sito di David Wheeler.

⁶⁹ <http://www.gnu.org/licenses/licenses.it.html>

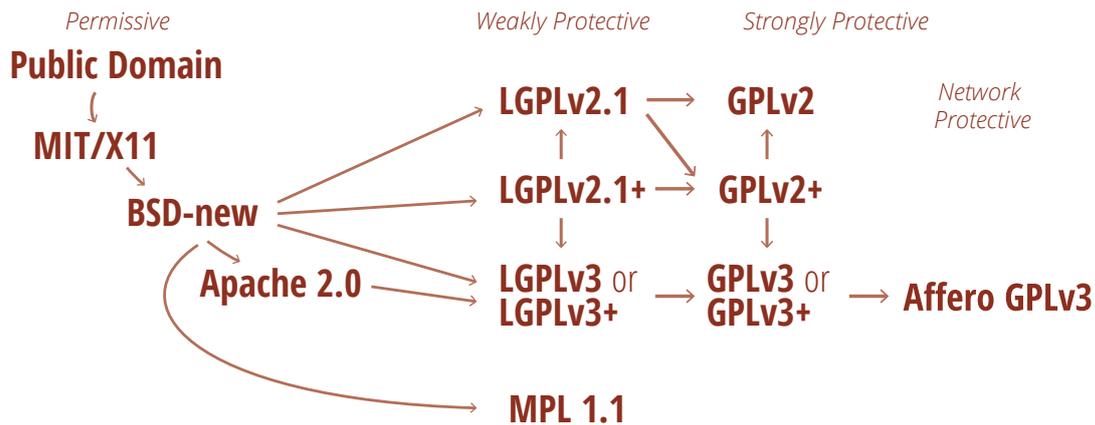


Fig. 6 – <http://www.dwheeler.com/essays/floss-license-slide.html>⁷⁰

Sulla base quindi delle “libertà” che intendiamo concedere agli utenti, possiamo scegliere tra le varie licenze libere.

È importante sottolineare, dal lato non tanto del rilascio quanto dello sviluppo, che *software* sotto licenza libera non equivale affatto al pubblico dominio e non può essere utilizzato senza limiti. Se io quindi intendo utilizzare (o incorporare) all’interno della mia *app* del *software* rilasciato sotto licenza libera, dovrò aver cura di rispettare, in maniera puntuale, quanto dettato dalla licenza. Se ad esempio creassi una *app* che costituisce opera basata su altro *software* rilasciato su licenza GNU/GPL e la distribuissi (l’atto di inserimento in un *app store* è chiaramente un atto di distribuzione), dovrei imprescindibilmente rilasciare tale *app* con la stessa licenza.

Anche le licenze permissive, che consentono l’incorporazione del codice all’interno di *software* proprietario, impongono il rispetto di alcune condizioni che vanno accuratamente seguite per evitare di incorrere in violazioni del diritto d’autore altrui.

In altre parole, anche le licenze “free” e “open source” sono degli strumenti giuridici vincolanti e non dei benevoli consigli, tanto che sono frequenti i casi di violazione delle licenze libere, accertati da tribunali in varie parti del mondo.

Purtroppo, la violazione delle licenze libere è assai frequente nell’ecosistema delle *app*, tanto che una ricerca di Openlogic di qualche anno fa⁷¹ ha riscontrato come il

⁷⁰ La tabella di compatibilità di David Wheeler è rilasciata sotto licenza Creative Commons Attribuzione - Condividi allo stesso modo 3.0.

⁷¹ <http://techcrunch.com/2011/03/08/potential-open-source-license-violations-in-android-and-ios-apps/>

71% delle *app* disponibili negli *app store* contenesse componenti di *software* libero, pur non rispettando le relative licenze. Si tratta di un errore da evitare, perché il mancato rispetto delle licenze libere (a volte frutto di dimenticanza più che di vera e propria volontà di appropriazione dell'opera altrui) può portare a gravi conseguenze. Oltre alla possibilità di una controversia legale, il rischio immediato è che tale violazione comporti la rimozione della *app* dallo *store*, con tutte le deteriori conseguenze che ne possono derivare.

6.2.1 Licenze libere e app store

L'adozione di una licenza libera consente, per definizione, maggiori “spazi di manovra” all'utente, che non solo può utilizzare la *app* come meglio crede, ma può anche studiarne il codice sorgente, modificarla, creare opere derivate, etc. L'adozione di licenze “copyleft” (e in particolare della GNU/GPL) incontra però dei problemi di compatibilità con il sistema degli *app store*, soprattutto con l'*app store* Apple (e dunque la piattaforma iTunes).

A partire dal 2010, difatti, la Free Software Foundation ha contestato⁷² come le condizioni di distribuzione del *software*, attraverso l'*app store* di Apple, impongano una serie di restrizioni legali sull'uso e sulla distribuzione stessa delle *app* rilasciate sotto licenza GNU/GPL che sono incompatibili con l'art. 6 della licenza GPLv2.

Questa situazione di incompatibilità è stata “risolta” non con la modifica delle condizioni di distribuzione, ma con la rimozione di svariate *app* dalla distribuzione. Allo stato attuale, questa situazione di incompatibilità permane, anche se non sempre porta alla rimozione delle *app* dall'*app store* stesso.

Il problema, però, riguarda la licenza GPL e non le altre tipologie di licenze, più permissive, che sono compatibili con le condizioni (in effetti assai restrittive) dell'*app store* della Mela.

Una possibile soluzione (per i titolari del diritto d'autore sulla *app* stessa) è l'adozione di un sistema di “dual licensing” o di “relicensing”: si adottano la GPL e un'altra licenza che sia compatibile con le condizioni d'uso di Apple. Naturalmente, questa

Openlogic, acquisita nel 2013 dalla Rogue Wave Software (<http://www.roguewave.com/>), era una società che offriva servizi di verifica del rispetto delle licenze “free” e “open source”, ed aveva sviluppato un sistema, denominato “OSS Deep Discovery”, utilizzato appunto per la verifica automatica della *compliance*.

⁷² <https://www.fsf.org/news/2010-05-app-store-compliance>

attività è possibile soltanto – si ribadisce – se si è titolari dei diritti esclusivi di utilizzazione sulla *app*.

Se essa fosse basata su *software* rilasciato con licenza GPL, e non fossimo noi i titolari del diritto d'autore, non sarebbe possibile rilasciarla con una licenza diversa, proprio per l'effetto di "strong copyleft" che caratterizza tale licenza.

7. Veicolare contenuti attraverso le app

Le *app* sono un sistema fantastico di distribuzione (e condivisione) di contenuti: dalle fotografie ai video, dalla musica ai testi e ai dati. Anzi, le *app* di maggior successo si basano proprio sulla facilità di condividere (e fruire di) contenuti del proprio *device* mobile.

L'accesso e la condivisione delle opere dell'ingegno non sono mai stati così facili e veloci. A questa facilità si contrappone però la rigidità del modello di protezione delle opere dell'ingegno, delineato dal diritto d'autore.

Ogni atto di condivisione, difatti, costituisce un esercizio del diritto esclusivo di riproduzione (che comprende appunto qualsiasi forma di moltiplicazione in copie, diretta o indiretta, temporanea o permanente, in tutto o in parte dell'opera, in qualunque modo o forma, con ogni possibile procedimento di riproduzione) e, come tale, deve essere autorizzato dal titolare dei diritti, salvo le limitate eccezioni concesse dalle utilizzazioni libere (ad esempio l'art. 70 della legge sul diritto d'autore consente il riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o parti di opere letterarie per scopi di studio, discussione, documentazione o insegnamento, purché vengano citati l'autore e la fonte e non si agisca per scopo di lucro).

Questo comporta che, in linea di principio, la realizzazione di una *app* che utilizzi contenuti altrui sarà lecita se e in quanto tale attività sia permessa o negoziata con il titolare dei diritti stessi.

Nell'era della condivisione e della *sharing economy*, questo è un concetto che spesso sfugge, con conseguenze a volte pesanti.

Anche in Italia, difatti, vi sono state svariate ipotesi di rimozione dagli *app store*, proprio per violazione di diritti di proprietà intellettuale non riguardanti le *app*

stesse, ma i contenuti che diffondevano (o ai quali consentivano di accedere). Uno tra i primi esempi è stato quello di una *app*, resa disponibile sull'iTunes Store, che consentiva l'accesso a 150 citazioni tratte dai libri di Fabio Volo⁷³. La casa editrice Mondadori ha chiesto (e ottenuto) la rimozione dell'*app* dallo *store*, proprio per violazione del diritto di riproduzione.

Un'altra vicenda, quasi paradigmatica, è quella della *app* YouTube Downloader⁷⁴. Si trattava di una *app* che, come chiaramente indicato dal nome, consentiva il *download* in locale dei contenuti di YouTube. La *app*, pubblicata sullo *store* di Google (peraltro proprietaria di YouTube) aveva avuto un successo enorme, tanto da essere premiata con 100.000 dollari al Samsung App Challenge 2012. Peccato che, come era chiaro fin dall'inizio, la *app* fosse illegale, e quindi poco tempo dopo la vincita del premio sia scomparsa dagli *app store*.

Quest'ultima vicenda ci consente di ragionare proprio sui profili di condivisione delle opere presenti in altre piattaforme (quali YouTube, Instagram, Flickr, Facebook, Twitter).

In questo caso, prima di realizzare delle *app* che diffondano e veicolino i contenuti (anche inviati dagli utenti) di altre piattaforme, è indispensabile studiare accuratamente le condizioni della piattaforma stessa, per verificare i limiti e le possibilità di utilizzo.

Tornando all'esempio precedente, ci si può domandare perché "YouTube Downloader" sia stato dichiarato illegale. La ragione è data dal fatto che le condizioni di utilizzo di YouTube consentono di vedere il video e di inserirlo tramite *embedding* all'interno di altre piattaforme (o di *app*), ma vietano espressamente di utilizzare sistemi tecnici che consentano lo scaricamento dei video in questione al di fuori della piattaforma.

Si legge infatti che "non è consentito accedere ai contenuti tramite alcuna tecnologia o mezzo diverso dalle pagine del video playback del sito web stesso, YouTube Player, o altri mezzi che YouTube eventualmente indichi espressamente per tale scopo"⁷⁵.

⁷³ <https://www.tomshw.it/mondadori-app-fabio-volo-iphone-non-s-da-fare-38307>

⁷⁴ http://www.corriere.it/tecnologia/app-software/12_novembre_23/giarrizzo-applicazione-youtube-downloader-samsung-android-google_aa7e5fea-3552-11e2-a6ed-6f1dca7ec717.shtml

⁷⁵ <https://www.youtube.com/static?gl=IT&hl=it&template=terms>

Anche l'era della condivisione ha quindi le sue regole specifiche, e il mancato rispetto può portare al fallimento della nostra iniziativa economica o, peggio, a problemi anche di natura penale (molte ipotesi di violazione del diritto d'autore, soprattutto quelle compiute a fini di lucro, sono sanzionate penalmente).

7.1 L'uso di dati e di database

Nella prima parte di questa trattazione, abbiamo visto come anche i *database* “creativi” ricevano protezione quali opere dell'ingegno. A tale protezione si somma il già citato diritto *sui generis*, che è il diritto del “costitutore” di vietare le operazioni di estrazione ovvero il reimpiego della totalità o di una parte sostanziale della stessa.

Ricordiamo che il “costitutore” è “chi effettua investimenti rilevanti per la costituzione di una banca dati o per la sua verifica o la sua presentazione, impegnando, a tal fine, mezzi finanziari, tempo o lavoro”.

Se dunque vogliamo sviluppare una *app* che reimpieghi un *database* altrui, dobbiamo necessariamente tenere conto (anche se si tratta di un database meramente compilativo) del diritto *sui generis* che (come abbiamo già notato) si estingue trascorsi 15 anni dal primo gennaio dell'anno successivo alla data di completamento del *database*. Tuttavia, se vengono apportate al contenuto della banca dati modifiche o integrazioni sostanziali comportanti nuovi investimenti rilevanti, allora decorre un ulteriore autonomo termine quindicennale di protezione.

Se dovessimo violare anche solo il diritto *sui generis*, ci esporremo ancora una volta al rischio di rimozione della *app*, a possibili azioni per il risarcimento del danno e a responsabilità anche di tipo penale.

7.2 Open data e public sector information

Vi sono dei dati a cui è più facile accedere, e per i quali vale il principio generale dell'“open by default”, vale a dire che si tratta di dati aperti (e quindi liberamente utilizzabili, anche per finalità commerciali), salvo che non sia diversamente stabilito.

Stiamo parlando dei dati pubblici.

Da tempo, sia negli U.S.A. sia nell'Unione Europea, è nata un'esigenza molto forte alla libera disponibilità dei dati di fonte pubblica, al fine di consentire e favorire la creazione di nuove forme di *business*.

Si legge infatti nel considerando 3 della Direttiva 2013/37/UE⁷⁶: “le politiche relative all'apertura dei dati, che incoraggiano un'ampia disponibilità e il riutilizzo delle informazioni del settore pubblico a fini privati o commerciali, con vincoli minimi o in assenza di ogni vincolo di natura legale, tecnica o finanziaria, e che favoriscono la circolazione di informazioni non solo per gli operatori economici ma anche per il pubblico, possono svolgere un ruolo importante nel dar vita allo sviluppo di nuovi servizi basati su modi innovativi di combinare tali informazioni tra loro e di usarle, nonché stimolare la crescita economica e promuovere l'impegno sociale”.

Questa direttiva, modificando l'originaria direttiva 2003/98/CE, nota come “Direttiva PSI”⁷⁷, ha stabilito appunto il principio generale dell’“open by default”, disponendo all'art. 3 che, salvo determinate eccezioni, “gli Stati membri provvedono affinché i documenti cui si applica la presente direttiva in conformità dell'articolo 1 siano riutilizzabili a fini commerciali o non commerciali”.

L'Italia, prima ancora della direttiva summenzionata, si è mossa verso l’“openness by default”. Infatti, l'art. 52 del Codice dell'amministrazione digitale⁷⁸ prevede che dati e documenti pubblicati con qualsiasi modalità dalle Amministrazioni che ne siano titolari “senza l'espressa adozione di una licenza di cui all'art. 2, comma 1, lettera h), del decreto legislativo 24 gennaio 2006, n. 36, si intendono rilasciati come dati di tipo aperto ai sensi dell'articolo 68, comma 3” del Codice dell'amministrazione digitale stesso.

Questo in pratica vuol dire che, quando un'amministrazione che pubblica i dati non li accompagna con una licenza diversa (e l'adozione di tale licenza deve – o meglio dovrebbe – essere motivata), si intenderà che tali dati siano stati licenziati ai sensi dell'art. 68, comma 3. In particolare, questi dati saranno 1) utilizzabili da chiunque, anche per finalità commerciali, in formato disaggregato; 2) accessibili attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ivi comprese le

⁷⁶ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:175:0001:0008:IT:PDF>, implementata in Italia con il D.lgs 18 maggio 2015, n. 102.

⁷⁷ Direttiva 2003/98/CE relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, ratificata in Italia con il D.lgs 36/2006.

⁷⁸ D.lgs 7 marzo 2005, n. 82 - www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2005-03-07;82!vig=2015-12-27

reti telematiche pubbliche e private, in formati aperti, adatti all'utilizzo automatico da parte di programmi per elaboratori e provvisti dei relativi metadati; 3) resi disponibili gratuitamente, anche attraverso la rete, oppure ai costi marginali sostenuti per la loro riproduzione e divulgazione.

In estrema sintesi, saranno considerabili a tutti gli effetti degli *open data* e quindi liberamente riutilizzabili, anche per finalità commerciali. Nel sito dell'AGID sono presenti delle risorse in tema di *open data*⁷⁹, ed è interessante anche il catalogo nazionale dei metadati relativi ai dati rilasciati in formato aperto dalle pubbliche amministrazioni italiane⁸⁰, che al momento contiene quasi 20.000 *dataset*.

A livello europeo, è disponibile il portale sugli *open data*⁸¹ che contiene anche una interessante sezione "Apps & Ideas" con – al suo interno – un'elencazione di *app* e altri servizi basati sui dati pubblici.

Questa ricchezza di dati e informazioni, liberamente riutilizzabili, consente agli sviluppatori di progettare nuovi servizi a valore aggiunto, proprio basandosi sui dati pubblici, sui quali, come più volte detto, la regola generale non è il divieto di utilizzo, salvo quanto consentito, ma il principio opposto: il riutilizzo è lecito anche per finalità commerciali, se non espressamente vietato.

8. Il trattamento di dati personali

Per quanto riguarda le *app*, la disciplina del trattamento dei dati personali è una delle norme certamente più violate.

Abbiamo già visto che, anche in questo caso, le condizioni di utilizzo degli *app store* rimettono agli sviluppatori il rispetto nelle norme applicabili in tema di *privacy*. Ad esempio, l'art. 4.3 delle condizioni di Google Play⁸² prevede che lo sviluppatore accetti di proteggere la *privacy* e i diritti legali degli utenti se utilizza lo *store* per

⁷⁹ <http://www.agid.gov.it/agenda-digitale/open-data>

⁸⁰ <http://www.dati.gov.it/>

⁸¹ <http://publicdata.eu/>

⁸² In particolare, l'art. 4.3 delle condizioni di Google Play prevede per lo sviluppatore quanto segue: "Lei accetta di proteggere la *privacy* e i diritti legali degli utenti se utilizza lo *store* per la distribuzione di prodotti. Se gli utenti le forniscono, o il suo prodotto accede a o utilizza, nomi utente, password o altri dati di accesso o informazioni personali, deve comunicare agli utenti che le informazioni saranno disponibili per il suo prodotto, nonché fornire un'informativa sulla *privacy* legalmente adeguata e protezione a tali utenti. Inoltre, il suo

la distribuzione di prodotti. La disposizione prevede inoltre che, se gli utenti forniscono dati sensibili (quali nomi utente, *password*, etc.), oppure se il prodotto stesso accede a (o utilizza) tali informazioni, allora lo sviluppatore è tenuto a comunicare agli utenti che le informazioni saranno disponibili per il suo prodotto, nonché a fornire un'informativa sulla *privacy* legalmente adeguata. Si precisa inoltre che tali informazioni possono essere utilizzate dallo sviluppatore solo per le finalità limitate per cui costui è stato autorizzato ad agire e che, se il prodotto memorizza informazioni personali o delicate fornite dagli utenti, deve farlo in modo sicuro e soltanto per il tempo necessario. Tali condizioni generali non trovano applicazione se l'utente ha stipulato con lo sviluppatore un contratto separato che consente a quest'ultimo o al prodotto di memorizzare o utilizzare informazioni personali o sensibili direttamente correlate al prodotto (altri prodotti o applicazioni esclusi); in questo caso infatti "i termini di tale contratto separato regoleranno l'utilizzo di tali informazioni".

Nonostante queste previsioni (e nonostante le norme imperative vigenti in tutta Europa), ben poche *app* sono "in regola".

Il Gruppo dei Garanti Europei⁸³ ha pubblicato nel 2013 la "Opinion 02/2013 on apps on smart devices"⁸⁴, nella quale si sottolinea l'enorme capacità delle *app* di raccogliere dati personali, anche inerenti lo stato di salute e la vita sessuale, molto spesso senza che l'utente abbia espresso un consenso libero e informato, e dunque in violazione dei principi europei in tema di protezione dei dati personali.

Nel documento si sottolinea inoltre l'importanza che tutto l'ecosistema delle *app* (a partire naturalmente dagli sviluppatori) tenga da conto i principi generali in tema di trattamento di dati personali e l'adozione di adeguate misure di sicurezza.

prodotto può utilizzare tali informazioni solo per le finalità limitate per cui Lei è stato autorizzato ad agire. Se il suo prodotto memorizza informazioni personali o delicate fornite dagli utenti, deve farlo in modo sicuro e soltanto per il tempo necessario. Se, però, l'utente ha stipulato con Lei un contratto separato che consente a Lei o al suo prodotto di memorizzare o utilizzare informazioni personali o sensibili direttamente correlate al prodotto (altri prodotti o applicazioni esclusi), i termini di tale contratto separato regoleranno l'utilizzo di tali informazioni".

⁸³ http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=50083

⁸⁴ http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp202_en.pdf

La realtà, purtroppo, dimostra il contrario, tanto che anche di recente è intervenuta l’Autorità Garante Italiana⁸⁵ con un’analisi che, secondo la stessa opinione del Garante, ha prodotto risultati sconcertanti.

Difatti, su 35 casi analizzati, 21 hanno mostrato gravi profili di rischio e tra questi, otto casi saranno soggetti ad approfondimenti ispettivi.

Tra le mancanze riscontrate si evidenziano problemi legati soprattutto all’omessa o inidonea informativa, alla comunicazione a terzi e al trattamento di dati riguardanti i minori.

Il Garante, secondo quanto riportato dalla fonte di RaiNews, ha avuto parole durissime: i risultati “evidenziano una grave disattenzione nei confronti dei più piccoli, poca trasparenza in merito alla raccolta, all’utilizzo dei dati personali e alle autorizzazioni richieste per scaricare le app su smartphone e tablet, presenza di pubblicità e rischi che i bambini vengano reindirizzati verso siti non controllati”⁸⁶.

La necessità di pensare le *app* in ottica di tutela dei dati personali, fin dalla loro creazione, risulta certamente acuita dall’entrata in vigore del nuovo Regolamento europeo che sostituirà le normative nazionali, e di cui si è già parlato, che contiene delle norme specifiche in tema di “privacy by design”, “privacy by default”, profilazione e valutazione di impatto *privacy*, precisando ulteriormente gli obblighi che gravano non solo su chi materialmente distribuisce la *app* ma, come detto, anche su chi la progetta e la sviluppa.

8.1 Gli errori da evitare

Nei prossimi paragrafi, esamineremo in sintesi gli adempimenti principali attualmente previsti dal Codice in materia di protezione dei dati personali.

Prima però di passare a questo esame, premettiamo un elenco degli errori da evitare.

1. Progettare una *app* senza considerare le implicazioni in materia di trattamento di dati personali. Il principio della “privacy by design” contenuto nel Regolamento e le norme in tema di misure di sicurezza impongono di

⁸⁵ <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/4231738>

⁸⁶ <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/4231738>

integrare la tutela dei dati personali sin dalle prime fasi di progettazione delle *app*.

2. Progettare e distribuire una *app* che tratti dati sensibili (in particolare riguardanti lo stato di salute e la vita sessuale) senza considerare le normative specifiche e le linee guida del Garante.
3. Non dotare la *app* di una idonea informativa e di un sistema per la manifestazione del consenso da parte dell'utente (ove richiesto).
4. Pensare che basti quanto previsto dall'*app store*: come abbiamo visto, l'*app store* "scarica" sullo sviluppatore l'onere di rispettare le norme in tema di trattamento di dati personali.
5. Utilizzare librerie di terze parti, che pongano in essere attività di profilazione, senza conoscerne approfonditamente il funzionamento.
6. Utilizzare la *app* per finalità di profilazione, senza aver adempiuto agli obblighi richiesti dal Codice in materia di protezione dei dati personali e dai provvedimenti del Garante.

Commettere uno di questi errori vuol dire esporsi a severe sanzioni (basti pensare che l'omessa o inidonea informativa *privacy* è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 6.000 a 36.000 euro) nonché a eventuali responsabilità civili e penali.

8.2 “Privacy by design”, “privacy by default” e principio di necessità

Prima ancora di passare a esaminare i singoli obblighi che ricadono sul titolare del trattamento (che è colui a cui spettano le scelte su finalità e modalità del trattamento stesso) dobbiamo occuparci di alcuni principi che, come anticipato, devono guidare la progettazione delle *app*.

Dobbiamo partire dall'art. 3 del Codice in materia di protezione dei dati personali, che dispone come “i sistemi informativi e i programmi informatici sono configurati riducendo al minimo l'utilizzazione di dati personali e di dati identificativi, in modo da escluderne il trattamento quando le finalità perseguite nei singoli casi possono essere realizzate mediante, rispettivamente, dati anonimi od opportune modalità che permettano di identificare l'interessato solo in caso di necessità”.

Poiché le *app* sono senza dubbio dei “programmi informatici”, e il complesso di *app* e *server* in cui sono immagazzinati i dati è certamente definibile “sistema informativo”, questa norma (per quanto strano possa sembrare) deve essere rigorosamente rispettata: bisogna ripensare, come detto, la stessa architettura delle *app* in fase progettuale, in maniera tale da ridurre al minimo (per quanto possibile) il trattamento di dati personali e in particolare di dati identificativi, quando ciò non sia necessario per le finalità perseguite.

Questo principio è stato oggi rafforzato, come già sottolineato, dal Regolamento europeo del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali. In particolare, nel considerando 78 si legge che dovranno essere applicati “i principi della protezione dei dati fin dalla progettazione e della protezione dei dati di default. Tali misure potrebbero consistere, tra l’altro, nel ridurre al minimo il trattamento dei dati personali, pseudonimizzare i dati personali il più presto possibile, offrire trasparenza per quanto riguarda le funzioni e il trattamento di dati personali, consentire all’interessato di controllare il trattamento dei dati e consentire al titolare del trattamento di creare e migliorare caratteristiche di sicurezza. In fase di sviluppo, progettazione, selezione e utilizzo di applicazioni, servizi e prodotti basati sul trattamento di dati personali o che trattano dati personali per svolgere le loro funzioni, i produttori dei prodotti, dei servizi e delle applicazioni dovrebbero essere incoraggiati a tenere conto del diritto alla protezione dei dati allorché sviluppano e progettano tali prodotti, servizi e applicazioni e, tenuto debito conto dello stato dell’arte, a far sì che i titolari del trattamento e i responsabili del trattamento possano adempiere ai loro obblighi di protezione dei dati”.

La protezione dei dati personali, pertanto, non deve essere considerata un’attività a posteriori, limitata all’inserimento di un’informativa e a una richiesta di consenso, ma deve necessariamente diventare una specifica fondamentale di progetto.

8.3 L’informativa e il consenso

I presupposti principali per la liceità del trattamento di dati personali sono costituiti dall’informativa e dal consenso.

In linea generale un trattamento, per essere lecito, deve essere preceduto da un’informativa idonea (i cui contenuti sono delineati dall’art. 13 del Codice

in materia di protezione dei dati personali) e dal consenso dell'interessato (il "proprietario" dei dati personali che vengono trattati), consenso che deve essere appunto informato, espresso, libero e specifico.

Vi sono alcune ipotesi nelle quali il consenso non è richiesto, ad esempio quando il trattamento è necessario per adempiere a un obbligo di legge o di regolamento, o per eseguire obblighi derivanti da un contratto, oppure è effettuato dalle pubbliche amministrazioni dell'adempimento delle finalità istituzionali (si pensi a una *app* sviluppata per un servizio pubblico). Tuttavia, nella maggior parte dei casi, tale consenso è condizione imprescindibile per la liceità del trattamento, deve essere documentato per iscritto e, nel caso di dati sensibili, deve anche essere manifestato in forma scritta.

L'adempimento dell'informativa invece, salvo limitatissime ipotesi, è sempre previsto. Ma, come ha notato lo stesso Garante, sono ben poche le *app* che rispettano questi adempimenti. Non si tratta di una questione di mero formalismo: come detto, queste omissioni (per quanto molto diffuse) possono portare a severe sanzioni.

8.4 Le modalità del trattamento

Il Codice in materia di protezione dei dati personali stabilisce alcuni principi generali che sono fondamentali per chi sviluppa (e gestisce) *app*.

Abbiamo già visto il principio di necessità, ma vi sono alcuni altri principi, in particolare quelli contenuti nell'art. 11 del Codice, che vanno tenuti da conto.

In particolare, dobbiamo tenere presente il principio di finalizzazione, secondo cui i dati devono essere raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi, e devono essere utilizzati in altre operazioni del trattamento in termini compatibili con tali scopi.

Questo vuol dire, ad esempio, che se si raccolgono i dati personali degli utenti per fornire un servizio di *gaming online* attraverso una *app* (e si indica solo questo quale finalità del trattamento) non si possono poi utilizzare gli stessi dati personali (magari il modo in cui l'utente interagisce, o la sua rubrica telefonica, o altri dati a cui la *app* ha accesso nello *smartphone*) per finalità diverse da quelle dichiarate,

ad esempio per profilazione e *marketing*, in quanto sarebbe un'operazione non compatibile con lo scopo per cui i dati sono stati raccolti e registrati.

Ancora, va rispettato il principio di esattezza, secondo cui i dati devono essere esatti e, se necessario, aggiornati.

Particolare importanza hanno i principi di pertinenza e di non eccedenza, che prevedono che i dati debbano essere pertinenti, completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati. Questo principio si ricollega alla “privacy by design”: non si devono raccogliere (e trattare) dati che siano eccedenti rispetto alle finalità dichiarate del trattamento.

Chiunque abbia installato una *app* sa che in fase di installazione, o di aggiornamento, viene chiesto il permesso di accedere a una pletera di dati (la maggior parte dei quali personali) contenuti nello *smartphone* o nel *tablet*.

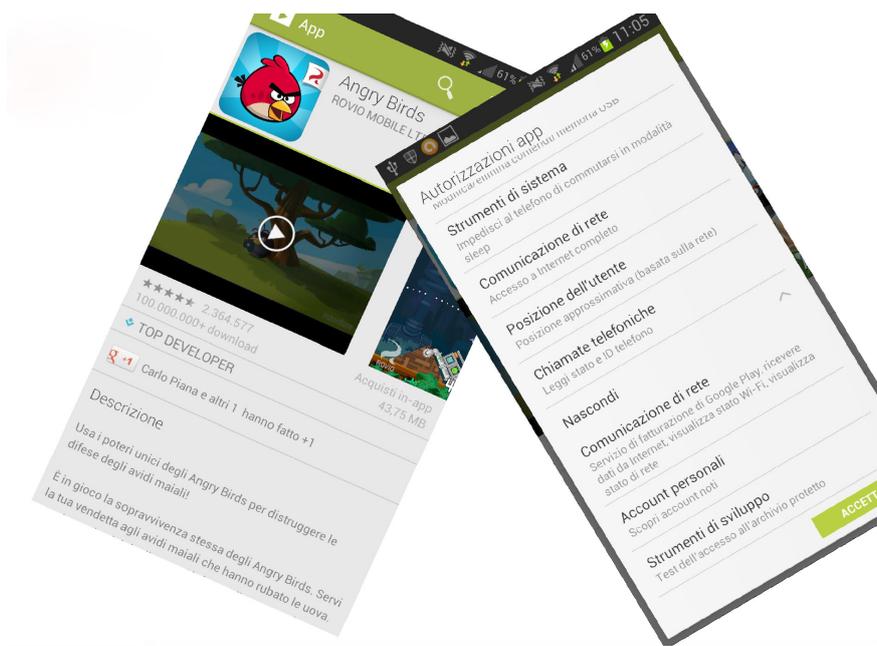


Fig. 7 – Esempio di permessi concessi in fase di installazione di una *app*

Molti di questi dati appaiono non pertinenti rispetto alle finalità e molto spesso (se vengono utilizzati per fini diversi) non viene rispettato neanche il principio di finalizzazione. Nel progettare e gestire una *app* vanno poi tenuti nel massimo conto gli obblighi di sicurezza, previsti dagli articoli 31 e seguenti del Codice in materia di protezione dei dati personali.

9. Conclusioni

Le *app* hanno apportato una vera e propria rivoluzione allo sviluppo del *software*, sia come concezione stessa degli applicativi, sia come canale distributivo.

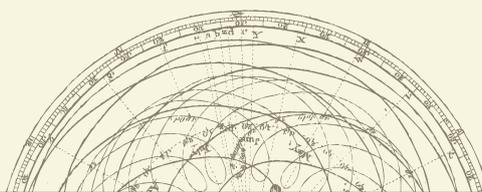
Se da un lato si è paventato il rischio (non del tutto infondato) del ritorno a sistemi di “walled gardens”⁸⁷ in quanto gli *app store* esercitano un controllo pervasivo sulle *app* stesse, dall’altro la presenza di questo nuovo canale distributivo consente a chiunque, almeno in teoria, di poter installare il proprio *software* nei dispositivi intelligenti di milioni di persone.

Chi ha un’idea innovativa, o che semplicemente risolve in maniera semplice un bisogno prima non soddisfatto, o indovina la giusta strategia promozionale, potrebbe quindi ottenere, con risorse veramente limitate e basandosi soltanto sulle proprie capacità, un successo planetario.

Ci sono certo i rischi connessi soprattutto all’utilizzo improprio di contenuti altrui e ai limiti (peraltro spesso sacrosanti) in tema di trattamento di dati personali. Tuttavia si tratta di un settore che la stessa Unione Europea ha definito trainante, e su cui occorre investire risorse economiche e personali: se si compiono i giusti passi, è molto probabile che si ottengano dei risultati anche al di sopra delle proprie aspettative.

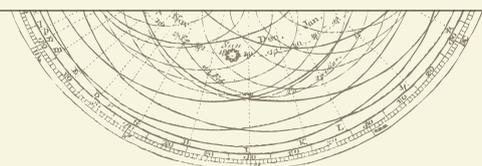
E quindi, StartAPP!

⁸⁷ Letteralmente l’espressione inglese significa “giardini recintati” e nel campo dei servizi Internet assume il significato di ecosistema chiuso. [ndr]



PUNTOCARTESIANO

Una rete di esperti a supporto delle tue innovazioni. In Sardegna



Cos'è PuntoCartesiano

PuntoCartesiano nasce nel 2009 come servizio web dello Sportello Proprietà Intellettuale di Sardegna Ricerche. Nel 2017 diventa anche una collana editoriale dedicata ad approfondire l'ampio spettro di temi che rientrano nel complesso mondo della proprietà intellettuale intesa nella sua più ampia accezione.

PUNTOCARTESIANO È UN PROGETTO

di

Sportello Proprietà Intellettuale - Sardegna Ricerche

Mail ipdesk@sardegna.com
Sito www.sardegna.com

www.puntocartesiano.it

ISBN 9788894247633

Progetto Innova.Re - POR FESR 2007-2013 Regione Sardegna

