

## **TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE E MERCATO DIGITALE**

*Giuseppe Abbamonte*

*Alberto Biancardi*

*Ginevra Bruzzone*

*Giuseppe Colangelo*

*Antonello Giacomelli*

*Francesco Graziadei*

*Marzia Minozzi*

*Gina Nieri*

Roma, 10 novembre 2016

## SOMMARIO

### APERTURA

**Alberto Biancardi**

*Responsabile Osservatori AREL Energia-Ambiente e Infrastrutture*

pag. 7

### RELAZIONE

**Giuseppe Abbamonte**

*Direttore, Politiche dei Media, Commissione europea*

» 11

### INTERVENTI

**Giuseppe Colangelo**

*Professore Associato di Diritto dell'Economia  
e Jean Monnet Professor di EU Innovation Policy*

» 19

**Francesco Graziadei**

*Docente di Diritto Industriale e delle comunicazioni,  
Università Luiss Guido Carli di Roma*

» 23

**Ginevra Bruzzone**

*Vice Direttore Generale Assonime*

» 29

**Gina Nieri**

*Consigliere d'Amministrazione Mediaset*

» 33

**Marzia Minozzi**

*Coordinatrice Steering Committee Confindustria Digitale  
e responsabile Affari istituzionali e regolamentari  
Assotelecomunicazioni-Assstel*

» 35

### CONCLUSIONI

**Antonello Giacomelli**

*Sottosegretario al Ministero dello Sviluppo Economico  
con delega alle Comunicazioni*

» 39

## FRANCESCO GRAZIADEI

Grazie per questo prestigioso invito. Ritorno su alcune cose che in parte sono state già affrontate, condividendole in parte, ma, da *discussant*, facendo anche qualche riflessione critica, strettamente giuridica, sul pacchetto di recenti proposte comunitarie ed in particolare sulla proposta di Direttiva *copyright*, sul Regolamento *portability* e sul Regolamento dei diritti accessori dei *broadcaster*.

Sulla Direttiva *copyright* faccio qualche osservazione sul controverso diritto dei *publishers*, che tende fondamentalmente a riequilibrare le posizioni di mercato, cioè a far sì che il valore generato da alcune attività che si svolgono in rete sia monetizzabile in favore dei titolari dei diritti. È pur vero che il tipo di usi di cui si occupa la Direttiva, come è stato dimostrato anche dall'esperienza, è un di più che si genera nei confronti degli originali titolari perché l'aggregazione, la proposizione in altre forme di questi contenuti, dovrebbe normalmente generare traffico sui siti di destinazione. Ma nell'*impact assessment* della proposta di Direttiva *copyright* la Commissione europea afferma che il 47% di coloro che consultano gli estratti delle notizie si ferma lì e non va sui siti di destinazione, cosa abbastanza preoccupante per la qualità di informazione che si sta diffondendo tra i giovani. Il problema dunque nasce proprio da questo. L'idea allora è quella di far sì che gli editori partecipino alla creazione di un mercato *business to business* delle licenze su questi contenuti. Il diritto previsto nella proposta si riferisce soltanto alla stampa quotidiana e periodica perché rispetto alle altre pubblicazioni i modelli che si sono affermati non sono modelli gratuiti. In effetti quello che è successo nella stampa (e che la Commissione evidenzia molto bene nei documenti preparatori della proposta) è che l'offerta *online* inizialmente è stata vista dagli editori tradizionali come un accessorio rispetto al modello di *business* tradizionale, cioè la carta stampata. Poi nel tempo questa cosa ha preso la mano e si è molto diffusa e gli editori si sono trovati con molto materiale gratuito in rete non programmato. Ciò ha causato la nascita di nuove forme di riaggregazione e di ridistribuzione di questi contenuti. Questo non è avvenuto nell'editoria scientifica e nell'editoria libraria, che invece si basa su modelli di

*business* diversi, cioè sulla vendita diretta o sulla messa a disposizione gratuita di contenuti.

L'assunto di tutta la proposta è che i *publishers* attualmente non hanno una titolarità propria per la negoziazione degli sfruttamenti *online*, ma sostanzialmente possiedono una serie di diritti che vengono loro ceduti dai titolari dei diritti sulle opere di ingegno che vanno a costituire l'opera giornalistica. Dipendono quindi da questi diritti e quando devono monetizzare in realtà stanno monetizzando come licenziatari e non come titolari diretti dei diritti. Insomma riconoscere una posizione giuridica diretta ai *publishers* può certamente agevolare la disponibilità e la produzione di informazione. La stampa tradizionale rischia di non avere più le risorse per andare avanti, di licenziare le redazioni e di non avere più i contenuti di qualità, che invece sono sempre più importanti in una diffusione *online*. Le informazioni possono essere prese dappertutto, ma le informazioni di qualità fatte dalle redazioni vere, dai giornalisti professionali, sono invece un bene che potrebbe nel tempo scarseggiare. Quindi certamente il riconoscimento di questa situazione può diventare un vantaggio per la promozione del prodotto giornalistico di qualità, ma può anche ostacolarla come è successo in Spagna.

Ho analizzato il nuovo diritto previsto dalla proposta di Direttiva sotto quattro profili: la natura del diritto, i diritti riconosciuti, i soggetti titolari e l'oggetto del diritto.

Con riferimento alla natura del diritto, si parla di diritti connessi. Questa qualificazione giuridica è riscontrabile in tutti i lavori preparatori della proposta di Direttiva *copyright* perché si assimila la protezione di questo fenomeno alla protezione che è stata accordata ad altre imprese che fanno investimenti legati a prodotti culturali come i produttori fonografici o i *broadcasters*. C'è poi un dato testuale nella proposta nella quale si fa riferimento, per quanto riguarda il *making available right*, al secondo comma dell'art. 3 della Direttiva Infosoc che riguarda appunto i diritti connessi (tra cui quelli dei *broadcaster*, degli artisti interpreti ed esecutori etc.) e non al primo comma che invece riguarda gli autori. Si tratta di un argomento interpretativo tipicamente da giuristi!

I diritti riconosciuti sono gli stessi diritti previsti dalla Direttiva Infosoc, sono i diritti digitali già previsti e introdotti nel 2001 in particolare i diritti di riproduzione (in tutto o in parte) e il diritto di *making available*. Nell'*impact assessment* la Direttiva non aggiunge nulla di nuovo dal punto di vista dei diritti attri-

buiti, si applica quindi la giurisprudenza sul diritto di comunicazione al pubblico e tutta la giurisprudenza sugli *hyperlink*. La Commissione ha applicato quindi i criteri in tema di diritto di comunicazione al pubblico al fenomeno del *linking*.

I soggetti titolari sono gli editori dei giornali. Ma sull'oggetto protetto la norma introduce una serie di parametri: innanzitutto deve esserci la fissazione di qualcosa, e questo qualcosa deve essere un insieme costituito da opere letterarie a carattere giornalistico ma anche da altro materiale di tipo accessorio, ad esempio opere che possono non essere opere dell'ingegno quindi titolari di diritti di autore (come le fotografie oggetto di diritto connesso e non creative). L'opera letteraria deve essere un singolo elemento all'interno della pubblicazione periodica, deve avere un titolo con uno scopo informativo e di intrattenimento, il tutto sotto un editore che generi e controlli sotto la sua responsabilità questi contenuti. Poi l'offerta deve essere fatta da un prestatore di servizi (concetto che andrebbe chiarito).

Queste previsioni intervengono su un quadro giuridico che in alcuni ordinamenti già esiste, come da noi dove è già prevista una tutela autoriale e non tutela da diritto connesso delle opere collettive, tra cui la legge autore menziona espressamente le riviste e i giornali caratterizzati da un coordinamento per un determinato fine che può essere letterario, scientifico, politico (art. 3). Quindi il quotidiano, il periodico è un'opera che nel nostro ordinamento è già tutelata come raccolta di singole opere dell'ingegno che a loro volta sono tutelate autonomamente (infatti l'art. 38, e in genere le altre norme della legge d'autore, stabiliscono che il singolo contributo possa essere tutelato indipendentemente dall'opera collettiva). Sull'opera collettiva tanto è opera dell'ingegno che esiste un titolare originario dei diritti che è il direttore dell'opera collettiva e un titolare derivato dei diritti di sfruttamento economico dell'opera collettiva che è l'editore (secondo l'art. 38 della legge d'autore). Ci sono norme che tutelano il titolo dell'opera (titolo del giornale, titolo delle rubriche etc.) e norme che forniscono una tutela di tipo concorrenziale dell'impresa giornalistica e la tutelano contro le attività che possono essere parassitarie o sleali nei confronti dell'editore.

Ci sono le eccezioni alla tutela autoriale, cioè il diritto di citazione nell'art. 70 che è anche contenuto nell'art. 10 della Convenzione di Berna e nella Direttiva Infosoc, per cui si possono prendere, senza pagare la licenza, brani o parti di opere per uso di critica o discussione se non sono in concorrenza con il normale sfruttamento e nei limiti strettamente legati allo scopo. C'è

poi l'art. 65 che prevede un'altra eccezione per la riproduzione degli articoli di attualità non riservati per cui è possibile riprodurli salvo indicare il giornale da cui si prendono e l'autore.

Tralascio le altre norme che riguardano il diritto sul singolo contributo, che sarebbe l'unico attualmente tutelabile in molti paesi europei.

Nutro dei dubbi sulla previsione di un nuovo diritto dei *publishers*, che la proposta della Commissione vorrebbe introdurre, tralasciando per ora le perplessità di carattere sistematico-classificatorio relative al fatto che il diritto previsto e disciplinato dalla proposta sia effettivamente un diritto d'autore primario oppure un diritto connesso. In ogni caso è un diritto esclusivo pieno, non è un diritto a compenso. Se l'idea è quella di riconoscere all'editore una posizione giuridicamente rilevante, che in alcuni ordinamenti non avrebbe, allora è un diritto *stand alone* cioè è un diritto specifico che non si inserisce nel contesto di una posizione giuridica più complessa. I diritti della Direttiva Infosoc si sono andati ad aggiungere ai diritti che i titolari (di diritti di autore e diritti connessi) già avevano, ne sono stati una specifica. In questo caso, invece, la posizione dell'editore verrebbe riconosciuta soltanto *online*, cosa che dal punto di vista sistematico lascia qualche perplessità.

Per i paesi come l'Italia in cui il diritto già esiste, si tratterebbe di una duplicazione del diritto di autore che già esiste o di una iperfezione di protezione perché si aggiungerebbe un diritto connesso a casi in cui esiste già un diritto d'autore. L'unico caso in cui potrebbe avere senso un diritto connesso, o comunque un nuovo diritto, è quello in cui l'opera giornalistica non contenesse tutte opere dell'ingegno protette dalla legge autore come avviene attualmente per l'opera collettiva, cioè nel caso in cui ci fossero materiali e informazioni che non sono protetti, come è avvenuto per le banche dati che erano anch'esse opera collettiva.

Ma in realtà si va a proteggere l'opera giornalistica nel suo complesso come opera collettiva, e c'è da chiedersi se è questo in realtà il fenomeno sul quale si vuole intervenire oppure ciò che si vuole proteggere è una parte di quest'opera. Stiamo parlando dell'opera collettiva nel suo complesso, di una parte di quell'opera, del singolo contributo (che è già tutelato), di una parte del singolo contributo? In quest'ultimo caso si ritorna alla giurisprudenza sull'originalità, su Infopac, sui dodici caratteri. Insomma, è come se per certi versi non si risolvesse pienamente il problema. C'è da domandarsi cosa costituisce realmente il

bene giuridico sfruttato economicamente attraverso questo tipo di usi *online*: la testata giornalistica (il suo valore attrattivo, segno di una linea editoriale), l'estratto autoriale perché ha delle caratteristiche particolari di originalità o il fenomeno di aggregazione, cioè la rilevanza del contenuto rispetto alla *query* che viene fatta. Probabilmente per molti utenti non è importante né la testa sotto la quale lo *snippet* eventualmente vada, né chi ha scritto l'articolo, né la chiarezza dell'articolo, ma è rilevante soltanto che quell'articolo letto sembri pertinente rispetto alla *query* fatta.

Sulla proposta di regolamento sui diritti dei *broadcasters* e sulla portabilità, a mio avviso in nessuno dei due casi si è intervenuti sulla territorialità del diritto di autore come aveva fatto all'epoca la Direttiva Satellite. Questa Direttiva in realtà, anche alla luce di come era stata qualificata da parte di autorevole dottrina, era la determinazione di un ambito geografico nuovo del diritto. La normativa sul Satellite nacque difatti per dare risposta al fenomeno del *over spill* delle trasmissioni via satellite *Free To Air*. Si trattava originariamente di un tipo di trasmissioni che erano tecnicamente e necessariamente *transborder*. Pertanto il diritto, come fu configurato dalla Direttiva, era un diritto con una nuova territorialità, un diritto che si esauriva nel momento stesso dell'unico atto di autorizzazione che veniva fatto nel luogo dell'*uplink*. Successivamente la tecnologia ha fatto sì che questi diritti, anche dal punto di vista tecnologico, potessero essere "ri-territorializzati": prima attraverso il criptaggio della trasmissioni satellitari e poi grazie alle tecnologie di *geoblocking* possibili nelle trasmissioni *online*. Allora la finzione del paese di origine come unico luogo di *clearance* dei diritti viene in realtà tradita dalla possibilità di "ri-territorializzare" i diritti, che è contemplata nelle due proposte di Regolamento. Queste infatti lasciano liberi i titolari di negoziare su base territoriale. A questo punto torna in gioco l'Antitrust: occorre allora andare a vedere se l'esercizio di questi diritti esclusivi possa o meno essere anti-competitivo. Si tratta di far sì che il diritto della concorrenza metta in atto una cosa leggermente diversa ma simile a quella che ha fatto negli anni passati con riferimento all'esercizio escludente dell'esclusiva (rifiuto di concedere licenze su IPR) analizzata come eventuale fattispecie antitrust di abuso di posizione dominante sub specie di *refusal to deal*. In questo caso si tratterà di analizzare come possibili intese restrittive della concorrenza gli accordi che regolano la "territorializzazione" dei diritti, sindacando non l'esercizio (radicale) della facoltà escludente insita

nei IPR ma le altre modalità (potenzialmente anticompetitive) di esercizio del diritto stesso e sotto questo profilo operare nuovamente un test di compatibilità concorrenziale dei IPR, che ne definisca i confini nell'ambito di un tipico bilanciamento di interessi (come accaduto nella copiosa casistica comunitaria sul RtD relativo ai diritti di proprietà intellettuale).